

---

# Revista de Derecho Administrativo Económico

---

## ReDAE

- › Doctrina: Estudios e Investigaciones
- › Ensayos
- › Jurisprudencia: comentarios
- › Bibliografía: Recensiones



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE



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*

Francisca Medina  
*Ayudante de Redacción*

**Comité Editorial**

Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina, Argentina*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), 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*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Rosa Gómez González (*Universidad de Los Andes, Chile*), Estela B. Sacristán (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Hubert Alcaraz (*Universidad de Pau, Francia*), Héctor Santaella Quinteros (*Universidad Externado de Colombia*), Javier Barnés (*Universidad Pompeu Fabra, España*), Christian Rojas Calderón (*Universidad Andrés Bello, Chile*), Gladys Camacho (*Universidad de Chile, Chile*)

---

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](mailto: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](mailto:redae@uc.cl)

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

Ventas y suscripciones: [redae@uc.cl](mailto:redae@uc.cl)

La Revista se encuentra disponible en su versión electrónica: [redae.uc.cl](http://redae.uc.cl)

[ Santiago de Chile, 2023 ]

# Índice

## Nº 38

### I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

#### Derecho Administrativo

*BOLÍVAR-GACITÚA, Natalia*

*Colusión en licitaciones públicas (bid rigging) y sus efectos en las compras públicas.... 5*

*COLMAN VEGA, Luis*

*Instrumentos de caución para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos administrativos: ¿existe una equivalencia funcional?..... 33*

*ESCOBAR VEAS, Javier*

*¿Por qué los legisladores establecen sistemas sancionatorios de vía múltiple? Análisis sobre el fundamento, justificación y formas de organización de los sistemas sancionatorios de vía múltiple ..... 59*

*GONZÁLEZ CRUZ, Juan Pablo*

*Las potestades de fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales..... 89*

*HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso*

*Las potestades de los organismos supervisores de servicios públicos en Chile: análisis dogmático de su aplicación responsiva, basada en riesgos y garante..... 111*

*FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo y ILLANES SOTTA, María Elisa*

*La estabilidad de los permisos urbanísticos: análisis doctrinario y jurisprudencial ..... 141*

*SALAZAR ZAPATA, Nelson*

*Las tensiones entre el principio de libre concurrencia y el principio de estricta sujeción a las bases en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República .. 177*

#### Derecho de Aguas

*CELUME BYRNE, Tatiana*

*El interés público como elemento determinante de la fisonomía legal de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile..... 205*

*JAQUE BOPP, Sergio y JIMÉNEZ VALENZUELA, Claudio*

*Instrumentos de gestión hídrica para la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos ..... 235*

---

## II. Ensayos

- CÉSPEDES, Rodrigo y GARCÍA, Jaime  
*Actividad administrativa de fomento y zonas de tratamiento tributario especial*..... 261
- VERGARA BLANCO, Alejandro  
*El sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek:  
 Impacto y actualidad en el Derecho administrativo* ..... 283

---

## III. Jurisprudencia: Comentarios

- HARRIS MOYA, Pedro  
*La presunción de daños ambientales por infracciones normativas.  
 Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional* ..... 301
- SCHÄFER RODRÍGUEZ, Joaquín  
*La falta de servicio por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.  
 Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Acevedo  
 con Fisco de Chile (2023)*..... 311

---

## IV. Bibliografía: Recensiones

- CELUME BYRNE, Tatiana  
 Setuáin, Beatriz. *La reutilización de agua en un contexto de cambio.  
 Un análisis jurídico-administrativo*, Editorial Aranzadi  
 (Pamplona, España, 2023), 231 pp. .... 323
- ROJAS CALDERÓN, Christian  
 Rodríguez de Santiago, José María (2021)  
*Sistema de fuentes del Derecho Administrativo. La dirección de la  
 Administración a través del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 183 pp..... 327
- ROMÁN RIQUELME, Cristian  
 Esteve Pardo, José, *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el  
 control judicial del poder* (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2020) 93 pp. .... 331
- VERGARA BLANCO, Alejandro  
 Schmidt-Assmann, Eberhard (2021)  
*La dogmática del Derecho administrativo,  
 Traducción castellana de Javier Barnés et al.,  
 Sevilla: Global Law Press / Editorial de Derecho Global, 347 pp.* ..... 335

# Colusión en licitaciones públicas (*bid rigging*) y sus efectos en las compras públicas

## Collusion in public bidding (*bid rigging*) and its effects on public procurement

Natalia Bolívar-Gacitúa<sup>1</sup>

Estudiamos el fenómeno de la colusión en subastas públicas (*bid rigging*) como una forma de afectación del principio de libre competencia. En la primera parte del trabajo, se plantean los problemas que se producen por la falta de oferentes en los concursos públicos; en segundo lugar, se describe la forma cómo se materializa la colusión en un contexto de compras públicas, exponiendo las modalidades que adopta, sus elementos característicos y algunos indicios de sospecha de colusión; en la tercera parte, se analizarán los criterios seguidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE), para sancionar estas prácticas anticompetitivas, finalizando con algunas conclusiones y recomendaciones.

**Palabras clave:** colusión, colusión en licitaciones públicas, *bid rigging*.

We study the phenomenon of collusion in public auctions (*bid rigging*) as a way of affecting the principle of free competition. In the first part of the work, the problems that occur due to the lack of bidders in public tenders are raised; In second place, the way in which collusion materializes in a context of public purchases is described, exposing the modalities it adopts, its characteristic elements and some indications of suspicion of collusion; In the third part, the criteria followed by the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) and the European Court of Justice (CJEU) will be analyzed to penalize these anti-competitive practices, ending with some conclusions and recommendations.

**Keywords:** collusion, collusion in public tenders, *bid rigging*.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Máster y Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Académica investigadora Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas. Campus Santiago. Dirección postal: Av. República 71, Santiago, Chile. Correo electrónico: nbolivar@udla.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8864-4633>

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 10 de octubre de 2023.

## Introducción

“En términos cuantitativos, entre los 22 países de la OECD-UE, la contratación pública aumentó del 13,7 % en 2019 al 14,9 % en 2020” (OECD, 2021, 162). “En lo que respecta a Chile, el gasto en compras públicas referente a la contratación de obras, bienes y servicios a través de licitaciones públicas fue de USD M. 9.734 el año 2021”<sup>2</sup>.

Debido a la gran influencia que tienen las subastas públicas en el logro de la eficiencia en la contratación pública, el diseño e implementación de ellas constantemente debe reevaluarse y perfeccionarse. Siendo hoy particularmente relevante que el dinero de los contribuyentes se gaste de forma eficiente, las normas de contratación pública tienen una gran responsabilidad en la creación de un entorno jurídico que garantice el uso de los recursos públicos en aquellas áreas más sensibles.

El Derecho *Antitrust* es un derecho cuyos principios y normas están orientados a definir los comportamientos ilícitos de cara a preservar la leal competencia de los operadores en los distintos mercados y determinar las sanciones que correspondan cuando se cometen ilícitos. De igual forma, establece y sanciona aquellas conductas anticompetitivas que pueden darse al interior de un mercado donde participe un ente público como adquirente de bienes y servicios.

Por su parte, el Derecho de la contratación pública está dirigido a determinar las pautas de comportamiento que han de seguir los poderes adjudicatarios en relación con los procedimientos de contratación que impulsen. De esta forma, determina cómo han de publicitarse los contratos, qué condiciones de participación han de cumplirse, qué garantías pueden exigirse a los licitadores, qué criterios de adjudicación pueden aplicarse, y cuándo y cómo pueden modificarse o resolverse los contratos celebrados, entre otros aspectos.

En relación con ello, López Miño sostiene que:

“Ambos deben complementar su actuación por su proximidad entre los intereses protegidos, centrándose conjuntamente en la competencia. Dicho respaldo puede ser de tres tipos: autónomo, heterónimo y mixto. En el primer caso, el sistema de contratación integra en sí mismo la defensa *antitrust*; en el segundo, la defensa frente a la colusión se encarga, a su veedor ordinario, el derecho de la competencia; en el tercero, los sistemas de contratación pública y de competencia oponen una doble barrera frente a las conductas anticompetitivas”<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, la legislación chilena pertenece a la segunda categoría, ya que, tanto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante Ley de Com-

<sup>2</sup> Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra 2021, 12.

<sup>3</sup> LÓPEZ MIÑO 2013, 432.

pras), como en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, se hace escasa alusión a la importancia de la concurrencia de una mayor cantidad de oferentes en los procesos licitatorios y, por tanto, la protección de la competencia se ha encargado casi en su totalidad al Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia<sup>4</sup>.

Existen razones jurídicas importantes que justifican la elección de la licitación pública como el procedimiento administrativo más adecuado para resguardar la igualdad ante la ley, la libre participación de todas las personas en la participación de los bienes públicos y la publicidad y probidad del actuar público.

El principio de concurrencia<sup>5</sup> exige que tanto las normas como los hechos o actos que se produzcan en el proceso de contratación sean interpretados de forma que favorezcan la participación de la mayor cantidad de oferentes posible. Esta mayor participación en el procedimiento favorece la comparación de ofertas, lo que se traduce en la selección de la oferta más conveniente al interés público, siendo el Estado el que resulta directamente beneficiado.

Valdivia Calderón señala al respecto que:

“Este principio cobra especial importancia en el diseño de las bases de licitación, las cuales deben elaborarse de modo que puedan presentarse todos los interesados que satisfagan condiciones objetivas e igualitarias de acceso. Luego, en principio, no deben establecer barreras de entrada que no guarden relación con el objeto del contrato. En su caso, las condiciones restrictivas impuestas a los oferentes pueden ser estimadas contrarias al principio y, por consiguiente, ilegales”<sup>6</sup>.

Se hace necesario en este punto recordar que el Artículo 5° de la Ley de Compras<sup>7</sup>, establece que:

La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el Artículo 8° de esta ley. Asimismo, define a las licitaciones públicas (Art. 7°) como:

<sup>4</sup> Decreto Ley N° 211, de 1973.

<sup>5</sup> Uno de los principios rectores de la contratación pública. Art. 9 inc. segundo Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 9°.- Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación correspondiente acudir al trato directo.

<sup>6</sup> VALDIVIA CALDERÓN 2018, 314.

<sup>7</sup> Decreto Supremo N° 250, Hacienda, 2004.

El procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En concordancia con el precepto legal, Aróstica Maldonado concibe la licitación pública como:

“Un procedimiento concursal, ya que el vocablo *concurso* significa, precisamente, competencia entre los que aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca las mayores ventajas”<sup>8</sup>.

Considerando que, en el año 2022 en Chile las licitaciones públicas, alcanzaron las 679.135 (65,50%) de todos los procesos de compra realizados en dicho período<sup>9</sup>, como se aprecia en la tabla y figura 1, la licitación pública es la regla general en la contratación pública. Así también lo afirma Flores Rivas, quien señala que: “la licitación pública es la regla general, no obstante, por razones jurídicas, mérito, oportunidad o conveniencia, la autoridad administrativa podrá omitir la licitación pública, optando entre la licitación privada o el trato directo”<sup>10</sup>.

Tabla 1. Total de compras públicas período enero-diciembre 2022

Mecanismo de compra	N° de órdenes de compra	Monto total	Monto total (USD)
Compra Ágil	626.297	\$421.484.685.418	478.840.059
Convenio Marco	221.321	\$730.104.586.897	848.097.091
Licitación Privada	3.642	\$89.200.089.937	99.206.809
Licitación Pública	679.135	\$7.545.020.327.801	8.747.030.048
Sin Información	17	\$97.925.348	112.504
Trato Directo	275.016	\$2.736.205.358.795	3.138.055.383

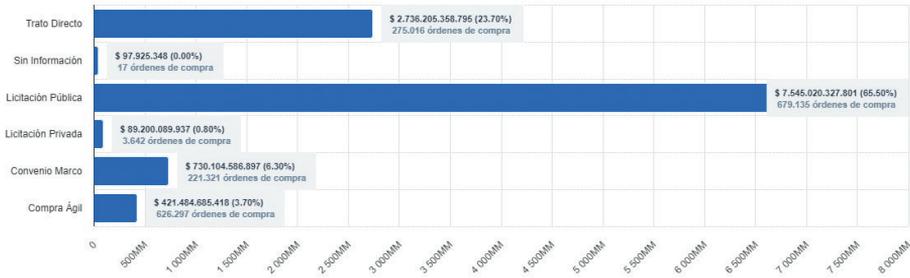
Fuente: [datos-abiertos.chilecompra.cl](https://datos-abiertos.chilecompra.cl)

<sup>8</sup> ARÓSTICA MALDONADO 2006, 292-293.

<sup>9</sup> Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra, 2022. Datos abiertos, estadística actualizada a diciembre 2022.

<sup>10</sup> FLORES RIVAS 2021, 25.

Figura 1. Total de compras públicas período enero-diciembre 2022



Fuente: [datos-abiertos.chilecompra.cl](https://datos-abiertos.chilecompra.cl)

Por otra parte, es un hecho que la mayoría de los mercados constituye oligopolios<sup>11</sup>, y no siendo la contratación pública una excepción a esta regla, es fundamental proteger la integridad del proceso de contratación pública, a fin de maximizar los beneficios resultantes para la sociedad y proteger la competencia en los mercados.

## I. Planteamiento del problema

Si bien, en la práctica vemos que la licitación pública es la regla general en las compras públicas, nuestro país se caracteriza por una baja participación de oferentes en un porcentaje relevante de licitaciones. Así lo señaló la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en su estudio sobre el mercado de las compras públicas:

En un 25% de licitaciones participa un solo oferente, mientras que, en un 40%, participan dos o menos. Asimismo, un 56% del gasto se canaliza a través de licitaciones donde se presentan dos o menos oferentes. Ello es muy relevante porque un bajo número de participantes en las licitaciones repercute en una menor intensidad competitiva y también en un mayor riesgo de ilícitos anticompetitivos<sup>12</sup>.

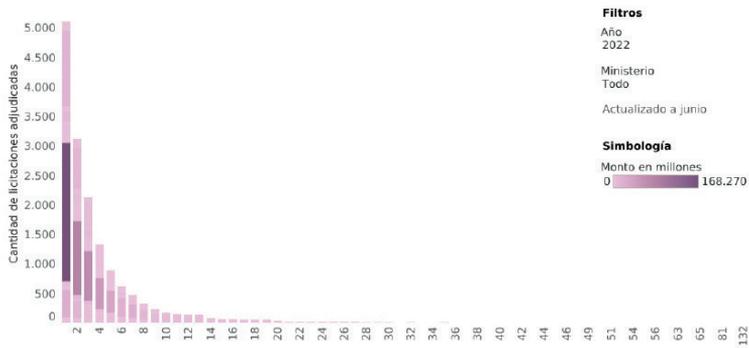
Por su parte, la Fundación Observatorio Fiscal estableció, como lo vemos en la figura 2, que “en al menos 4.800 licitaciones adjudicadas hasta diciembre del año 2022, existió solo un oferente en dicho proceso”<sup>13</sup>, siendo especialmente preocupante el caso del Ministerio de Salud con 2.349 licitaciones (figura 3), y el Ministerio de Defensa Nacional con 1.283 licitaciones (figura 4), donde solo hubo un oferente.

<sup>11</sup> Mercado caracterizado por un pequeño número de empresas que se dan cuenta de que son interdependientes en sus políticas de precios y producción. El número de empresas es lo suficientemente pequeño como para dar a cada empresa cierto poder de mercado. El oligopolio se distingue de la competencia perfecta porque cada empresa en un oligopolio debe tener en cuenta su interdependencia. OECD 1993, 63; STIGLER, 1964.

<sup>12</sup> Fiscalía Nacional Económica 2019, 14.

<sup>13</sup> Fundación Observatorio Fiscal 2022.

Figura 2. Número de oferentes en licitaciones públicas



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

Figura 3. Cantidad de oferentes por licitación (Ministerio de Salud)

En el Ministerio de Salud existen **2.349** de licitaciones con cantidad de **1** oferentes y por un monto de **\$ 168.270** millones



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

Figura 4. Cantidad de oferentes por licitación (Ministerio de Defensa Nacional)

En el Ministerio de Defensa Nacional existen **1.283** de licitaciones con cantidad de **1** oferentes y por un monto de **\$ 15.110** millones



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

La consecuencia de la falta de competidores es que la Ley autoriza al Estado para adquirir bienes y servicios a través del trato o contratación directa, prescindiendo del procedimiento de licitación pública, en el cual se manifiesta en su totalidad el principio de libre concurrencia. Así lo dispone el Artículo 8° de la Ley de Compras que establece:

Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados.
- b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales.
- c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante.
- d) Si solo existe un proveedor del bien o servicio.
- e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.
- f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo.
- g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley.
- h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la concurrencia de tal circunstancia [...].

Sumado a estos dos procesos de contratación donde existe escasa o incluso nula competencia, encontramos el convenio marco, el cual ha sido descrito por parte de la FNE como: "procesos donde no existe una competencia para ingresar a la etapa de selección ("competencia por la cancha"), sino que, por el contrario, los oferentes ingresan directamente a la selección por parte del ente público"<sup>14</sup>, por lo que no existe competencia alguna por ingresar a la etapa previa de calificación, como sí ocurre en las licitaciones públicas, donde se califica a los oferentes como "aptos" para convertirse en

<sup>14</sup> Fiscalía Nacional Económica 2019, 16.

proveedores del Estado, y se los insta a competir por ser parte de todo el proceso licitatorio.

Sobre la licitación privada se ha dicho que: “es aquella a la que solo pueden presentarse como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas al efecto por la Administración Pública”<sup>15</sup>. “En este procedimiento pueden participar todas aquellas personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, siempre que hayan sido invitadas por la Administración a presentar sus ofertas”<sup>16</sup>.

Por su parte, el trato directo ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

“[...] Es la forma más excepcional que tiene la Administración para preparar su voluntad contractual y negociar directamente con quien celebrará el contrato deseado<sup>17</sup>. Es un acuerdo de voluntades que la Administración celebra con un contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita para alcanzar los fines que le interesa alcanzar. Es un sistema excepcional de contratación que sólo procede si no ha sido posible licitar”<sup>18</sup>.

Pueden existir varias razones para que participen un número menor de empresas en procesos de compras, como la falta de interés, el incumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de licitación, o la existencia de pliegos de licitación demasiado onerosos, entre otros; de acuerdo a cifras publicadas por la Dirección de Compras y Contratación Pública (organismo público encargado de los procesos de compra en Chile, en adelante ChileCompra), hasta el año 2022 existían 96.383 empresas inscritas como proveedoras del Estado<sup>19</sup>, lo que demuestra el gran interés que existe por parte de las empresas por participar en los procesos de compras públicas.

En relación con otras posibles causas que pudieran dar lugar a declarar desierta una licitación pública, como el incumplimiento de los requisitos y/o la onerosidad eventual para todos o algunos de los oferentes de las bases de licitación, podemos señalar que, si bien, no descartamos que, ambos elementos pueden estar confabulándose e impidiendo la participación de un mayor número de empresas en los procesos de licitación pública, nuestra hipótesis se basa en que una de las razones que justificaría la baja participación de oferentes en las licitaciones públicas (a nivel mundial, no solo en Chile), podemos encontrarla en la existencia de prácticas anticompetitivas (acuerdos o prácticas), concertadas con anterioridad a la participación en el proceso de licitación, y que les permiten a las empresas afectar el resultado

<sup>15</sup> MARIENHOFF 1996, 97.

<sup>16</sup> CELIS DANZINGER 2022, 385.

<sup>17</sup> MORAGA KLENNER 2019, 322-323.

<sup>18</sup> CORDERO VEGA 2015, 429.

<sup>19</sup> Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra 2023, 11.

de dichos procesos, práctica conocida en el derecho comparado como *pujas fraudulentas*, *bid rigging* o *collusive tendering*.

Esta situación corresponde a la hipótesis de licitación desierta contenida en el Artículo 9° inciso 1° de la Ley N° 19.886<sup>20</sup>, que se verifica cuando no se presenten ofertas. Al respecto, según lo dispone el Artículo 8° letra a), inciso 1°, de la Ley de Compras Públicas: “En tal situación, procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa”, de manera que, en tal situación, habrá de seguirse el orden de prelación que establece la Ley, primero la licitación privada y, si nuevamente esta es declarada desierta, se podrá recurrir al trato directo y, en ambos casos, los procedimientos deben regirse por las bases de la licitación pública que fue declarada desierta en forma previa.

Para nuestro estudio, nos abocaremos al análisis de la situación descrita en la letra a) del Art. 8°, porque creemos que la falta de oferentes en los procesos de compras, no se debe a la falta de interés en participar de ellos, sino que, se debería a la existencia de acuerdos entre los potenciales oferentes con el objeto de no competir, y de esa forma asegurarse la adjudicación de la licitación, sabiendo además que, declarada desierta ésta, el Estado deberá utilizar los otros procedimientos establecidos en la Ley, a saber, la licitación privada y el trato directo, que como se señaló, al primero sólo se accede por invitación del Estado, y en el segundo, no existe ningún tipo de rivalidad. Basándonos en dicha hipótesis, en este trabajo describiremos las modalidades utilizadas por parte de las empresas para la implementación y mantenimiento de un cartel en el ámbito de las compras públicas, teniendo como objetivo general, contribuir a prevenir la ocurrencia de colusión en este ámbito y servir de guía para los funcionarios que elaboran las bases de licitación.

## II. Colusión en subastas o licitaciones públicas

Es un hecho que, de los procesos de compra disponibles en Chile, solo la licitación pública permite establecer un mercado tan amplio como lo permitan las bases para poder satisfacer las necesidades públicas, es decir, sólo a través de este proceso, se deja “la puerta abierta” para que, cualquier interesado (que cumpla con los requisitos exigidos), participe como oferente en dicho proceso, de ahí la importancia de proteger la competencia en su interior.

De acuerdo a la teoría de juegos<sup>21</sup>, la colusión en subastas públicas (*bid rigging*) se incluye dentro de los juegos cooperativos, es decir, cada oferente

<sup>20</sup> Ley N° 19.886, de 2003, Art. 9°.- El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada.

<sup>21</sup> La teoría de juegos es el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que él espera que los otros hagan. El objetivo de la teoría es caracterizar los comportamientos individuales que los jugadores,

(jugador) comparte información y estrategias con sus competidores para, en vez de competir por la adjudicación del contrato, cooperar entre ellos (por ser más ventajoso, en términos económicos) y asegurar, de esa forma, la adjudicación, obteniendo mayores utilidades, en perjuicio directo de los fondos estatales.

La Comisión Europea ha definido el concepto de manipulación de licitaciones o *bid rigging*, señalando que:

“Se refiere a acuerdos entre operadores económicos, con el fin de falsear la competencia en la adjudicación de procedimientos de compras. Estos acuerdos pueden adoptar diversas formas, tales como fijar de antemano el contenido de las ofertas (especialmente el precio) para influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar ofertas, adjudicar el mercado en función de la geografía, la autoridad contratante o el objeto de la contratación, y/o el establecimiento de planes de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que el licitador predeterminado asegure un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es genuinamente competitivo”<sup>22</sup>.

Martínez *et al.* argumentan que:

“La colusión en las licitaciones públicas se desarrolla en dos dimensiones: La primera se produce cuando las empresas se ponen de acuerdo para aumentar sus ganancias de manera ilícita. En las licitaciones públicas, estas coordinan sus ofertas para obtener beneficios adicionales al proporcionar el bien o servicio requerido. La segunda se produce cuando el comprador acuerda compartir con el proveedor las ganancias extraordinarias producidas por un aumento ilegal del precio adjudicado. Este fenómeno recibe el nombre de *corrupción* en vez de *colusión*; sin embargo, lo único que cambia son los agentes involucrados en el acuerdo ilícito”<sup>23</sup>.

“Los cárteles dañan a la economía elevando los precios y distorsionando la asignación de recursos”<sup>24</sup>. “Un sobrecoste por fijación de precios es una transferencia de ingresos o riqueza de los compradores a los miembros del cartel que se produce como resultado de un acuerdo colusorio manifiesto”<sup>25</sup>.

En relación con los costos, se ha calculado por parte de la Fiscalía Nacional Económica, que: “la falta de competencia en los acuerdos marco celebrados en nuestro país, de haber existido una mayor participación de ofe-

---

razonablemente, deberían adoptar en contextos de interacción con otros individuos NEUMANN Y MORGENSTERN, 1944; CARLTON Y PERLOFF, 1994.

<sup>22</sup> Comisión Europea 2021, 4.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ *et al.*, 2011, 386-387.

<sup>24</sup> DAMGAARD *et al.*, 2011, 9.

<sup>25</sup> CONNOR 2014, 255.

rentes, podría haber significado ahorros sobre los USD M. 240 anuales<sup>26</sup>. Si tenemos en cuenta el porcentaje que representa la contratación pública en el PIB de los distintos países, podemos hacernos una idea del sobrecosto que suponen para la economía global este tipo de prácticas.

1. Formas o modalidades que adopta la manipulación de subastas públicas  
Como una contribución teórica al tema, Brinker<sup>27</sup> y la División Antitrust del Departamento de Justicia de EE.UU.<sup>28</sup> clasificaron las distintas modalidades que adopta la manipulación de ofertas de licitación en las siguientes:

### 1.1. *Posturas encubiertas* –coverbidding–

También conocidas como ofertas de resguardo, complementarias o simbólicas. Constituyen la fórmula colusoria más utilizada en la contratación pública. Ello responde a tres características: sencillez en su implementación, flexibilidad y multiplicidad de formas de instrumentación y posibilidad de vigilar internamente el cumplimiento del pacto.

En este escenario, el cartelista elegido por el grupo para obtener la adjudicación del contrato, presenta su oferta cumpliendo con los requisitos exigidos en las bases de licitación, mientras que el resto de los miembros del acuerdo presenta ofertas que no son idóneas de acuerdo con los requisitos exigidos, acordando que la empresa adjudicada subcontratará a los miembros secundarios del grupo.

En el año 2019, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) sancionó una colusión de este tipo, donde se destaca por parte del organismo que:

“[...] las empresas que no deseaban competir por una determinada licitación debían, no obstante, concurrir a la misma con bajas poco significativas para contribuir a alterar indebidamente el umbral de anormalidad de manera favorable a los intereses de las empresas”<sup>29</sup>.

Otro caso que obedece a esta modalidad, fue sancionado por el Tribunal Supremo español; conociendo de un recurso de casación en el fondo señaló que:

“[...] SIECSA ha utilizado a otras empresas del cartel para que le prepararan ofertas de acompañamiento, con precios superiores a los que ella quería ofertar, para resultar adjudicataria de las licitaciones y que,

<sup>26</sup> Fiscalía Nacional Económica 2019, 206.

<sup>27</sup> BRINKER 2014, 547-565

<sup>28</sup> División Antitrust del Departamento de Justicia de EE.UU. (DOJ) 2005, 2-3.

<sup>29</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) 2021, “Conservación de carreteras”, procedimiento de oficio seguido en contra de varias empresas (14).(Expte. S/ DC/0226/10).

además, ella era también en algunas ocasiones quien preparaba ofertas acompañando a otros”<sup>30</sup>.

A través de la formalización de posturas encubiertas se cumple en teoría con el Principio de libre competencia y se induce al Estado a creer que sí ha existido competencia entre los oferentes; nótese que, en este caso, la licitación no será declarada desierta ni habrá que recurrir a otro tipo de procedimientos administrativos, debiendo adjudicar la licitación a aquel de los oferentes que presente la mejor oferta económica, desconociéndose por parte de la administración que ha existido un acuerdo entre las empresas para no competir.

### 1.2. *Supresión de ofertas –bidsuppression–*

Consiste en la presentación inicial de varias posturas y el posterior retiro de una o de varias ofertas para allanar el camino al postor ganador designado, constituyéndose en un mecanismo de presión contra la entidad convocante, para aceptar la postura que queda después de la retirada del resto de las ofertas<sup>31</sup>.

También se manifiesta como la presentación de una oferta conjunta por parte de dos o más empresas en una situación de razonable presentación de posturas individuales. La presentación de posturas conjuntas puede materializarse a través de consorcios, *joint ventures* o uniones temporales de proveedores.

“La Unión Temporal de Proveedores es una asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo”<sup>32</sup>.

“Desde la perspectiva del derecho antitrust, la formación de UTE (unión temporal de empresas) es susceptible de propiciar efectos positivos para la competencia, como la participación de empresas en licitaciones en las que no habrían podido participar de manera independiente”<sup>33</sup>

Armengol i Gasull señala que:

“Por lo general, los acuerdos de comercialización no son restrictivos de la competencia cuando son objetivamente necesarios para que una empresa pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de integrantes menor que el que participa en el consorcio [...] Sobre esta base, el criterio determinante es el de la necesidad objetiva de la UTE o, como acertadamente ha deno-

<sup>30</sup> *Siecsa Construcción y Servicios, S.A. con Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia* (2018). (STS 3746/2018).

<sup>31</sup> SAN MIGUEL 2018, 774.

<sup>32</sup> Decreto N° 250 de 2004. Art. 2° Número 37.

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ Y ARECES 2022, 138.

minado también la doctrina, el de la *indispensabilidad* para participar en la licitación”<sup>34</sup>.

### 1.3. *Asignación de mercados* –marketallocation–

Constituye un acuerdo colusorio en el cual los miembros del grupo acuerdan asignarse las licitaciones en razón de un criterio de cercanía geográfica entre las instalaciones y la logística del postor, respecto del área a prestar el servicio o suministrar el producto, traduciéndose en una reducción considerable del costo operacional por la cercanía territorial.

“Las formas típicas en que se manifiesta esta modalidad son por medio de la abstención de producción o venta de productos distintos a los acordados en determinada zona geográfica, así como por medio de acuerdos de no ingresar en un nuevo mercado. También se manifiestan por medio de postores fantasmas, que son empresas que participan regularmente en procesos de licitación, pero nunca logran resultar vencedoras ni se les adjudica ningún contrato”<sup>35</sup>.

La OCDE ha señalado sobre este tipo de colusión que:

“En un escenario de asignación de mercado, los miembros del cartel pueden dividir el mercado en áreas geográficas, o bien dividir el mercado entre sus clientes. En este caso, los demás miembros del cartel no participarán en los procesos de licitación que se realicen en aquellas áreas geográficas o tengan por objeto suministrar a esos clientes”<sup>36</sup>.

Un caso sancionado por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de junio de 2011 consistió en un cartel en el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, cuyo objeto era la fijación directa e indirecta de precios, el reparto del mercado y la manipulación de los procedimientos de contratación. El Tribunal, en su sentencia, destacó la introducción de “comisiones”, caracterizándolas como:

“Una suma de dinero que la sociedad de mudanzas que había obtenido el contrato para una mudanza internacional debía a los competidores que no habían obtenido el contrato, ya hubieran presentado también una oferta o bien se hubieran abstenido de hacerlo [...] los miembros del cartel se facturaban mutuamente las comisiones por las ofertas rechazadas o que se habían abstenido de presentar, describiendo servicios ficticios, y el importe de esas comisiones se facturaba a los clientes”<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> ARMENGOL I GASULL 2019, 61.

<sup>35</sup> SAN MIGUEL 2018, 774.

<sup>36</sup> OECD 2015, 19-20.

<sup>37</sup> *Team Relocations y otros con Comisión* (2011). ECLI :EU:T:2011:286.

#### 1.4. Rotación de ofertas –bidrotation–

“En ella se aplican sucesivamente varias posturas encubiertas, supresión de ofertas o asignación de mercados, con la particularidad de que, en cada una de las modalidades sucesivas mencionadas, se rota la posición del postor ganador”<sup>38</sup>.

“El efecto de este comportamiento coordinado es que el mismo grupo de empresas siempre presenta propuestas y cada empresa gana en un determinado turno. Se ha descubierto que la colusión funciona mejor cuando los participantes son pocos e idénticos”<sup>39</sup>.

En este esquema colusorio debe existir un grupo de postores que siempre participen en licitaciones similares y estén dispuestos a rotarse para ganar, con la certeza de que serán adjudicatarios en algún proceso de compras, periodicidad que dependerá del número de empresas que pertenezcan al grupo.

Cabe señalar que, la hipótesis planteada en esta investigación encaja muy bien en cualquiera de las modalidades de colusión descritas ya que los oferentes, sabiendo que ante la falta de empresas que cumplan con los criterios señalados en las bases de licitación (técnicos, económicos, o de otro tipo), el Estado estará obligado a realizar una licitación privada o bien un trato directo, como lo establece el Art. 8 letra a) de la Ley de Compras, por lo que es más conveniente para ellas dejar de participar o participar solo para no levantar sospechas, y acordar quien o quienes serán las empresas adjudicatarias en los procesos privados posteriores (licitación o trato directo), a los cuales, como ya se dijo anteriormente, sólo se accede por invitación.

## 2. Elementos de la colusión en subastas públicas

Cañizares y Domínguez señalan que:

“Las autoridades de competencia comunitarias han identificado una serie de condiciones necesarias para que la colusión sea viable y sostenible en un mercado, siendo especialmente importante que las empresas participantes no tengan incentivos a abandonar la conducta colusoria, así como que no existan elementos externos capaces de desestabilizarla”<sup>40</sup>.

Para que estos acuerdos se mantengan en el tiempo y no fracasen en el intento de manipular las licitaciones, es requisito *sine qua non* que se verifique una o más de las siguientes conductas:

2.1. *Identificación de los postores*: la identificación de los postores reales y potenciales en una licitación pública supone identificar, antes de la presentación de las ofertas, cuál es el número de oferentes que se presentará a la subasta

<sup>38</sup> SAN MIGUEL 2018, 774.

<sup>39</sup> CONNOR y WERNER 2018, 4.

<sup>40</sup> CAÑIZARES y DOMÍNGUEZ 2015, 25.

y de quiénes se trata, lo que supondrá determinar la alta o baja probabilidad de celebrar acuerdos colusorios, mantenerlos y cumplirlos en el tiempo.

El primer paso en el análisis de los potenciales postores consiste en saber qué empresas son más probables que entren en el mercado relevante. En este sentido, la competencia potencial puede venir de: (i) empresas que ya estén en el mercado; (ii) empresas que venden el bien o prestan el servicio de que trata la licitación en áreas geográficas adyacentes; (iii) empresas que venden el bien o prestan el servicio en mercados aguas arriba o aguas abajo relacionadas; y (iv) empresas que venden el bien o prestan el servicio a través de canales de distribución similares.

2.2. *Interacción repetida*: en líneas generales, se pueden identificar condiciones necesarias y otras que, no siéndolo, facilitan la adopción y posterior mantenimiento de un acuerdo colusorio. Entre estas condiciones se encuentra la interacción repetida en el tiempo.

“Hay mayor margen para la colusión cuando las mismas empresas compiten repetidamente porque es más fácil sostener la colusión cuando interactúan más frecuentemente, además las empresas pueden reaccionar más rápidamente a la desviación de una de ellas”<sup>41</sup>.

Las subastas públicas, por regla general, y dependiendo de las características de los productos o servicios licitados, permiten que los competidores se encuentren en más de una ocasión, permitiéndose, de esta forma, una interacción repetida entre ellos, de manera que, si una empresa se compromete a presentar una oferta excesivamente onerosa en un proceso de contratación, tendrá la seguridad de que, en el futuro, será también la ganadora.

Se ha considerado, además, por parte de la jurisprudencia que:

“La repetición de estos contactos en el tiempo debe considerarse como infracciones “únicas y continuadas”, ya que suponen la existencia de un plan conjunto en el que se inscriben diferentes actos, debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia, con independencia de que uno o varios de esos actos también puedan constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la legislación de competencia”<sup>42</sup>.

2.3. *Existencia de comunicación entre los oferentes*: la comunicación es probablemente el medio más poderoso para lograr la coordinación.

Motta señala que:

“Si las empresas no pueden comunicarse entre sí, pueden cometer errores y seleccionar un precio (o una cantidad) que no sea conjuntamente óptimo para ellas. De esta forma, si una empresa cree que el precio

<sup>41</sup> IVALDI et al. 2003, 19. Ver MARSHALL y MARX 2012, 3.

<sup>42</sup> *Silver Plastics y Johannes Reifenhäuser v. Comisión* (2020). Asunto T-582/15 (ECLI:EU:C:2020:857). *Villero y Boch v. Comisión* (2017)., apartado 47. (ECLI:EU:C:2017:52)

correcto para la industria es más alto y aumenta su propio precio, podría quedar fuera de un proceso licitatorio”<sup>43</sup>.

De igual forma, “la coordinación exitosa de conductas competitivas, solo es posible si el mercado es transparente suficiente para que cada empresa tenga información sobre la conducta de las demás y pueda monitorear cualquier desviación del curso de acción coordinado”<sup>44</sup>. Es sabido que la Ley exige el cumplimiento de ciertas formalidades para dar publicidad a los procesos de compras públicas, por lo que, por una parte, se cumple con esa exigencia legal pero, por otra, se transparentan los procesos de tal forma que los oferentes conocen, de antemano, la estructura de las bases de licitación, las exigencias económicas y técnicas de los procesos de compra, los cuales son generalmente idénticos entre sí, propiciando un conocimiento cabal de todos los aspectos necesarios para coordinar las ofertas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC) señaló recientemente a raíz del conocimiento de un caso de manipulación de licitaciones públicas y privadas en el mercado de la prestación de servicios de combate de incendios, que:

[...] “en relación con la colusión de oferentes en licitaciones, el intercambio de información comercialmente sensible y detallada entre éstos es parte consustancial del ilícito colusorio debido a que siempre será necesario, cualquiera sea la estrategia que se adopte entre competidores, que se conozca ex ante el precio o las condiciones de la oferta que resultará o que se pretende que resulte adjudicataria de la licitación por parte de los participantes del actuar colusorio”<sup>45</sup>.

*2.4. Determinación de una estrategia común:* el juego de la colusión se compone de dos etapas. La primera es la de la comunicación, donde los jugadores envían mensajes en una secuencia arbitraria. Los mensajes implican compromiso de transferencias, la negociación y el acuerdo de hacer una oferta. En la segunda, los miembros de la coalición hacen una oferta en la subasta. Finalmente, después de que se adjudique la subasta, se realizan las transferencias condicionadas a los miembros del grupo coludido.

En este sentido y con afán de mostrar las estrategias utilizadas por las empresas al momento de celebrar acuerdos colusorios, el año 2022 se falló, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC), un asunto consistente en la adopción de acuerdos colusorios que tenían por objeto la fijación de precios y otras condiciones de comercialización de los servicios de

<sup>43</sup> MOTTA 2004, 217.

<sup>44</sup> ESTEVAN DE QUESADA 2013, 832.

<sup>45</sup> Sentencia N° 185-2023 de 14 de agosto de 2023, considerando cuadragésimo segundo dictada en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros C 393-2020 [licitaciones públicas y privadas].

combate y extinción de incendios forestales prestado mediante aviones cisterna, tanto en licitaciones tanto públicas como privadas<sup>46</sup>.

La estrategia utilizada por las empresas consistió en coordinar las condiciones de comercialización de los servicios solicitados por Forestal Mininco S.A. para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012; Forestal Celco S.A. para la temporada 2020-2011; Corporación Nacional Forestal (CONAF) para las temporadas 2012 y 2015; las diferentes modalidades utilizadas con ese fin consistieron en: la presentación de posturas encubiertas o de cobertura, la presentación de ofertas idénticas, y la abstención de presentación a la licitación en otros casos, todo lo cual, tuvo la aptitud para inhibir la competencia entre ellas, dando lugar además a infracciones continuadas en el tiempo.

En este caso el TDLC llegó a la conclusión de condenar a las empresas a través de evidencia dura y evidencia circunstancial; sobre este punto se pronunció la Corte Suprema señalando que:

“En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales [...] La evidencia circunstancial, en tanto, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere<sup>47</sup>.

Por tratarse de circunstancias que pueden variar y complementarse con otros factores, se ha preferido por parte de las autoridades de defensa de la competencia analizar caso a caso la existencia de indicios que pudieran dar lugar a colusión al interior de los procesos de compra públicas, a pesar de ello, la OCDE ha señalado algunos indicadores de sospecha que son más frecuentes de encontrar en las compras públicas y que sirven de indicio de colusión (entre otros):

(i) que el mismo proveedor sea el que presente la oferta más baja en las licitaciones llevadas a cabo por un órgano contratante, mientras que el resto de los licitadores se limitan a presentar ofertas de cobertura en su favor, en otras licitaciones;

(ii) que exista un patrón geográfico de distribución de ofertas ganadoras –por ejemplo, que la misma empresa siempre gane en la misma zona geográfica;

(iii) que los proveedores habituales no presenten ofertas en un concurso en el que fuera previsible que lo hicieran (por similitud de características con concursos anteriores);

<sup>46</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra C 358-2018 [licitaciones públicas y privadas].

<sup>47</sup> Sentencia Corte Suprema de 26 de julio de 2023, Causa N° 7.600-2022. “Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Rídao Chile Ltda., en contra de la sentencia de 26 de enero de 2022, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

- (iv) que algunos proveedores se retiren inesperadamente de la licitación cuando tenían posibilidades reales de resultar adjudicatarios;
- (v) que algunas empresas siempre presenten ofertas a las licitaciones convocadas por el órgano contratante, pero nunca resulten adjudicatarios;
- (vi) que dos o más empresas presenten una oferta conjunta a una licitación cuando, al menos una de ellas, podría haber licitado individualmente con razonables posibilidades de éxito;
- (vii) que la compañía habitualmente adjudicataria en licitaciones de un órgano contratante repetidamente, subcontrate trabajos o servicios con otros licitadores;
- (viii) que una compañía sin posibilidades reales de cumplir el contrato objeto de la licitación (por ejemplo, por ausencia de suficiente capacidad de producción), presente una oferta; y
- (ix) que los precios y demás características de las ofertas de varios licitadores sean idénticas<sup>48</sup>.

2.5. *Establecimiento de mecanismos de supervisión y sanción en caso de incumplimiento del acuerdo:* en la literatura económica, numerosos estudios han evidenciado cómo las empresas logran estabilizar los carteles. Los economistas en su mayoría perciben los carteles como inherentemente inestables; en consecuencia, el debate legal se ha centrado en elevar la presión reguladora para desestabilizar los carteles existentes.

La colusión es más fácil de sostener si los beneficios colusorios son más altos y/o si los beneficios de la desviación son más bajos; en consecuencia, el efecto sobre la sostenibilidad de la colusión depende de la magnitud de los dos elementos.

Jiménez y Coronado descubrieron que:

“El tipo de subasta puede facilitar la señalización o transmisión de información entre rivales sin la necesidad de mantener un contacto explícito y, por otro lado, puede facilitar la formulación de castigos de alto poder disuasorio para evitar que los acuerdos previamente establecidos en el interior de un cartel sean luego incumplidos por alguno(s) de sus miembros”<sup>49</sup>.

Porter afirma en relación con la penalización que:

“La amenaza de penalización en las subastas siguientes a aquel de los jugadores que rompa el acuerdo permite mayores posibilidades de sostener un acuerdo colusorio. En consecuencia, se conseguirá disuadir el incumplimiento del acuerdo colusorio, por parte de cualquier licitante del grupo, si se establece un nivel suficientemente alto para la penalización y si la amenaza tiene características de certeza, y el comporta-

<sup>48</sup> OECD 2012a, 16.

<sup>49</sup> JIMÉNEZ Y CORONADO 2008, 232-233.

miento agresivo es disuadido por la amenaza de castigos en el futuro y, en consecuencia, las deserciones pueden ser detectadas con una alta probabilidad”<sup>50</sup>.

### 3. Situación en Chile

Estas conductas se encuentran tipificadas en el Artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en los siguientes términos:

El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto, convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el Artículo 26 de la presente ley [...] Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o *afectar el resultado de procesos de licitación*, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

Cabe destacar que “el literal a) del artículo 3° que se refiere a los ilícitos colusorios, contiene una hipótesis genérica que no distingue a la entidad que convoca a la licitación ni otro factor relativo a la modalidad de las licitaciones. Ello permite inferir que la premisa normativa del artículo 3° letra a) se puede aplicar a cualquier proceso de licitación, sin distinción de las entidades que lo desarrollen u otras características que presenten”<sup>51</sup>.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha conocido y fallado con dispares resultados (condenas y absoluciones) varias colusiones de este tipo<sup>52</sup>, destacándose los argumentos señalados por el tribunal para condenar:

<sup>50</sup> PORTER 2015, 8.

<sup>51</sup> Sentencia N° 185-2023 de 14 de agosto de 2023, considerando ducentésimo septuagésimo octavo dictada en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros C 393-2020 [licitaciones públicas y privadas].

<sup>52</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros C-74-2005 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros C-132-2007 [licitaciones públicas Dirección RM de Vialidad]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros C-194-2009 [licitaciones públicas de concesión radial de frecuencia modulada SUBTEL]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y otros C-312-2016 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Nacional Económica contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otra C-321-2017 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra C

[...] “El número de preseleccionados era pequeño, y habitualmente participaban las mismas empresas, lo que facilitaba una interacción frecuente; elementos ambos que, a su vez, incentivaban y propiciaban una potencial colusión”<sup>53</sup>.

Como apreció el Tribunal, si el número de oferentes es pequeño se facilita la comunicación entre ellos en orden a coludir para asegurarse la adjudicación de los procesos de licitación de concesión de frecuencias radiales:

[...] “Las requeridas celebraron al menos los siguientes contratos de cesión de derechos, en virtud de los cuales la respectiva cedente vendió a la cesionaria su derecho de postulación a la respectiva licitación, a cambio de sumas de dinero, y obligándose a participar en dicha licitación de tal manera que fuese la cesionaria la adjudicataria de la frecuencia en cuestión”<sup>54</sup>.

En este caso los oferentes cedieron su derecho a resultar adjudicatarias a las licitaciones convocadas a través del compromiso de participación pero, sólo con fines de encubrir un acuerdo colusorio entre ellas, es decir a través de un mecanismo de *coverbidding*.

### 3.1. Caracterización del mercado relevante de compras públicas

Un aspecto muy importante que debe considerarse como el antecedente sobre el cual se analizará la ilicitud de un acuerdo de *bid rigging*, es la determinación correcta del mercado relevante, es decir, el mercado que abarca el proceso de compra. La OECD ha señalado al respecto que: “La definición del mercado relevante ayuda a identificar a los participantes del mercado, para delinear los límites del mercado y determinar el área de competencia efectiva”<sup>55</sup>.

De igual forma el Tribunal ha indicado que “cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen los bienes o servicios licitados” (TDLC, sentencia N° 138/2014, considerando décimo)<sup>56</sup>. Por lo que, si consideramos, el producto y el territorio donde se licita como los antecedentes base a partir de los cuales identificaremos el mercado relevante, debemos considerar, entonces, cada licitación como un mercado relevante independiente, aunque sea un mismo organismo público quien intervenga en dos o más licitaciones, y éstas sean coetáneas o subsecuentes.

358-2018 [licitaciones públicas y privadas]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Calquín Helicopters SpA y otros C-403-2020 [licitaciones públicas CONAF].

<sup>53</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, sentencia N° 112-2011 de 22 de junio, c. 57°.

<sup>54</sup> Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros (2009), c. 26°.

<sup>55</sup> OECD 2012b, 21.

<sup>56</sup> Ramírez y Cía. Ltda. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia TDLC, sentencia de 30 de julio de 2014 (N° 138-2014).

En otras palabras, el ámbito de análisis queda definido por las bases de licitación y en consecuencia, son ellas quienes definen el mercado relevante respecto del cual deberá analizarse si ha existido o no competencia al interior de él, por lo que, es de suma importancia hacer una correcta determinación de éste que permita medir objetivamente el grado de competencia que ha existido en un proceso licitatorio con el objetivo principal de permitir la concurrencia de una mayor cantidad de oferentes a la licitación.

Según la Fiscalía Nacional Económica: “una importante proporción de los tratos directos (34%), se pudo haber evitado con una adecuada planificación y/o definición de mercado relevante, lo que hubiese implicado una compra pública en el marco de un proceso competitivo” (FNE, 2019, 157). Esto habría supuesto un ahorro considerable para el Estado, considerando que, como se dijo, la esencia de la licitación pública es ser un procedimiento concursal, a diferencia del trato directo.

Nótese además que, la Ley de Compras obliga al organismo público que ha declarado desierta una licitación pública a usar las mismas bases de licitación para la consecuente licitación privada y/o trato directo a través del cual adjudicará finalmente el bien o servicio, creemos que esta obligación, si bien se justifica en el ahorro de tiempo de los funcionarios encargados de dicha labor, favorece aún más la concertación entre los oferentes, al permitirles conocer de antemano el mercado relevante que abarcará la licitación (productos y territorio), y las condiciones impuestas en las bases, para de esa manera, pronosticar que empresas serán invitadas al nuevo proceso de compra y poder coordinar con ellas quien será la adjudicataria final.

Esta invitación se encuentra regulada en los artículos 45 inciso 1°, 46 y 47 inciso 1° del Reglamento de la Ley N° 19.886: “La invitación efectuada por la Entidad Licitante, en los casos que proceda una Licitación Privada, debe enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la Licitación Privada”.

Aunque la Ley exija un mínimo de oferentes potenciales (3), consideramos que en la licitación privada no existe competencia “por la cancha”, ya que se accede a ella por invitación del organismo público a cargo del proceso de compra, por lo que, si ya el mercado de las compras públicas se caracteriza por estar limitado por las bases de licitación, aún más limitado será cuando se elija a los oferentes “a dedo”, propiciando con ello la coordinación entre las empresas participantes.

### 3.2. *Prohibición de contratar con el Estado.*

A pesar de compartir los argumentos señalados por el TDLC, llama la atención que, en los requerimientos posteriores a agosto de 2016 (fecha en la cual se modificó el D.L. N° 211 a través de la Ley N° 20.945 y se agregó la le-

tra d) del Art. 26)<sup>57</sup>, que faculta al Tribunal para aplicar como sanción complementaria a la multa, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado, no haya sido nunca aplicada por el Tribunal; aunque, quizá la razón por la que no se ha aplicado diga relación con aspectos económicos más que jurídicos; en relación con ello es importante destacar la opinión del economista Aldo González quien, durante la tramitación del Proyecto de Ley, señaló que:

“Esta medida perjudica al propio Estado (ejemplo: laboratorio sancionado es el único que tiene licencia para producir un medicamento necesario para combatir una epidemia, o los coludidos son fabricantes de armas, etcétera). En segundo lugar, esta medida tiene una lógica de estanco, porque implicaría conceder un monopolio a la empresa que no hubiere sido sancionada por la colusión de sus competidores, si es que ello llegara a suceder, lo cual es improbable porque, cuando se configura un cartel, la idea es que estén todos los productores más cercanos de un determinado bien o servicio”<sup>58</sup>.

Aunque también hay que destacar que si bien la medida no se ha impuesto de forma directa por parte del TDLC, sí se encuentra inserta en las bases tipo de licitación aprobadas por la Contraloría General de la República<sup>59</sup>, de manera indirecta, al prohibir a la participación en los procesos de compras públicas a aquellas empresas que hubieren sido sancionadas con la medida establecida en el Art. 26 letra d) del D.L. N° 211, es decir aquellas conductas previstas en el Art. 3 letra a) del D.L. N° 211<sup>60</sup>.

## Conclusiones

En esta investigación se ha puesto de manifiesto la importancia de prevenir y sancionar la colusión en el ámbito de las compras públicas, mercado que

<sup>57</sup> Letra d). En el caso de las conductas previstas en la letra a) del Artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ TISSINETTI 2018, 137.

<sup>59</sup> Dictamen N° E370752 de 20 de julio de 2023.

<sup>60</sup> Art. 26. La sentencia Ley definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo. En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

presenta características particulares y donde prima la transparencia del proceso por expresa exigencia legal, situación que facilita la colusión entre las empresas que participan de una licitación pública. Estas preocupaciones se justifican aún más en un escenario de inflación mundial como el actual, donde el Estado debe propender a gastar con eficiencia los fondos fiscales y, en la medida de lo posible, ahorrar en dichos gastos.

El problema que supone la falta de oferentes en las licitaciones públicas en Chile, se traduce en declarar desierta la licitación, y privilegiar otro tipo de procedimientos, como la licitación privada o el trato directo, los cuales, de acuerdo a la inexistencia de rivalidad por ingresar al proceso, en el primer caso, y a su estructura no concursal, en el segundo, constituyen excepciones al Principio de libre concurrencia.

Sería recomendable que, los encargados de elaborar las bases de licitación en nuestro país, protejan el erario a través de la elección de la oferta más conveniente pero, evitando transformar a los pliegos de licitación en verdaderas barreras de entrada a los procesos de compras públicas, los cuales, como se señaló, se caracterizan por un bajo o inexistente número de oferentes. De acuerdo a lo planteado, esta no sería la única razón por la cual se presentan pocas empresas a los procesos de compra, ya que según nuestra hipótesis, esto se debería a la celebración y ejecución de acuerdos anticompetitivos pero, podría ser un elemento facilitador de la colusión en dichos procesos.

En nuestro país se ha puesto de manifiesto la importancia de introducir mejoras en los procesos de compras públicas por parte de la Fiscalía Nacional Económica en su estudio del año 2019, principalmente por la baja participación de oferentes en un porcentaje alto de licitaciones (56%), y el ahorro fiscal (entre US\$240 y US\$800 millones al año), que significaría propiciar herramientas legales para que la participación de estos sea mayor. Estimamos que el Proyecto de Ley (Boletín N° 14137-05)<sup>61</sup>, que actualmente se encuentra en tramitación en el Senado, va en la senda correcta al proponer una serie de reformas como la promoción de la innovación en la compra pública, la creación del análisis de necesidad de la compra y la incorporación de la economía circular, que, en conjunto, deberían mejorar la eficiencia y calidad del gasto público, por lo que en unos años más sería conveniente medir su impacto real en los procesos de compra.

Este estudio contribuye al análisis de las formas más comunes de colusión en subastas públicas, explorando las circunstancias sospechosas a las cuales hay que prestar mayor atención, describiendo los criterios jurídicos en que se han basado organismos y tribunales nacionales e internacionales para sancionarlos, destacando las diferencias que existen en la determinación de un mercado relevante público y uno privado, y abriendo un espacio

<sup>61</sup> Ingresado el 29 de marzo de 2021, proyecto de Ley que moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

de reflexión en torno a estas prácticas que no solo afectan a la competencia, sino también a las compras públicas, basándonos en que si ambas ramas del derecho se complementan entre sí, se propicia la eficiencia en el gasto fiscal y el ahorro para todos los ciudadanos.

## Bibliografía citada

- ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) (septiembre 2005). *Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What They Are and What to Look For. An Antitrust Primer for Procurement Professionals*. Justice. gov. <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>.
- ARMENGOL I GASULL, O. (2019). Uniones temporales de empresas y derecho de la competencia, *Revista de Economía Industrial* (415):59-66. <https://www.mincotur.gob.es/es-ES/Publicaciones/Paginas/detallePublicacionPeriodica.aspx?numRev=415>.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2006). Licitación pública: concepto, principios y tramitación. *Revista Actualidad Jurídica* (13), 291-313. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-13-P291.pdf>.
- ASHENFELTER, O. y GRADY, K. (2005). Anatomy of The Rise and Fall of A Price-Fixing Conspiracy: Auctions at Sotheby's and Christie's. *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 3-20. <https://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhi003>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (03 de mayo de 2018). *Historia de la Ley N° 20.945. Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia*. BCN. [https://www.bcn.cl/historia-delaley/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historia-delaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).
- Brinker, L. (2014). Introducing new weapons in the fight against bid rigging to achieve a more competitive U.S. procurement market. *Public Contract Law Journal* 43(3), 547-565. <https://www.jstor.org/stable/44740646>.
- CAÑIZARES, E. y DOMÍNGUEZ, D. (2015). Perspectiva económica de la colusión. En: MARTÍNEZ, S. y PETITBO, J. [Dirs.], *Los acuerdos horizontales entre empresas* (23-45). Marcial Pons.
- CARLTON, D. y PERLOFF, J. (1994). *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers, Second edition.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (2021). *Cuenta Pública. Gestión 2021 y Avances 2022*. ChileCompra. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/05/Cuenta-Publica-ChileCompra-2021.pdf>.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (2022). *Datos Abiertos*. ChileCompra. <https://datos-abiertos.chilecompra.cl/>.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (25 de mayo 2023). *Cuenta pública participativa. Logros 2022- Desafíos 2023*. ChileCompra. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2023/05/cuentapublicaChileCompra2023.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA (2021). *On tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground (C/2021/1631)*. Eur-lex.europa [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).
- CONNOR, J. (2014). Cartel Overcharges. *The Law and Economics of Class Actions. Research in Law and Economics* (26): 249-387. <http://dx.doi.org/10.1108/S0193-589520140000026008>.
- CONNOR, J. y WERNER, D. (12 de enero de 2018). *Variation in bid-rigging cartels overcharges: an exploratory study*. Papers.ssrn. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3273988>.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- DAMGAARD, Mette Trier; RAMADA, Paula; CONLON, Gavan y GODEL, Moritz (2011). The Economics of Cartels: Incentives, Sanctions, Stability, and Effects. *Journal of European Competition Law & Practice* 2 (4): 405-413. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpr041>.
- ESTEVAN DE QUESADA, C. (2013). Collusive practices inside a business network: The cbase of information exchange. *European Business Law Review* 24 (6), 829-847. <https://doi.org/10.54648/eulr2013039>.
- FLORES, J. C. (2021). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Thomson Reuters.

- FUNDACIÓN OBSERVATORIO FISCAL (2022). *Compras Gobierno Central*. Compras.observatoriofiscal. [https://compras.observatoriofiscal.cl/GobiernoCentral/LicitacionesPublicas/Cuantos\\_oferentes\\_tienen\\_las\\_licitaciones](https://compras.observatoriofiscal.cl/GobiernoCentral/LicitacionesPublicas/Cuantos_oferentes_tienen_las_licitaciones).
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A.; ARECES LÓPEZ, C. (2022). La Audiencia Nacional rechaza que la CNMC pueda calificar de anticompetitiva la participación de DFRAIL en UTE a los concursos convocados por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (58), 137-144.
- HARRINGTON, J. Jr. (2006). How do cartels operate? *Foundations and Trends(R) in Microeconomics* 2(1), 1-105. <http://www.nowpublishers.com/article/Details/MIC-021>.
- HINLOOPEN, J. (2006). Internal Cartel Stability with Time-Dependent Detection Probabilities. *International Journal of Industrial Organization* 24(6), 1213-1229. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718706000476>.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P. y TIROLE, J. (2003). *The Economics of Tacit Collusion*. Ideas.repec.org. <https://ideas.repec.org/p/ide/wpaper/581.html>.
- JIMÉNEZ, F. y CORONADO, J. (2008). Análisis económico de la colusión en mercados de subastas: pujas fraudulentas (Bid Rigging). En: MARTÍNEZ, S. y PETITBO, J. [Dirs.], *Los acuerdos horizontales entre empresas* (213-239). Marcial Pons.
- LEVENSTEIN, M. y SUSLOW, V. (2006). What determines cartel success? *Journal of Economic Literature* XLIV, 43-9. <https://www.jstor.org/stable/30032296>.
- LÓPEZ MIÑO, A. (2013). Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En: GIMENO FELIU, J. [Dir.], *Observatorio de los contratos públicos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MARIENHOFF, M. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A. Contratos Administrativos, Abeledo Perrot.
- MARSHALL, R. y MARX, L. (2012). "The Economics of Collusion", The MIT Press, p. 3.
- MARTÍNEZ, J.; ESCOBAR, D. y LOYOLA, C. (2011). Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile. *Derecho PUCP*. 66, 385-417. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3091>.
- MORAGA KLENNER, C. (2019). *Contratación administrativa*. Segunda Edición. Thomson Reuters.
- MOTTA, M. (31 de enero de 2003). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press. [https://danielmorochoruiz.files.wordpress.com/2015/09/massimo\\_motta\\_competition\\_policy\\_theory\\_and\\_prabookfi-org.pdf](https://danielmorochoruiz.files.wordpress.com/2015/09/massimo_motta_competition_policy_theory_and_prabookfi-org.pdf).
- NEUMANN, J. V. y MORGENSTERN, O. (1944). *Theory of games and economic behavior*. Princeton University Press.
- OECD (1993). *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.
- OECD (17 de julio de 2012a). *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*. Legalinstruments.oecd. <https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.
- OECD (11 de octubre de 2012b). *Policy Roundtables. Market definition*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>.
- OECD (2015). *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México. Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OECD*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusi%C3%B3nContrataci%C3%B3nP%C3%BAblica-M%C3%A9xico-InformeCFE-2015.pdf>.
- OECD (09 de julio de 2021). *Government at a Glance 2021*. Oecd-ilibrary.org. <https://doi.org/10.1787/53fad860-en>.
- PÉREZ PAREDES, E. (2013). Las uniones temporales de empresas en la contratación pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 4, 361-402.
- PORTER, R. (2015). *Detecting Collusion*. The Center for the Study of Industrial. Working Paper #0051. Organization at Northwestern University. <https://idv.sinica.edu.tw/kongpin/teaching/micro/porter.pdf>.

- SAN MIGUEL GIRALT, J. (2018). La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. *Ius et Praxis*, Año 24, N° 1, 2018, 757-800. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100757>.
- SPAGNOLO, G. (2000). Optimal Leniency Programs. *FEEM Working Paper* (42), 1-29. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155096/1/NDL2000-042.pdf>.
- STIGLER, G. (1964). A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy* 72 (1). <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/258853>.
- TIROLE, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. The Mit Press.
- VALDIVIA, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch.

## Normativa citada

- Boletín N° 14137-05. Moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. 29 de marzo del año 2021.
- Decreto Supremo N° 250 [Ministerio de Hacienda]. Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de Servicios. 24 de septiembre de 2004.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. Fija normas para la defensa de la libre competencia de 7 de marzo de 2005.
- Dictamen N° E370752 [Contraloría General de la República] Medidas para disminuir los posibles riesgos de corrupción en materia de compras públicas, de 20 de julio de 2023
- Directiva 2014/24/UE de 2014 [Parlamento Europeo y del Consejo]. Sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. 26 de febrero de 2014, [DOUE-L-2014-80598].
- Ley N° 18.575 de 2001. Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre de 2001. D.O. No. 37.113.
- Ley N° 19.886. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 30 de julio de 2003. D.O. No. 37.622.
- Ley N° 20.945. Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. 30 de agosto de 2016. D.O. No. 41.546.

## Jurisprudencia citada

- Conservación de Carreteras (2021). Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), resolución de 17 de agosto de 2021. (Expte. S/DC/0226/10). [existencia de práctica prohibida. Art. 101 TFUE-Art. 1 Ley 15/07].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros (Rol N° C 393-2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 14 de agosto de 2023 (N° 185-2023). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica FNE contra Calquín Helicopters SpA. y otros (Rol N° C-403-2020). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra (Rol N° C 358-2018): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 26 de enero de 2022 (N° 179-2022). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211]: Corte Suprema sentencia de 26 de julio de 2023 (Rol N° 7.600-2022). "Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Ridao Chile Ltda. [Recurso de reclamación].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otra (Rol N° C-321-2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC),

- sentencia de 8 de enero de 2020 (N° 172-2020). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y otros (Rol N° C-312-2016): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 9 de noviembre de 2018 (N° 165-2018). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Radio Valparaíso Ltda. y otros (Rol N° C-194-2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 22 de junio de 2011 (N° 112-2011). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros (Rol N° C-132-2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 10 de diciembre de 2008 (N° 79-2008): Corte Suprema sentencia de 16 de abril de 2009 (Rol N° 96-09). "Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Ridao Chile Ltda. [Recurso de reclamación]. [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros (Rol N° C-74-2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia.
- Ramírez y Cía. Ltda. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Rol N° C 256-2013): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), 30 de julio de 2014 (N° 138/2014). [Demanda por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Siecsa Construcción y Servicios S.A. con Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia: Tribunal Supremo, 30 de octubre de 2018. Sala Tercera. [Recurso de casación]. (STS 3746/2018).
- Silver Plastics y Johannes Reifenhäuser v. Comisión (Asunto T-582/15): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 22 de octubre de 2020. [Recurso de casación por prácticas colusorias]. (ECLI:EU:C:2020:857).
- Team Relocations y otros v. Comisión. Asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08: Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), 16 de junio de 2011. [Demanda de anulación parcial de la Decisión C(2008) 926 final de la Comisión, de 11 de marzo de 2008] (ECLI:EU:T:2011:286).
- Villeroy & Boch v. Comisión. Asunto C-625/13 P: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 26 de enero de 2017. [Recurso de casación por prácticas colusorias] (ECLI:EU:C:2017:52).



# Instrumentos de caución para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos administrativos: ¿existe una equivalencia funcional?

---

Surety instruments to guarantee the faithful  
fulfill of administrative contracts: is there a  
functional equivalence?

---

Luis Colman Vega\*

Esta investigación tiene como objetivo determinar si frente al incumplimiento del particular, resulta indiferente a la Administración la elección de la garantía de fiel cumplimiento de un contrato administrativo. En tal contexto, se analiza la realidad de la contratación administrativa y la forma en que interactúan con las cauciones, constataando que, pese a existir libertad de elección, se distinguen marcadamente ante el incumplimiento.

**Palabras clave:** Derecho administrativo, Derecho comercial, contratos administrativos, garantías, seguro de caución.

The objective of this investigation is to determine if, in the event of a breach of the private, the Administration is indifferent to the choice of the guarantee of faithful fulfillment of an administrative contract. In this context, the reality of administrative contracting and the way in which they interact with the bonds, noting that, despite the existence of freedom of choice, they are markedly distinguished in the event of non-compliance.

**Keywords:** Administrative Law, Commercial Law, administrative contracts, sureties, surety bond insurance.

RESUMEN / ABSTRACT

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho de la Empresa y del Trabajo por la Universidad Católica del Norte. Dirección postal: Manuel Orella 610, of. 1303, torre empresarial, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: lcolmanv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0901-3599>.

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 2 de noviembre de 2023.

## Introducción

Bajo el régimen constitucional establecido en la carta fundamental de 1980, así como en sus sucesivas modificaciones, se ha determinado que la búsqueda y concreción del bien común es uno de los objetivos principales del Estado, de manera que aquel debe abocarse a la realización de aquellas tareas destinadas a favorecer el normal y pleno desarrollo de la persona humana y de los grupos que integran la sociedad política<sup>1</sup> o, en otras palabras, debe velar por la satisfacción del interés general y público, el cual se erige como la función central del derecho administrativo<sup>2</sup>.

Es por ello que para alcanzar tal fin, el Estado detenta una variedad de potestades-función de carácter exorbitantes, delimitadas por el ordenamiento jurídico administrativo<sup>3</sup>, que le permiten desarrollar diversas líneas de acción de carácter económico, social y cultural en pos de los administrados.

Para promover y garantizar el desarrollo de dichas líneas de acción y así alcanzar el bien común, la Administración plasma y ejecuta su voluntad por medio de instrumentos jurídicos imbuidos con una mayor o menor presencia de estas facultades-deberes exorbitantes<sup>4</sup>. Así, cuando lo hace desde su posición de superioridad, éstas se materializan mediante actos administrativos, esto es, en virtud de decisiones con las que se concluyen procedimientos administrativos y que resuelven, con carácter imperativo, y unilateral la aplicación del ordenamiento jurídico respecto de uno o varios casos concretos<sup>5</sup>.

Sin embargo, junto con esta forma de accionar, el Estado puede también procurar la consecución de estos intereses generales en alianza con los particulares, mediante la celebración de contratos administrativos, los que en razón de su finalidad, y de las mencionadas atribuciones exorbitantes, se distancian, aunque no de manera absoluta, de la regulación civilista que norma la figura convencional común<sup>6</sup>.

Se estima que la contratación administrativa representa aproximadamente entre un 5% y un 15% del PIB de cada país, antecedente que da cuenta de la gravitante posición que puede representar las negociaciones contractuales del Estado en la economía<sup>7</sup>. Chile, no se aleja de esta realidad, por lo que resulta trascendental precaver el buen funcionamiento de las relaciones jurídicas contractuales, así como establecer salvaguardas eficientes ante el incumplimiento, que no paralicen el tráfico mercantil y que tampoco

<sup>1</sup> SANTIAGO 2017, 268.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ-ARANA 2012, 69.

<sup>3</sup> FERRADA 2007, 76-78.

<sup>4</sup> BERMÚDEZ 2014, 139; MORAGA 2019, 9-10. Algunos autores consideran que tanto las decisiones unilaterales como los contratos se engloban bajo la naturaleza de actos administrativos: PIERRY 2017, 179-181, y ARANCIBIA 2019, 31.

<sup>5</sup> BERMÚDEZ 2014, 141.

<sup>6</sup> LOO 2018, 147.

<sup>7</sup> DÍAZ Y RODRÍGUEZ 2016, 17.

impliquen colocar a la Administración, y junto con ella al interés general y público que representa, en un papel desmejorado.

De tal manera, la normativa que rige la contratación administrativa, con afán de autonomía y con tal de asegurar el buen devenir y satisfacción del interés general ínsito en este tipo de acuerdos, exige al contratista la presentación de distintas garantías durante el *iter contractual*. Dentro de las diversas cauciones que el legislador exige a la parte privada para mantener la indemnidad del Estado, destaca aquella destinada a velar por el fiel cumplimiento del contrato que, como se verá, se traduce en un instrumento restaurativo ante el incumplimiento, que el administrado puede seleccionar libremente de entre una miríada de opciones provenientes del derecho privado<sup>8</sup>, y que pese a estructurarse sobre fundamentos y principios distintos a la relación jurídica administrativa propia de este tipo de acuerdos, tienen el afán de mantener intacta a la Administración frente al término anormal de la relación jurídica.

Esta dicotomía permite plantear una serie de problemas jurídicos, dentro de los cuales llama la atención la forma en que se puede encuadrar una institución propia del derecho privado, como lo son los instrumentos de garantía y, en particular, el seguro de caución en el contexto de la contratación administrativa y su afán por satisfacer el interés general, en especial, si se considera que ambas figuras tienen diferentes fundamentos, reglas y principios.

Frente a este panorama, la hipótesis de este trabajo se centra en el mencionado seguro de caución y en la imposibilidad de profesar una equivalencia funcional entre aquel y los demás instrumentos de garantía elegibles para el fiel cumplimiento del contrato, por cuanto los efectos para la Administración ante el quebrantamiento del contrato administrativo podrían variar según si se elige una póliza de seguro u otra caución, producto de la fricción entre la naturaleza y regulación de aquel y el interés general que el Estado tiene el deber de satisfacer, pudiendo ser perjudiciales para éste.

Para dilucidar esta hipótesis el presente trabajo, utilizando transversalmente el método dogmático y esporádicamente el jurisprudencial, se dividirá en tres apartados. En primer lugar, se hará una aproximación a la figura de los contratos administrativos y de la caución que busca asegurar su correcto cumplimiento como elemento integrante de aquellos, siguiendo, en un segundo acápite, con una revisión de algunos de los distintos instrumentos de garantía elegibles. Luego, tomando lo desarrollado como base, se continuará con un apartado que devele las implicancias de aceptar una póliza de seguro de garantía como caución de fiel cumplimiento del contrato y si con ello se puede sostener una equivalencia funcional, como parece que presupone la

<sup>8</sup> A modo ejemplar, el art. 11 de la Ley N° 19.886, en concordancia con los arts. 31 inc. 4°, 68 inc. 7° y 73 del DS 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda le prohíben a la Administración restringir el tipo garantías que el licitante puede aportar; mientras otros cuerpos normativos como el art. 76 letra h) y 96 del DS N° 75 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, y el art. 109 del DFL N° 850 de la misma Secretaría de Estado, limitan la elección a las boletas de garantía bancaria y a los seguros de garantía, dando un tratamiento más estricto a estas últimas.

normativa de contratación administrativa, siguiendo finalmente con un acápite de conclusiones.

## I. Aproximación a los contratos administrativos y a la garantía de fiel cumplimiento

El Estado pretende la consecución del bien común y la satisfacción del interés general<sup>9</sup> de los administrados, disponiendo de diversas herramientas jurídicas para ello, siendo el contrato administrativo una de las principales. De esa forma, no se revisará la polémica sobre si la Administración está habilitada para acudir a la figura contractual para cumplir con tal fin, por cuanto la doctrina nacional se ha decantado casi unánimemente por la respuesta positiva<sup>10</sup>, compartiéndose los argumentos que la encaminan a dicha conclusión y dándolo como un supuesto.

Dicho eso, pese a la gravitante posición que estas figuras toman en el contexto jurídico y económico nacional, dicha relevancia no se ha visto reflejada en su regulación, la que no obstante ser prolífica, se percibe como inorgánica y a veces poco profunda. Carencias que generan importantes implicancias sustantivas y prácticas.

Desde antaño, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato administrativo ha captado la atención de la doctrina, la que se encaminó en la búsqueda de una fisonomía jurídica propia para la actividad contractual del Estado, convirtiéndose en una de las controversias que más interés ha generado en razón de las consecuencias jurídicas y prácticas de dicha elección. De esa forma, sin ser el objeto de este trabajo el desarrollo en profundidad del origen de la controversia, ni de sus particularidades, sí resulta enriquecedor para el mismo desentrañar los elementos esenciales de la cuestión, con tal de determinar bajo qué marco se regirá el contrato y la caución de fiel cumplimiento que la administración haya seleccionado.

La cuestión se centra en dilucidar qué son estas convenciones celebradas por la Administración, o en otras palabras, si aquellas efectivamente mantienen una naturaleza contractual, en las que resaltan el interés general y la satisfacción de un servicio público como elementos calificadores y distanciadores del carácter civil de aquella convención<sup>11</sup>; o, por el contrario, si aquellas son más bien actos jurídicos unilaterales de asignación de cargas públicas compensadas o mixtas, cuya validez no depende del consentimiento de las partes, sino que de la dictación del acto administrativo adjudicatorio de la carga<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> El interés general no puede entenderse desde una perspectiva unilateral, o como la suma de intereses individuales, sino que debe definirse complementariamente, mediante la integración de lo público y lo privado, enfocado en el desarrollo de las personas. RODRÍGUEZ-ARANA 2012, 90-92.

<sup>10</sup> LOO 2018, 133; OELCKERS 1979, 147; SOTO 1978, 583.

<sup>11</sup> MORAGA 2019, 28.

<sup>12</sup> ARANCIBIA 2019, 31.

De tal forma, ambas posiciones, desde sus propias ópticas, buscan fundamentar los elementos estructurales de una importante parte de la actividad del Estado destinada a la concreción del bien común. *Grosso modo* la tesis del acto administrativo rechaza que los contratos administrativos se sustenten en la figura proveniente del derecho común, sosteniendo dicha afirmación en los atributos de la relación jurídica pública que, a diferencia de la privada, se ejerce a través de actos potestativos que tienen por finalidad la satisfacción del bien común. Así, mientras que en los contratos entre particulares se hallarán intereses equivalentes, al menos conceptualmente, en los contratos administrativos el interés del Estado será desigual, superior y omnicomprensivo, en virtud del fin buscado<sup>13</sup>. Por su parte, la vertiente contractual arguye que, pese a mantenerse cierto nivel de desigualdad con la Administración<sup>14</sup>, al necesitarse de la voluntad y aceptación del administrado para dar validez al vínculo jurídico<sup>15</sup>, la naturaleza de aquél es contractual.

Decantarse por una u otra posición no resulta baladí. La elección de la tesis negatoria implica hacer desaparecer cualquier límite a las potestades derivadas de la verticalidad propia de la relación jurídica entre Administración y colaborador, así como también hace aplicable la justicia distributiva y los principios propios del derecho público; mientras que, la visión contractualista, reconociendo la posición de desequilibrio existente, la superioridad normativa y el fin público que el Estado pretende satisfacer, igualmente permite restringir de cierta forma las potestades exorbitantes de la Administración, mediante la aplicación de principios de derecho privado y de criterios propios de la justicia conmutativa.

En virtud de lo dicho, se considera que la naturaleza jurídica de la vinculación entre el Estado, tanto mediante sus entes concentrados como desconcentrados, y el administrado se condice con la figura del contrato, inserta y originada en el derecho civil, pero con las calificantes propias del Derecho público fundadas en el interés y fin que busca satisfacer. Así, abundando en lo dicho, al ser el Estado una de las partes intervinientes de aquella relación jurídica, este instrumento se ve calificado por las necesidades públicas que éste busca satisfacer<sup>16</sup>, diferenciando al contrato administrativo de aquellos provenientes de las relaciones entre particulares.

Como consecuencia de esa naturaleza calificada, el Estado, fundado en el principio de preminencia de la Administración<sup>17</sup>, detenta una posición de

<sup>13</sup> ARANCIBIA 2019, 33.

<sup>14</sup> MARTÍN-RETORTILLO 2019, 96.

<sup>15</sup> ARIÑO 2009, 88.

<sup>16</sup> FLORES 2019, 70. A saber, el contexto público, las partes, el objeto y su forma son algunos de los elementos que permiten distanciar al contrato administrativo de la fisonomía del contrato civil. DÍAZ Y RODRÍGUEZ 2016, 28.

<sup>17</sup> *Ingel S.A. con Intendencia Regional de Antofagasta* (2020).

privilegio<sup>18</sup> en la relación contractual, plasmada en atribuciones exorbitantes como el *ius variandi*<sup>19</sup>, que dan cuenta de que pese a existir un vínculo contractual, no se produce la posición de igualdad que dicha figura, proveniente del Derecho privado, postula como presupuesto. Ahora bien, no obstante ello, la marcada posición de desequilibrio existente entre ambas partes se ha visto morigerada, tanto por los principios y normativa provenientes del ámbito privado<sup>20</sup>, como por la actividad jurisprudencial, en especial la administrativa<sup>21</sup>.

Así, se la jurisprudencia judicial<sup>22</sup> ha definido esta figura como

Acuerdos bilaterales que suponen siempre la generación de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes, vale decir, un intercambio de prestaciones entre los contratantes, uno de los cuales corresponde a un órgano de la Administración, y el otro, a un particular, los cuales quedan regidos por las normas del Derecho Público interno, siendo éstos, los contratos de suministro y/o servicios; contratos de obra pública; concesión de obra pública; concesión de servicio público; concesión de uso de bienes públicos y contratos de empréstito público interno.

En este contexto, el Estado ha dictado diversas normas legales y reglamentarias tendientes a regular los distintos requisitos, garantías, procedimientos de contratación y terminación de los contratos administrativos, estableciendo un campo reglado de actuación para la Administración. Al respecto, la Ley N° 19.886<sup>23</sup> y su reglamento<sup>24</sup> constituyen la normativa básica y supletoria<sup>25</sup> en la materia. Esta regulación que se ve nutrida y complementada por normas como la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas<sup>26</sup>

<sup>18</sup> Resulta lógico que el ordenamiento jurídico contemple una posición de desigualdad entre las partes, marcando la preminencia de la Administración sobre el particular, alejándose del estándar privatista de la contratación por entregarle a aquella un conjunto de atribuciones o potestades exorbitantes, toda vez que dichas facultades se encuentran destinadas a asegurar la satisfacción de los intereses públicos, en contraposición a lo que sucede en el derecho civil, en el que priman los intereses particulares de las partes intervinientes. En este sentido: OELCKER 1979, 150-155.

<sup>19</sup> FLORES 2019, 71.

<sup>20</sup> A modo de ejemplo, la Contraloría General de la República (desde ahora solo CGR) ha resaltado que en materia de contratación administrativa resultan plenamente aplicables los principios de buena fe [Dictamen N° E64061 (2020); Dictamen N° 16853 (2019)] y de prohibición del enriquecimiento sin causa [Dictamen N° 6.854 (2020); Dictamen N° 9.731 (2020)].

<sup>21</sup> Uno de los principales ejemplos de aquella morigeración se encuentra en la figura del equilibrio económico-financiero del contrato, en especial ante la utilización por parte de la administración de la potestad de variación, o *ius variandi* [Dictamen N° 34.523 (2013)], y del conocido como *factum principi* [Dictamen N° 41.409 (1994); Dictamen N° 35.989 (2001); Dictamen N° 35.996 (2005)].

<sup>22</sup> *Ingel S.A. con Intendencia Regional de Antofagasta* (2020).

<sup>23</sup> Ley N° 19.886, de 2003.

<sup>24</sup> Decreto N° 250, de 2004.

<sup>25</sup> Dictamen N° 59.566 (2004); Dictamen N° 35.844 (2012).

<sup>26</sup> Decreto N° 850, de 1997.

(desde ahora solo MOP), la Ley de concesiones de obras públicas<sup>27</sup> y el reglamento para contratos de obra pública<sup>28</sup>, las que se erigen como las normativas más relevantes y generales en este rubro.

Este entramado normativo ha enriquecido a la contratación administrativa, anticipándose a problemáticas propias del contexto de desequilibrio entre Estado y el administrado, como sucede con el art. 19 del DS N° 900, referente a los mecanismos de compensación al contratante en caso de actos sobrevinientes de la autoridad, o con el art. 102 del DS N° 75, que regula la variación del objeto del contrato por aumento de obras. Sin embargo, junto con este tipo de normas destinadas a anticiparse a los conflictos, el legislador ha regulado ciertas materias tanto o más relevantes, con menor acierto; tal es el caso de las garantías contractuales y, en especial, la de fiel y oportuno cumplimiento del contrato.

La garantía de fiel cumplimiento del contrato, conforme se desprende del numeral sexto del art. 22 de DS 250, tiene por objeto resguardar el correcto cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato por parte del proveedor oferente, asegurando, en el caso de las prestaciones de servicio, el pago de las obligaciones laborales y sociales, además de las multas y sanciones. De esa forma, se requiere esta garantía para dar seguridad a la Administración de que las obligaciones contraídas por el particular se desarrollarán conforme lo convenido y que, de lo contrario, esto es, ante un incumplimiento por parte del contratista, el fin público se verá igualmente resguardado, mediante una suma de dinero que reemplazará el perjuicio causado por el incumplimiento<sup>29</sup>.

El abanico de garantías a las que se puede optar en los contratos administrativos de compras y prestación de servicios difiere, infundada y ostensiblemente, del admitido por la normativa de obras públicas o concesiones existiendo, en el primer tipo de contrato, conforme al art. 68 inciso tercero y sexto del DS 250, en concordancia con el art. 11 de la Ley N° 19.886, una libertad de elección del instrumento de garantía; mientras que en los contratos de obra pública, conforme el art. 96 del DS 75 relacionado con el art. 109 del DFL 850, la fidelidad de cumplimiento solo puede garantizarse mediante boleta de garantía bancaria y seguro de caución. En este último caso solo previo informe favorable de la Fiscalía del MOP.

La amplitud cualitativa se funda en que el particular solo tiene como límite el que el instrumento sea pagadero a la vista, irrevocable y que su mon-

<sup>27</sup> Decreto N° 900, de 1996.

<sup>28</sup> Decreto N° 75, de 2004.

<sup>29</sup> La doctrina comparada ha definido a esta garantía como "una pena convencional provisional, pues en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor –Administración comitente– puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la pretensión de indemnización". DROMI 1999, 538.

to –el que debe mediar entre 5% y un 30% del valor total del contrato– sea adecuado para el cumplimiento de su finalidad, sin desincentivar la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta. De manera que, cumplidos esos requisitos, el administrado tiene libertad para elegir las garantías.

Esta libertad de elección se erige como un derecho para el administrado tendiente a evitar desincentivar la participación de particulares en las distintas propuestas públicas abiertas por la Administración, suponiendo como premisa que entre los distintos instrumentos existe una igualdad o equivalencia que resulta indiferente al Estado. Sin embargo, como se verá en los apartados siguientes, el carácter general y supletorio de la Ley N° 19.886 y su reglamento, y esta libertad de elección, resultan ser contradictorios al fin e interés público a resguardar en los contratos administrativos, en especial, cuando el particular se decanta por alguna caución que, dada su naturaleza, podría entorpecer o, incluso, imposibilitar la reparación a la Administración, dificultando o deteniendo la satisfacción del interés general por parte de aquella.

## II. Algunos instrumentos de garantía a disposición del administrado y sus particularidades

En virtud de la relevancia económica y práctica que poseen, en los siguientes párrafos se realizará una descripción de los instrumentos que, generalmente, se han utilizado para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones de los contratos administrativos, con tal de determinar si, *a priori*, es posible evidenciar la pretendida equivalencia derivada del derecho a libre elección conferido por los arts. 68 del DS 250 y 11 de la Ley N° 19.886.

Antes de pasar revista a los tres instrumentos de garantía de mayor relevancia y/o utilización<sup>30</sup>, es menester dilucidar ciertas cuestiones terminológicas con claros efectos de fondo. En tal línea, la garantía, en cuanto concepto jurídico proveniente del derecho privado y construido sobre la base del conjunto de efectos derivados de la relación obligacional o instituciones que se pueden sumar a ella, puede ser considerada tanto desde un sentido amplio como desde uno técnico o estricto. Así, en el sentido amplio, se contemplan como garantías todos los mecanismos de tutela de crédito inherentes al derecho de prenda general que posee el acreedor frente al deudor, como lo son, a modo de ejemplo, sus derechos auxiliares<sup>31</sup>.

Por su lado, en adición al mencionado derecho de prenda general, se encuentran las garantías en sentido técnico o cauciones, que se identifican

<sup>30</sup> Existen otros instrumentos de garantía de mayor especialidad, y por tanto de menor utilización, como las cartas de crédito *stand by*, consistentes en garantías independientes y a primer requerimiento, montadas sobre la estructura de un crédito documentario y bajo el esquema de las cartas de crédito mercantiles, en virtud de las cuales el banco emisor –quien es el garante–, a petición de uno de sus clientes –el deudor principal– se obliga autónomamente a cumplir una prestación, a favor de un tercero –el acreedor de una obligación subyacente que será garantizado–. RODRÍGUEZ 2008, 308.

<sup>31</sup> AEDO 2008, 295.

con aquellas que se añaden al crédito, reforzando la seguridad del acreedor, y que pueden ser reales o personales, según si dicha seguridad se sostiene sobre un bien determinado o sobre la agregación de otros patrimonios; y en este último caso pueden dividirse entre típicas y atípicas, encasillándose dentro de las primeras a aquellas reguladas en el Código civil, como la solidaridad y la fianza, y dentro de las segundas a todas otras que la libertad contractual y la práctica comercial puedan crear.

Entre las cauciones atípicas, se ubican las conocidas como garantías autónomas; instrumentos negociales destinados a facilitar el acceso al crédito y dinamizan el consumo y la inversión, en virtud de su especial caracterización como garantía generalmente atípica e innominada, irrevocable, de causa objetiva, que otorga un derecho absoluto al beneficiario de ella, y respecto de la cual no es posible oponer excepciones<sup>32</sup>.

Explicado lo anterior, el privado que se encuentra en el proceso de contratación con el Estado y que debe garantizar el fiel cumplimiento de un contrato administrativo de suministro o prestación de servicios, cuenta con una gran variedad de garantías, muchas de ellas autónomas, esto es, independientes y absolutas entre las que sobresalen, principalmente, tres instrumentos, las que se pasarán a desarrollar.

#### 1. La boleta de garantía bancaria

De entre los instrumentos disponibles, no cabe duda de que la denominada boleta de garantía bancaria, es una de las herramientas jurídicas de mayor utilización al momento de caucionar el correcto cumplimiento de los contratos administrativos<sup>33</sup>.

La boleta de garantía ha sido definida por la extinta Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (desde ahora SBIF), actual Comisión para el Mercado Financiero (CMF), como una "caución que constituye un banco, a petición de su cliente, llamado el 'Tomador' a favor de otra persona llamada 'Beneficiario' que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario"<sup>34</sup>. Este concepto, que podría haber sido más acabado<sup>35</sup>, permite complementar la parca regulación de este instrumento en el ordenamiento jurídico nacional<sup>36</sup>, dando además claridad respecto de su objeto y estructura subjetiva, facilitando, por tanto, el seguimiento en las etapas de ejecución.

<sup>32</sup> RUZ Y BARCIA 2008, 215, 220.

<sup>33</sup> Ya en el año 2008, un estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo y el Gobierno de Chile, daba cuenta de que los administrados seleccionan las boletas de garantía bancaria, por desconocimiento de otros instrumentos de garantía. Banco Interamericano de Desarrollo y Gobierno de Chile 2008, 56.

<sup>34</sup> CIRCULAR 2008, 1.

<sup>35</sup> Para ver comentarios sobre la definición ver: NASSER 2022, 8-10.

<sup>36</sup> Como lo ha puntualizado Caprile Biermann, la principal fuente normativa de la boleta de garantía bancaria se encuentra en el art. 69 N° 13 del DFL N° 3, que fijó el texto refundido, siste-

Abundando en lo dicho, la normativa entregada por la SBIF prescribe que las boletas pueden emitirse para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dinero derivadas de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea para cumplir su objeto o para indemnizar el incumplimiento. Así, estos instrumentos pueden caucionar no solo el fiel cumplimiento del contrato, sino que también pueden utilizarse para garantizar la seriedad de la oferta, la seriedad de la participación en una propuesta o las obligaciones de pago que puedan surgir del vínculo contractual.

Para cubrir tal objeto, el instrumento en análisis se estructura triangularmente. De un lado, se encuentran el tomador de la boleta y el banco emisor, siendo el primero quien busca caucionar el cumplimiento de una obligación principal mediante un depósito en dinero efectivo o la obtención de un crédito otorgado por una institución bancaria y, el segundo, quien emite la boleta representativa de tal importe o deuda en contra del mencionado depósito o préstamo condicionado. Finalmente, se encuentra el beneficiario, quien es el acreedor de la obligación principal asegurada por la boleta.

Considerando esa construcción subjetiva, las boletas de garantía pueden dividirse, en razón de las relaciones entre el tomador y el banco, en aquellas que se constituyen sobre la base de un depósito que será cobrado para el caso del incumplimiento; y, aquellas que se otorgan en contra de un crédito que se otorga contra firma de un pagaré por parte del tomador, y que cobrará eventualmente de satisfacerse los supuestos, pudiendo en tal caso el banco ejecutar el pagaré suscrito. Las primeras de estas boletas se denominan contra efectivo y las segundas, boletas contra crédito<sup>37</sup>. De tal forma, integrando esta figura a la construcción jurídico-administrativa, el tomador será el privado contratante y el beneficiario será la Administración que busca que el primero asegure el fiel cumplimiento de alguna obligación contractual.

La naturaleza a primer requerimiento<sup>38</sup>, personal atípica y autónoma<sup>39</sup> de la boleta bancaria de garantía, la diferencia de otras garantías como la fianza o la cláusula penal<sup>40</sup>, mientras que su origen en el derecho privado le hace aplicables sus principios interpretativos, generando como principal efecto el

---

matizado y concordado de la ley general de bancos, conforme el cual los bancos podrán, entre otras, “[E]mitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen”. CAPRILE 2002, 26.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ 2018b, 60.

<sup>38</sup> CAPRILE 2002, 121-125. PRADO 2000, 9. Pese a que existe cierta unanimidad en cuanto a reafirmar este carácter, se han generado algunos fallos que parecieran poner en duda esta cualidad de la boleta de garantía bancaria, esto a propósito de intentos de detener el cobro por parte de los tomadores de la boleta. Para ello los tribunales han ocupado como fundamentos, entre otros, la falta de fundamentación del acto administrativo que la ejecuta (*Hernández con Municipalidad de Fresia* (2017); *Opazo con Municipalidad de Calama* (2005)); el cuestionamiento de la presencia del presupuesto de su ejecutabilidad, esto es, la ocurrencia de un incumplimiento (*Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo*); entre otras.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ 2018b, 46-49.

<sup>40</sup> ICAFAL *Ingeniería y Construcción con SERVIU Región del Maule* (2015).

que requerido su pago, el banco emisor debe solventar la totalidad del importe<sup>41</sup> dentro del plazo que se haya establecido.

Sobre este paradigma, una vez que la boleta se ha pagado por parte del banco, aquel ejecuta el cobro del monto depositado o cobra el pagaré suscrito por el tomador, buscando de esa manera reembolsarse del cumplimiento de la garantía. De tal forma, si el deudor disputa el incumplimiento, solo le quedaría la vía arbitral o judicial en contra del beneficiario, sin que pueda validamente entorpecer la ejecución de la garantía.

## 2. El certificado de fianza

Otra herramienta de garantía disponible para caucionar el fiel cumplimiento del contrato administrativo es el certificado de fianza. Esta caución, regulada en la Ley N° 20.179, y que se define en el literal c) de su art. 2, como aquel "otorgado por la Institución [de garantía recíproca] mediante el cual se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor", se encuentra estrechamente vinculada con el contrato de fianza regulado en los arts. 2341 del Código civil y 821 del Código de comercio.

Por ello, para entender la forma en que opera este instrumento, se hace necesaria una breve revisión comparativa con el contrato de fianza y a algunas de sus cuestiones esenciales. Así, la fianza se caracteriza por ser solemne, puesto que debe constar por escrito, y accesorio, por cuanto no existe sin una obligación principal que garantizar; por su parte, el certificado de fianza se caracteriza por ser autónomo, al no depender de una obligación principal; unilateral, por cuanto quien resulta obligado es la institución que lo otorga; nominativo; no admite excusión, y pagadero a primer requerimiento, de establecerse de esa manera<sup>42</sup>. A su vez, este instrumento cumple diversas funciones, dentro de las cuales es posible destacar dos, "(a) por una parte, al tratarse de un instrumento mediante el cual se aportan fondos reales y líquidos, se configura como una caución de las obligaciones que tiene el afianzado con el acreedor, que opera en caso de incumplimiento de la obligación principal, de tal modo que no se inmovilizan recursos del afianzado por concepto de garantías y (b) permite a las Sociedades de Garantías Recíprocas, en su calidad de fiadora, asumir la deuda ante el acreedor respectivo. Así, a modo de caución se faculta a las Sociedades de Garantías Recíprocas para accionar en contra del referido deudor"<sup>43</sup>.

De tal forma, la estructura subjetiva de esta caución se basa también en una relación trilateral entre el acreedor y el fiador o institución de garantía recíproca, entre este último y el deudor y entre éste y el acreedor de ambos, esto es, del deudor y la institución<sup>44</sup>; así se desprende de los arts. 11, 12 y

<sup>41</sup> CAPRILE 2002, 169.

<sup>42</sup> ROMÁN 2011, 73-74, 89.

<sup>43</sup> Sentencia TC Rol N° 13.052 (2022); Sentencia TC Rol N° 9700 (2020).

<sup>44</sup> ROMÁN 2011, 22.

14 de la Ley N° 20.179, los que dan cuenta de la existencia de dos etapas en el *iter* de esta caución. En primer lugar, entre el deudor y la institución de garantía recíproca se celebra un contrato de garantía recíproca, mediante el cual la segunda se obligará a caucionar la o las obligaciones del primero, a esta relación se le denomina “de cobertura”. Luego, en la fase siguiente, la institución otorga el certificado de fianza al acreedor, quien debe aceptarlo para constituir la garantía y de esa manera asegurar el cumplimiento de la obligación surgida a su favor.

Así las cosas, si se traslada esa estructura a la hipótesis administrativa, el deudor beneficiario sería el privado contratante, la Administración tomaría el papel del acreedor, debiendo la institución de garantía recíproca celebrar el contrato de garantía recíproca con el deudor, y emitir el certificado de fianza al acreedor. Pues bien, ante este esquema, y frente al incumplimiento del contrato administrativo por parte del particular, la Administración puede cobrar la suma contenida en el certificado de fianza<sup>45</sup>, sin que la institución pueda excusarse ni negarse, en virtud de la calidad de garantía a primer requerimiento de la que goza dicho instrumento, siempre y cuando se haya pactado esa modalidad de pago, quedándole a la institución solo la posibilidad de cobrar la contragarantía que previamente habrá exigido al deudor beneficiario, y a aquel, la chance de accionar judicial o arbitralmente en contra de su acreedor, con tal de disputar el evento invocado como incumplimiento.

### 3. El seguro de caución

Frente al efecto indemnizatorio absoluto que generan los instrumentos de caución reseñados, y que resulta ser tan útil y necesario para la satisfacción del interés público que se halla tras los contratos administrativos, se encuentran otras herramientas de caución que al parecer no producen el mismo efecto reparador, pese a tener una idéntica consideración. Esta es la situación que se presenta con el conocido como seguro de caución.

El Código de comercio se encarga de definir este instrumento en su art. 582, entendiéndolo como aquel en el que el “asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales (...)”<sup>46</sup>. De esta conceptualización la doctrina especializada ha extraído uno de sus elementos distintivos, el riesgo asegurado, el que como se puede desprender de lo prescrito del art. 513 letra t) del Código mercantil, se identifica con el incumplimiento de una obligación contractual o legal que pueda provocar un menoscabo en el patrimonio del acreedor de la obligación cubierta, el que debe ajustarse tanto a lo indicado en la póliza como al principio de indemnización y a la regla de delimitación cuantitativa, límites

<sup>45</sup> ROMÁN 2011, 91.

<sup>46</sup> Por su parte, Molina lo define como “aquel que garantiza el pago de los perjuicios sufridos por el asegurado a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del tomador, ya sean éstas legales o contractuales”. MOLINA 2015, 714.

contenidos respectivamente en el art. 550 y el art. 552, ambos del mencionado cuerpo normativo<sup>47</sup>.

Esta definición, sin bien vino a llenar un vacío conceptual y permitió perfilar la herramienta de caución mencionada, lo cierto es que no tuvo la aptitud suficiente para disipar algunas de las dudas existentes sobre el seguro de garantía. Así sucedió respecto de materias tan relevantes como la determinación de su naturaleza jurídica, cuestión que pasa de ser una disquisición dogmática o anecdótica, toda vez que, de su acertada calificación, dependerá el régimen supletorio a aplicar, los principios que lo informarán, y por concomitancia, como se desenvolverá en la práctica.

Sobre este tópico se ha dicho que, pese a regularse a propósito del seguro, la póliza de caución se erigiría como un verdadero contrato de fianza otorgado por una entidad aseguradora, y por tanto, participaría de su naturaleza jurídica<sup>48</sup>. Empero, no obstante las dudas planteadas por la doctrina o la mejorable redacción del art. 582, precepto que utiliza la expresión “afianzado” como sinónimo de tomador, no existe mayor duda de que la figura en estudio es, efectivamente, la de un seguro, existiendo una variedad de argumentos vertidos por la doctrina en tal sentido<sup>49</sup>. En virtud de esto, el seguro de caución se regulará sobre la normativa y principios de los seguros en general, y de daños en particular, con las precisiones propias de su naturaleza y función.

La estructura subjetiva de la herramienta comentada se erige de manera tripartita. En primer lugar, se identifica a un tomador o contratante, identificado como el deudor de la relación obligatoria subyacente que motiva el otorgamiento del seguro; luego existe un asegurado, que toma el papel del acreedor de la relación primitiva que necesita ser caucionada y, finalmente, el asegurador. Al concordar esta fórmula con la normativa de contratación pública se obtiene que el administrado que busca garantizar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato será el tomador del seguro y el asegurado será el órgano público que encarga la prestación del servicio, la ejecución de la obra o el suministro.

Esto quiere decir que, mediante las pólizas de este tipo de seguro, se caucionan obligaciones de hacer y de no hacer, de origen legal, precontractual o contractual, cubriendo eventos de incumplimiento, cumplimiento imperfecto, sea que este se haya producido por haber sido parcial, defectuoso o tardío, y aunque haya mediado culpa o dolo<sup>50</sup>, separándose, en este último

<sup>47</sup> RÍOS 2022, 301.

<sup>48</sup> VÁSQUEZ 2019, 536; DÍAZ 2012, 182; GONZÁLEZ 2018, 74.

<sup>49</sup> CONTRERAS 2014, 482-484. MOLINA 2015, 714-715.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ 2018, 78. El autor, refiriéndose a un caso resuelto por una pretérita sentencia, alude a que el seguro de garantía cubre el incumplimiento de obligaciones, sea que dicho incumplimiento provenga de culpa, dolo u otro hecho imputable al deudor afianzado y es precisamente el incumplimiento doloso o fraudulento de la obligación garantizada el caso más evidente de incumplimiento, el que por ende autoriza al acreedor beneficiario a hacer efectiva la póliza. Luego agreeg que, no puede olvidarse que en el caso de que se trata, el seguro contratado en el aso

punto, de lo prescrito en el art. 535 del estatuto mercantil, el que exime al asegurador de indemnizar aquellos siniestros que se originen en el dolo o culpa grave del asegurado o tomador<sup>51</sup>.

Así las cosas, el seguro de garantía busca cubrir los perjuicios efectivamente experimentados por el asegurado como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del tomador, de manera que, para que se produzca el siniestro en este tipo de seguros el beneficiario tendrá que haber sufrido un daño patrimonial con ocasión de tal incumplimiento, toda vez que de lo contrario, se incurriría en un enriquecimiento indebido, contrariando el principio indemnizatorio regulado en el art. 550 del Código de comercio<sup>52</sup>. Empero, se ha planteado la posibilidad de incluir las multas o cláusulas penales dentro del espectro de cobertura de esta tipología de seguros, por cuanto aquellas constituyen una evaluación anticipada de los perjuicios experimentados a causa del mencionado incumplimiento, máxime si así se permite en las condiciones generales de la póliza, lo que no sería otra cosa que una manifestación de libertad contractual.

Ahora bien, en virtud del inciso segundo del art. 583 del Código mercantil, en los seguros de garantía se puede invertir la regla general de este tipo de contratos, por cuanto contempla la posibilidad de incluir en las pólizas la mención “a primer requerimiento”, “a solo requerimiento” o “pronto pago”<sup>53</sup>, la que implica que, una vez denunciado el siniestro y sin liquidación previa<sup>54</sup>, la aseguradora deberá pagar los perjuicios sufridos por el beneficiario.

La antecesora legal de la CMF precisó el alcance del inciso final del art. 583 del Código de comercio señalando al respecto que, en aquellas, una vez que se haya efectuado el requerimiento, no podrá exigirse o condicionarse el pago de la suma reclamada a la presentación de antecedentes adicionales

---

en cuestión es de carácter especial; en efecto, se trata del seguro de garantía y, por su esencia, éstos cubren precisamente hechos personales del contratante del seguro.

<sup>51</sup> Un supuesto diverso es el planteado por Ríos, quien estima procedente la oposición de la *exceptio doli* al momento de la denuncia del siniestro, para casos de cobro fraudulento de seguros de garantía. La diferencia se encuentra en que, en el caso propuesto, el fraude o dolo yace en la ocurrencia del siniestro o incumplimiento, y no en el hecho de que aquel se haya debido a culpa grave o dolo. Bajo este entendido, y para el caso propuesto por el autor, la procedencia de la *exceptio doli* al momento del requerimiento resulta lógica y justa, aunque claramente excepcional. Ríos 2022, 308-312.

<sup>52</sup> VÁSQUEZ 2019, 540.

<sup>53</sup> CONTRERAS 2014, 480.

<sup>54</sup> MOLINA 2015, 725. La CMF ha resuelto, en el contexto de un procedimiento sancionatorio que “lo que se imputa como infraccional es el incumplimiento de una obligación legal, esto es, el pago a primer requerimiento del artículo 583 del CdC, al que la Investigada se sometió al otorgar una cobertura de riesgo bajo esta modalidad, la que además reafirmó en la póliza en los términos antes transcritos, de modo que la supuesta falta de liquidación del contrato de obra pública –sea efectiva o no– en nada altera el deber de observar el carácter a primer requerimiento de las pólizas de caución, por lo que a Aseguradora debió cumplir la obligación legal de pagar la reclamación dentro de plazo sin oponer excepciones para diferir o condicionar su pago según el artículo 583 inciso final del CdC y N° 1 del Oficio Circular N° 972”. Comisión Para el Mercado Financiero, Resolución Exenta 1057.

a la mera identificación de la póliza, del asegurado y del monto reclamado; así como tampoco podrá diferirse el pago más allá del plazo estipulado en la póliza<sup>55</sup>.

Efectuado el pago al beneficiario por parte de la aseguradora nace la obligación del tomador de reembolsar o restituir a la aseguradora la suma pagada, más costos por gastos e intereses ante la simple intimación de la compañía aseguradora, quedándole a ésta la vía judicial para el caso de que no proceda a ello. Abunda a esta obligación, el deber de adoptar todas las medidas destinadas a salvaguardar el reembolso, que la ley impuso al tomador<sup>56</sup>. De tal forma, frente a la ejecución de la póliza, la aseguradora debe pagar el monto requerido y considerado en la misma, quedándole solo la posibilidad de cobrar la contragarantía que podría haber recibido del tomador, o subrogarse en los derechos del beneficiario en contra del tomador<sup>57</sup>.

De lo revisado en las líneas anteriores es posible constatar que, al menos en lo que respecta al carácter a primer requerimiento y a la finalidad perseguida, en los distintos instrumentos de garantía no se evidencian mayores diferencias, toda vez que, en todos ellos el beneficiario, al menos teóricamente, es resarcido para el caso del incumplimiento de las obligaciones, dando cuenta de una equivalencia entre ellos. No obstante, y como se verá en el apartado siguiente, dicha conclusión varía si estos esquemas se extrapolan y se integran en el marco normativo de los contratos administrativos.

### III. Relevancia e impacto para la Administración en la elección de la garantía

El análisis comparativo propuesto en el apartado anterior podría llevar a concluir que la elección a realizar por el contratante resulta ser indiferente para el devenir de la relación jurídica subyacente y la satisfacción de los intereses y expectativas de las partes, al menos en el marco de las negociaciones entre privados. Todavía, dicha ilación, aunque discutible incluso en aquel contexto, varía diametralmente si se extrapola a la realidad de las garantías requeridas en la contratación administrativa, especialmente si el instrumento elegido por el administrado es el seguro de caución.

El motivo de la distorsión generada por la integración de la normativa general y particular de las cauciones, y en especial la del seguro de garantía, a la realidad de la contratación administrativa puede hallarse en los cimientos de ambas instituciones jurídicas. Allende de ser regulados en cuerpos legales diversos, como se percibe a simple vista, una y otra figura se alojan en verdaderas opuestas de la conocida *summa divisio* del fenómeno y ordenamiento

<sup>55</sup> Oficio Circular N° 972, de 2017.

<sup>56</sup> MOLINA 2015, 721-722.

<sup>57</sup> Esto marca una distancia entre el instrumento referido y otros como la boleta de garantía, a diferencia de lo sostenido en NASSER 2022, 13, según se verá.

jurídico<sup>58</sup>. En esa línea, las cauciones en general se regulan en el contexto del derecho privado, y el contrato de seguro en el marco del derecho comercial; mientras que los contratos administrativos, pese a utilizar una nomenclatura y ciertos elementos fundamentales de aquel ámbito del derecho, son calificados, se construyen y desarrollan sobre la base dogmática y práctica del derecho público y administrativo<sup>59</sup>.

En virtud de lo dicho, ya se podría vaticinar, al menos apriorísticamente, alguna fricción al momento de aplicar y ejecutar las garantías en la realidad de la contratación administrativa. Con todo, dichas asperezas se profundizan aún más si la parte administrada incurre en un incumplimiento del contrato, según se verá.

Abundando en este desencaje de fundamentos, es menester destacar que el objeto de resguardo de la arista pública del fenómeno jurídico se centra en el interés general, esto es, el que va en beneficio del desarrollo integral de las personas y sus derechos y que, en línea con ello, busca la satisfacción del bien común, basándose en principios y reglas propias de dicha área del fenómeno jurídico teniendo, como baremo de actuación, a la justicia distributiva. Por su lado, el derecho privado se encamina en pos del interés particular de los intervinientes, generando derechos y obligaciones que solo miran a los sujetos relacionados, disponiendo para ello de una estructura dogmática destinada a alcanzar tal fin y midiéndose en base a la justicia conmutativa<sup>60</sup>.

De tal forma, a primera vista, se aprecia una clara oposición en cuanto a los fundamentos e intereses resguardados por ambos institutos, de forma que, mientras que el seguro de caución mira a la justicia conmutativa y a través de ella busca proteger el interés particular de cada una de las partes contratantes, sin que medie enriquecimiento injusto, los contratos administrativos, sean de ejecución de obras públicas, de prestación de servicios o de adquisición o suministro de bienes, buscan la satisfacción de un interés general fundándose para ello en la justicia distributiva, de manera que, ante un conflicto, como puede ser el cobro de la garantía, y en particular de la póliza de seguro de caución, podría darse el supuesto fáctico de que ambos intereses se opongan entre sí, enfrentándose el interés particular del asegurado

<sup>58</sup> Pese a que se ha cuestionado de añeja esta división, no cabe duda que al menos en temas como la contratación, esta segmentación mantiene vigencia en la actualidad. CÉSPEDES 2004, 297-298.

<sup>59</sup> Los tribunales superiores han sentenciado que una "de las características esenciales de los contratos administrativos es que se rigen por normas de Derecho Público, conforme al cual los órganos de la Administración del Estado se encuentran dotados de una superioridad normativa que los ubica en un grado de preeminencia respecto de los particulares, por ello, el contrato está estructurado sobre la base de cláusulas exorbitantes, esto es, de ciertas prerrogativas a favor de las entidades administrativas, operando, en consecuencia, el principio de la preeminencia de la Administración, en orden a que se trata de un régimen de contratación administrativo de derecho público fijado soberanamente por el Estado sobre la base del respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales y la consecución del bien común". *Ingel S.A. con Intendencia Regional de Antofagasta* (2020). En igual sentido *Ramírez con Ilustre Municipalidad de Quillota* (2011).

<sup>60</sup> Sobre la justicia en los contratos administrativos: ARANCIBIA 2019, 43-47.

encaminado al beneficio individual, con el interés público de la Administración que busca el interés de la mayoría por sobre del particular.

Por su parte, un análisis en concreto de la integración de ambas figuras no logra limar los puntos respecto de los cuales podrían generarse las eventuales fricciones, sino que, al parecer los confirma. Así, la realidad de la contratación administrativa implica una relación de desequilibrio, en la que el contratante particular se enfrenta al Estado, el que no solo goza de potestades que lo diferencian de un ente privado, sino que también consta de una prevalencia patrimonial muy superior, a la que se le suma un entramado normativo que tiende y vela por la protección del interés general por sobre el individual del particular que está contratando<sup>61</sup>. Pues bien, un encuadre fáctico y normativo como el señalado genera fuertes consecuencias al momento de analizar la forma en que interactúa el instrumento de garantía seleccionado con los contratos administrativos, al menos cuando el elegido por el administrado es un seguro de caución.

Efectivamente, pese a que el art. 11 de la Ley N° 19.886, concordado con el art. 68 inciso tercero y sexto del DS 250, confiere libertad de elección al administrado al momento de escoger el instrumento de garantía para el fiel cumplimiento del contrato, a diferencia de otros cuerpos legales que lo limitan a algunas cauciones determinadas, no puede argüirse que esa equivalencia formal y aparente, lo sea también de carácter funcional, al menos no si es que se analizan desde el punto de vista de sus efectos para la Administración.

A saber, el art. 68 del DS 250 contempla la equivalencia formal de los instrumentos de caución, limitándose a establecer como requisitos para la garantía de fiel cumplimiento el que sea pagadera a la vista, irrevocable y que su monto sea adecuado para el cumplimiento de su finalidad, sin que aquel desincentive la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta. De esa forma, para la normativa supletoria de contratación administrativa le es indiferente el tipo de caución que se entregue, y por tanto sería igual de admisible cualquier tipo de garantía autónoma, sea esta una boleta bancaria de garantía, un certificado de fianza, una carta de crédito, o incluso, una póliza de seguro de caución.

El mencionado atisbo de equivalencia formal entre dichas herramientas, y en general cualquiera otra que cumpla con los requisitos ya señalados, se tuerce cuando el particular rompe con las obligaciones derivadas del contrato y desencadena con ello la exigibilidad de la garantía de fiel cumplimiento, dando cuenta de que dicha equivalencia formal no tiene un reflejo funcional, al menos en lo que respecta a la póliza de seguro de caución.

A mayor abundamiento, el efecto que se produce ante el incumplimiento del contrato y la ejecución de la garantía distancia a los instrumentos

---

<sup>61</sup> La jurisprudencia ha denominado esta situación de superioridad como principio de preeminencia de la Administración y lo funda en el interés general y público que aquella está llamada a satisfacer. *Ingel S.A. con Intendencia Regional de Antofagasta* (2020).

reseñados, en especial, si se consideran las consecuencias que nacen para la Administración. En esa línea, si en la generalidad de las garantías autónomas, generado un incumplimiento, se satisface a cabalidad la cláusula a primer requerimiento, como se vio que ocurre en el caso de la boleta de garantía bancaria y certificado de fianza, respecto de las cuales, de existir alguna objeción referente al cobro de la caución, dicho reparo debe ser dirigido en contra del tomador, sea judicialmente, sea cobrando la contragarantía previamente exigida; en el caso del seguro en análisis, dicha respuesta ante las objeciones varía diametralmente. Es así como la práctica de las empresas aseguradoras, fundándose en el hecho de ser un contrato de seguro, pero ignorando la redacción expresa del inciso final del art. 583 del Código de comercio, así como el oficio circular N° 972 del 2017 de la CMF<sup>62</sup>, cuestionan la ejecución a primer requerimiento de las pólizas de seguro de caución, y junto con ello, llegan incluso a objetar el monto cuyo pago se exige, desatendiendo al art. 22 del DS 250 y el objeto de resguardo de la garantía de fiel cumplimiento del contrato que exige la Administración.

En tal línea, cuando se presenta un incumplimiento contractual y dicha convención se ve caucionada por una boleta de garantía bancaria u otra garantía autónoma, el banco o institución financiera que garantiza la obligación subyacente solo debe proceder al pago, dirigiendo cualquier alegación en contra del tomador, sin que tenga alguna norma legal en la cual ampararse para dejar de cumplir con su obligación; situación que no acontece en el caso de la póliza de seguro, en que existiría, al menos aparentemente, un conjunto de normas que habilitaría a las aseguradoras a cuestionar el pago a la Administración acreedora.

Los argumentos vertidos por dichas empresas tendientes a negar o retrasar el pago de la póliza, transitan desde alegaciones por falta de antecedentes que acrediten la ocurrencia de los siniestros denunciados, sustentándose en el art. 524 N° 7 del Código de comercio, hasta objetar la acreditación del interés asegurable por parte del asegurado, en los términos de los arts. 520 y 546 del mismo cuerpo legal. Además, con tal de cuestionar el monto a pagar, los razonamientos de las aseguradoras acuden al principio indemnizatorio, consagrado en el art. 550 del cuerpo mercantil, acusando la necesidad de liquidar previamente la póliza con tal de cerciorarse de que no existe un pago indebido, retrasando con ello el proceso de reparación<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> La CMF ha debido sancionar a diversas empresas aseguradoras en reiteradas oportunidades, producto de ignorar la cláusula a primer requerimiento, mediante actuaciones que buscan paralizar el cobro de la póliza. En tal sentido Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 1057; Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta 1138; Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta 1962; Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 7495; Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 351; y Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 2313.

<sup>63</sup> Una relación de ellos puede revisarse en: Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 1962; y *Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2023). Este último caso aún se encuentra pendiente de resolución por la Corte Su-

Como ya se señaló sucintamente en el apartado anterior, sobre la materia, aunque desde una perspectiva general, se ha sostenido recientemente por Ríos Ossa la posibilidad de presentar la excepción de dolo ante el cobro abusivo o fraudulento de pólizas de seguro de caución, deteniendo el efecto “a primer requerimiento” de este tipo de cauciones<sup>64</sup>. Sobre el particular, no es posible realizar una objeción directa, empero, sí es necesario sostener que, en el caso de las pólizas entregadas a la Administración, atendido el interés general y público que resguardan, no existiría dolo o abuso en el cobro total de lo asegurado frente al incumplimiento por parte del tomador. Sobre ello ahondaremos más adelante.

En lo que respecta a las objeciones que contrarían el carácter de caución a primer requerimiento por parte de las aseguradoras, parece ser que más que un ataque fundado a esta función especial de las garantías autónomas, se trata de una estratagema carente de fundamentos para retrasar o negar la posibilidad de pago al asegurado. Esto se deriva del hecho de que son las condiciones especiales y generales de las pólizas las que establecen la forma de denunciar y los antecedentes que se deben acompañar, así como de que no puede desatender lo instruido por el oficio circular N° 972 de 2017 de la CMF ni lo reglado supletoriamente por el Código de comercio. De esa forma, cumpliéndose con dichos requisitos la única alternativa de la aseguradora será pagar el importe requerido y asegurado<sup>65</sup>.

Para aclarar tal conclusión, tómese como referencia el texto de las condiciones generales de póliza de garantía a primer requerimiento registrada en la CMF bajo el código POL 120170148, de común utilización. En aquel documento se señala en lo pertinente que

Para proceder al pago de la indemnización, el Asegurado deberá haber notificado al Asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro, indicando, además, el monto reclamado, el número de póliza y el nombre del Asegurado. Cumplido lo anterior, el Asegurador deberá pagar en el plazo máximo de 30 días corridos después de hecha la denuncia al Asegurador, la suma requerida, sin que corresponda exigir mayores antecedentes respecto de la procedencia y el monto del siniestro.

La clara redacción de las condiciones generales transcritas da cuenta de que basta al asegurado anunciar la ocurrencia del siniestro, indicando el monto reclamado, el número de la póliza y su identificación, para que la ase-

---

prema, la que a la fecha de publicación de este artículo está por fallar un recurso de apelación recaído sobre la sentencia citada.

<sup>64</sup> El autor postula que frente al cobro manifiestamente abusivo, de mala fe o fraudulento, la autonomía o independencia se desvanece y prevalece la intolerancia del derecho frente al fraude. Ríos 2022, 305.

<sup>65</sup> Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta N° 2313.

guradora tenga la obligación de pagar lo requerido, sin necesidad de acudir a mayores fundamentaciones que terminen por retrasar dicho pago.

A igual conclusión se arriba al dar lectura a la normativa. En primer lugar, la CMF<sup>66</sup> ha aclarado que el monto reclamado debe pagarse “dentro del plazo establecido en la póliza, a la mera solicitud del asegurado, sin que proceda exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado y el monto reclamado”, agregando luego que no podrá “exigirse o condicionarse el pago de la suma reclamada a la presentación de antecedentes adicionales a los señalados en el párrafo precedente, así como tampoco podrá diferirse el pago más allá del plazo estipulado para ello en la póliza”. Luego, vale recordar el claro tenor del art. 583 inciso final del Código de comercio, el que en la parte atingente preceptúa que en estos casos “la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”.

Por otra parte, en lo que se refiere a las objeciones que las aseguradoras pudiesen realizar respecto del monto reclamado por el asegurado, existe meridiana claridad, al menos en principio, en cuanto a que no es permitido objetar el monto reclamado una vez requerido el pago. Así se desprende de los efectos y alcance de la mención “a primer requerimiento” según ya se vio, pero se colige también y con mayor contundencia del objeto propio de la garantía de fiel cumplimiento del contrato administrativo.

Abundando en este último punto, es dable recordar que la mencionada garantía tiene por objeto el resguardo del correcto cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato por parte del contratista, asegurando, en el caso de las prestaciones de servicio, el pago de las obligaciones laborales y sociales, además de las multas y sanciones. Sobre esa base, y frente a un incumplimiento por parte del particular, los perjuicios patrimoniales derivados de aquel no pueden limitarse solo a los productos, servicios u obras defectuosas entregadas, esto es, restringir la concepción de daño emergente, sino que deben incluir la merma al interés general que dicho contrato administrativo intentaba satisfacer, y que se plasma en la utilización de bienes aptos y adecuados, el goce de los servicios o la terminación correcta de la obra. Esto es así, por cuanto cuando se defraudan los convenios que se celebran con la Administración, no solo se decepcionan las expectativas propias de una relación contractual, sino que también se afecta el interés general en cuanto fundamento del actuar público. En otras palabras, de dejarse inconcluso o de concluirse parcialmente el contrato, no solo se produce un daño por aquella parte mal ejecutada, sino que se quebranta la totalidad del mismo, haciendo procedente el cobro del monto asegurado en su integridad<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Oficio circular N° 972, de 2017.

<sup>67</sup> La CGR ha confirmado el cobro total de la garantía de fiel cumplimiento, amparándose en el resguardo del interés fiscal comprometido. Dictamen N° E139.179 (2021). Respecto del caso particular del seguro de caución: dictamen N° E23.883 (2020).

Finalmente, refuerza toda la argumentación vertida el hecho de que el seguro de garantía puede calificarse como una garantía autónoma, la que, por su propia naturaleza, se entiende que entrega un derecho absoluto al beneficiario, el cual no puede ser debatido. Sin embargo, como se verá, esta conclusión no resulta ser tan clara, pudiendo generar una judicialización paralizante e innecesaria de la gestión administrativa.

No obstante la contundencia de estos argumentos, esta conclusión no parece alinearse con las reglas y principios del contrato de seguro, las que forzosamente limitarían el espectro indemnizatorio al daño patrimonial considerado en su dimensión privada y frente a un evento que pueda ser catalogado como un incumplimiento efectivo, o lo que es lo mismo, sin considerar el interés general, cuestión que diferencia al seguro de caución de lo que ocurre con otros instrumentos de garantía, rompiendo de esa manera con la hipotética equivalencia entre los distintos instrumentos de caución.

El sustento de esto se encuentra principalmente en dos normas del Código de comercio. La primera, el art. 550, contiene el principio conocido como "principio indemnizatorio", el que, como ya se dejó entrever *supra*, se traduce en que el seguro no puede ser ocasión de ganancia para el asegurado<sup>68</sup>, por cuanto el fin de la indemnización se condice con la reposición económica del patrimonio del asegurado afectado por el siniestro, siendo, por tanto, una indemnización del daño concreto<sup>69</sup>. En otras palabras, debe excluirse de la indemnización, no solo todo valor sentimental sino que también todo valor consecuencial del perjuicio provocado<sup>70</sup>, como podría calificarse el menoscabo al interés general, producto del retraso de la obra pública o en la entrega de bienes o servicios<sup>71</sup>. Este mismo principio permite cuestionar el requerimiento de pago al asegurador frente a un incumplimiento parcial o insuficiente.

De esta forma, para el principio indemnizatorio, el seguro de caución solo cubría el daño emergente efectivamente sufrido con ocasión de un incumplimiento efectivo, dejando de lado el lucro cesante, conforme se puede desprender del tenor del art. 551 del Código mercantil, el que expresamente regula la cobertura de ese ítem indemnizatorio. Fortalece esta posición el art. 552 del cuerpo normativo citado, el que preceptúa la regla de delimitación cuantitativa, conforme a la cual la suma asegurada configura el límite máximo de la indemnización, independiente del menoscabo al interés general que se encuentra tras del contrato administrativo. Así las cosas, desde la perspectiva regulatoria de los seguros de caución, de elegirse aquel instrumento, la Ad-

---

<sup>68</sup> VÁSQUEZ 2019, 465.

<sup>69</sup> AMUNATEGUI 2015, 514.

<sup>70</sup> CONTRERAS 2014, 103.

<sup>71</sup> El máximo tribunal nacional parece adoptar, aunque sin mayor reflexión, la posición contraria, en cuanto a plantear que se satisface el principio indemnizatorio con el derecho a reembolso que nace luego de la liquidación del siniestro. *AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2021).

ministración solo tendría derecho a la indemnización del daño efectivamente sufrido, pese a que, desde la perspectiva del interés general, el perjuicio pudiese ser muy superior.

En nada obsta a esta conclusión el efecto *solve et repete* asociado a las garantías a primer requerimiento, por cuanto el principio indemnizatorio y la regla de delimitación cuantitativa, que provienen de la naturaleza jurídica del contrato de seguro, operan en un estadio anterior, produciéndose el cobro en una etapa en que el principio de indemnización ya se habría quebrantado.

En virtud de esto, no es posible sostener que el principio de libertad de elección de garantías de fiel cumplimiento contenido en la regulación supletoria de contratación administrativa permita sustentar una equivalencia entre los instrumentos de garantía, por cuanto existe, al menos potencialmente, una clara diferencia en lo que respecta a los efectos que ellos pueden generar a la Administración y, en especial, cuando se eligen los seguros de caución. Por ello, y pese a que los órganos y servicios del Estado no puede proscribir las pólizas de seguro, al menos con carácter general, la Administración tendrá que adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que las glosas de las condiciones particulares sean adecuadas al contrato garantizado, así como también deberá cerciorarse que las condiciones generales registradas en las pólizas ante la CMF se acerquen de la manera más adecuada a los interés propios de aquella, eso al menos hasta que una modificación normativa se haga cargo de esta problemática.

## Conclusiones

1. Bajo la normativa y dogmática constitucional nacional, el Estado tiene como función elemental la persecución del bien común para las personas, ello implica que debe velar por alcanzar el interés general y público, por sobre el interés individual. Para ello, dispone de dos caminos, por un lado, la generación de actos administrativos que, en muestra de sus atribuciones exorbitantes, le permiten concretar la planificación que se haya propuesto. Desde otra vereda, la Administración también puede acudir a la colaboración de los particulares mediante la celebración de contratos, los que dogmáticamente serían denominados contratos administrativos.

2. Los contratos administrativos, pese a ser estructuras que obtienen su sustrato desde el derecho privado, se ven calificados por el interés general y público que el Estado está destinado a satisfacer y, en virtud de ello, son regulados por todo el entramado normativo del derecho público, destacando dentro de aquel la Ley N° 19.886 y su reglamento, junto con los principios propios de la actividad contractual de la Administración.

3. En virtud de estos fundamentos y sistema regulatorio, los contratos administrativos, al igual que los actos potestativos, aunque en menor intensidad, gozan de cláusulas exorbitantes que están destinadas a que el Estado pueda satisfacer su finalidad inmanente. Junto con ellas el ordenamiento ju-

rídico le exige al administrado que presente una serie de garantías asociadas al *iter* del contrato administrativo de entre las cuales destaca la de fiel cumplimiento de las obligaciones del contrato, que está destinada resguardar el correcto cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato por parte del proveedor, asegurando, en el caso de las prestaciones de servicio, el pago de las obligaciones laborales y sociales, además de las multas y sanciones.

4. La normativa supletoria en materia de contratación administrativa no establece límites en cuanto al tipo de instrumentos de caución que el administrado puede presentar para garantizar el fiel cumplimiento del contrato, a diferencia de otros cuerpos normativos que regulan contratos administrativos especiales, exigiendo solamente que sean pagaderas a la vista, irrevocables y que su monto sea adecuado para el cumplimiento de su finalidad, sin desincentivar la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta, de lo cual se puede derivar la existencia de un derecho de libre elección en favor del contratante, el que tiene un alcance cualitativo y cuantitativo.

5. En tal sentido el contratante puede elegir entre una plétora de instrumentos de caución, dentro de los cuales destacan, entre otros, la boleta bancaria de garantía y el seguro de caución. Producto de su propia naturaleza privada, la elección de esta última garantía podría generar cierta fricción al momento de instalarse en la realidad administrativa; así, la regla de delimitación cuantitativa en suma del principio indemnizatorio, podría generar un límite a la indemnización reclamada por la Administración, desatendiéndose el interés general que se encuentra detrás de sus actuaciones, y generando una judicialización innecesaria y que retrasaría la labor estatal, implicando un sometimiento del interés público de la Administración frente al privado del particular.

6. Lo anterior da cuenta de que, pese a existir un indicio de equivalencia entre los distintos instrumentos de caución que el administrado puede acompañar para garantizar el fiel cumplimiento del contrato, lo cierto es que dicha igualdad es solo aparente, por cuanto la ejecución de la póliza de seguro de caución podría generar efectos diferentes a las otras herramientas, los que además serían perniciosos para la Administración y el interés general que aquella representa.

### Bibliografía citada

- AEDO BARRENA, C. (2008). Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía. *Revista Chilena de Derecho* 35(2), 293-310.
- AMUNATEGUI ECHEVERRÍA, A. (2015). Artículo 550. En R. Ríos Ossa [Dir.], *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, libro II del Código de Comercio* (513-518). Thomson Reuters.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho administrativo económico* 30(2), 27-53.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública* 172, 79-102.
- BANCO INTERAMERICANO de DESARROLLO Y GOBIERNO DE CHILE (28 de abril de 2023). *Evaluación del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (CPAR)*. Chile compra.

- <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/evaluacion-del-sistema-de-compras-y-contrataciones-publicas-de-chile-cpar.pdf>.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- CAPRILE BIERMANN, B. (2002). *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*. Editorial Jurídica de Chile.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2019). *Los contratos administrativos*. El Jurista.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2004). La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno. *Actualidad Jurídica* 9, 273-300.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014). *Derecho de seguros*. Thomson Reuters.
- DÍAZ BRAVO, Enrique y RODRÍGUEZ LETELIER, Aníbal (2016). *Contratos administrativos en Chile: principios y bases*. Ediciones Universidad Santo Tomás.
- DÍAZ MARSHALL, Sabrina (2009). Naturaleza y función del seguro de caución. *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo* 15, 161-214.
- DROMI, Roberto (1999). *Licitación Pública*. Editorial Ciudad Argentina.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007). Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* 20(2), 69-94.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho PUCV* 53(2), 67-98.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2018). El seguro de caución o de garantía. *Revista de Derecho UdeC* 86(243), 71-91.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2018b). *La boleta bancaria de garantía y el seguro de garantía*. Thomson Reuters.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2018). Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho PUCV* 50(1), 129-155.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1959). La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de igualdad entre las partes. *Revistas de Administración Pública* (29), 59-102.
- MOLINA ZALDÍVAR, Carlos (2015). Artículo 582. En R. RÍOS OSSA [Dir.], *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, libro II del Código de Comercio (713-722)*. Thomson Reuters.
- MOLINA ZALDÍVAR, Carlos (2015). Artículo 583. En R. RÍOS OSSA [Dir.], *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, libro II del Código de Comercio (723-730)*. Thomson Reuters.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación administrativa*. Thomson Reuters.
- OELCKER CAMUS, Osvaldo (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. *Revista de Derecho PUCV* 3, 135-160.
- NASSER OLEA, Marcelo (2022). Algunas cuestiones sobre la boleta bancaria de garantía y el seguro de caución a primer requerimiento del artículo 583 inciso final del código de comercio. *Revista chilena de derecho de seguros. Revista chilena de derecho de seguros* 29(22), 7-21.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017). *Derecho administrativo: obra reunida*. Edeval.
- PRADO PUGA, Arturo (2000). Algunos aspectos de la boleta de garantía bancaria. *Gaceta Jurídica*, 238, 7-11.
- RÍOS OSSA, Roberto (2022). El seguro de garantía a primer requerimiento y la exceptio doli. En M. BERNET PÁEZ y P. MANTEROLA DOMÍNGUEZ [Eds.], *XII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial (299-316)*. Tirant lo blanch.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2012). El interés general en el derecho administrativo. Notas introductorias. *Revista ópera prima de derecho administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* 11, 69-96.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio (2008). Cartas de crédito *standby*. En M. TAPIA RODRÍGUEZ et al [Dirs.], *Estudios sobre garantías reales y personales (303-339)*. Editorial Jurídica de Chile.
- ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo (2011). *El certificado de fianza: una nueva garantía*. Thomson Reuters.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo; BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2008). Las garantías autónomas: un análisis frente al incumplimiento. En M. TAPIA RODRÍGUEZ et al. [Dirs.], *Estudios sobre garantías reales y personales (211-235)*. Editorial Jurídica de Chile.

SANTIAGO, Alfonso (2001). El concepto de Bien Común en el sistema constitucional argentino. *El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución* 12(7), 239-316.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda J (2019). *El contrato de seguro*. Tirant lo Blanch.

## Normativa citada

Circular N° 3427 de 2008 [Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras]. Recopilación actualizada de normas, capítulo 8-11, boletas de garantía. 27 de febrero de 2008.

Código de comercio [CdC]. 23 de noviembre de 1865.

Ley N° 19.886 de 2003. Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 30 de julio de 2003. D.O. No. 37.622.

Decreto N° 850 de 1998 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960. 25 de febrero de 1998. D.O. No. 36.000.

Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código civil y otras normas. 30 de mayo de 2000. D.O. No. 36.676.

Decreto Supremo N° 900 de 1996 [Ministerio de Obras Públicas]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP 164, de 1991 Ley de concesiones de obras públicas. 18 de diciembre de 1996.

Decreto Supremo N° 250 de 2004 [Ministerio de Hacienda]. Reglamento de la Ley N° 19.886. 24 de septiembre de 2004.

Decreto Supremo N° 75 de 2004 [Ministerio de Obras Públicas]. Deroga Decreto N° 15, de 1992, y sus modificaciones posteriores y aprueba reglamento para contratos de obras públicas. 1 de diciembre de 2004.

Oficio Circular N° 972 de 2017 [Comisión para el Mercado Financiero]. Precisa alcance del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio. 13 de enero de 2017.

## Jurisprudencia citada

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 1057, de 30 de enero de 2020.

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 1138, de 22 de febrero de 2021.

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 1962, de 8 de abril de 2021.

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 7495, de 16 de diciembre de 2021.

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 351, 13 de enero de 2021.

Comisión para el Mercado Financiero. Resolución Exenta N° 2313, de 31 de marzo de 2023.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 41.409, de 2 de diciembre de 1994.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.989, de 28 de septiembre de 2001.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 59.566, de 1 de diciembre de 2004.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.996, de 2 de agosto de 2005.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.844, de 15 de junio de 2012.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.523, de 4 de junio de 2013.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.853, de 21 de junio de 2019.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.854, de 25 de marzo de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 9.731, de 9 de junio de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° E23.883, de 31 de julio de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° E64061, de 29 de diciembre de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen N° E139.179, de 15 de septiembre de 2021.

Opazo con *Municipalidad de Calama* (2005): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de febrero de 2005 (Rol N° 1056-2004). Primera Sala. [Recurso de protección].

- Ingel S.A. con Intendencia Regional de Antofagasta* (2020): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 de julio de 2020 (Rol N° 538-2020). Primera Sala. [Recurso de protección].
- Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo* (1996): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de septiembre de 1996 (Rol N° 2859-1996). [Recurso de protección].
- Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de enero de 2023 (Rol N° 283-2021). Sexta Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Ramírez con Ilustre Municipalidad de Quillota* (2011): Corte Suprema, 23 de junio de 2011 (Rol N° 6379-2009). Tercera Sala Constitucional. [Recurso de casación].
- Hernández con Municipalidad de Fresia* (2017): Corte Suprema, 4 de septiembre de 2017 (Rol N° 97.928-2017). Tercera Sala Constitucional. [Recurso de protección].
- ICAFAL Ingeniería y Construcción con SERVIU Región del Maule* (2019): Corte Suprema, 4 de mayo de 2015 (Rol N° 4573-2015). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2021): Corte Suprema, 15 de julio de 2021 (Rol N° 22.364-2021). Tercera Sala Constitucional. [Reclamo de ilegalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por AVLA S.A.G.R. respecto del artículo 12, inciso noveno de la Ley N° 20.179 que establece un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca (2021): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2021 (Rol N° 9700-2020). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por AVLA S.A.G.R. respecto del artículo 12, inciso noveno, de la Ley N° 20.179 (2022): Tribunal Constitucional, 7 de diciembre de 2022 (Rol N° 13.052-2022). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

# ¿Por qué los legisladores establecen sistemas sancionatorios de vía múltiple? Análisis sobre el fundamento, justificación y formas de organización de los sistemas sancionatorios de vía múltiple

Why do legislatures provide for multiple sanctioning systems? Analysis on the rationale and models of organization of multiple sanctioning systems

Javier Escobar Veas\*

El presente artículo tiene por objetivo abordar el fundamento y la justificación de los sistemas sancionatorios de vía múltiple, es decir, aquellos sistemas sancionatorios en que un mismo hecho constituye dos o más infracciones, cuyo conocimiento es competencia de distintas autoridades.

The article aims to address the rationale and justification of multiple sanctioning systems, that is, those sanctioning systems in which the same facts constitute two or more offenses that fall under the competence of different authorities, seeking to identify and analyse

\* Abogado, Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi; Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales; Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: javier.escobar@mail.udp.cl. Código Orcid: 0000-0001-9266-0396.

El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación ANID - Fondecyt de Iniciación N° 11230987, titulado "Sistemas sancionatorios de vía múltiple y ne bis in idem: Revisión crítica y comparada de la doctrina y jurisprudencia chilena y propuesta de reconstrucción", cuyo autor es investigador responsable.

Además, esta investigación ha contado con el apoyo de la Vicerrectoría de Investigación, Desarrollo y Creación Artística de la Universidad Austral de Chile, a través del concurso "Instalación Investigación, Innovación y Creación Artística VIDCA 2022" (INS-INV-2022-06).

Artículo recibido el 20 de octubre de 2023 y aceptado el 22 de diciembre de 2023.

RESUMEN / ABSTRACT

des, procurando identificar y analizar las razones por las cuales los legisladores optan por establecerlos. Reflexionar adecuadamente sobre el fundamento de los sistemas sancionatorios de vía múltiple resulta imprescindible a fin de solucionar adecuadamente el problema de su legitimidad, la cual ha sido cuestionada principalmente desde la perspectiva de la prohibición de *bis in idem*.

**Palabras clave:** *Ne bis in idem*, sistemas sancionatorios de vía múltiple, sanciones penales y administrativas.

the reasons why legislators choose to establish them. From my perspective, it is necessary to reflect on the rationale of multiple sanctioning systems in order to adequately resolve the problem of their legitimacy, which has been questioned mainly from the perspective of the prohibition of *bis in idem*.

**Keywords:** *Ne bis in idem*, multiple sanctioning systems, criminal and administrative sanctions.

## Introducción

Las discusiones relacionadas con el derecho administrativo sancionador se han tomado parte importante del debate en torno al derecho público chileno<sup>1</sup>.

La antigua discusión sobre la legitimidad del derecho administrativo sancionador ha sido reemplazada por la discusión relativa a la forma en que dicha potestad debe ser ejercida<sup>2</sup>. En otras palabras, ya no se discute sobre si la Administración puede o no sancionar a las personas cuando estas cometen infracciones administrativas, sino que, por el contrario, ahora el foco de atención se encuentra en los límites a dicha potestad. Es así como la doctrina ha abordado los principios aplicables a esta rama del derecho<sup>3</sup>, el estándar de prueba que debiese regir en este tipo de procedimientos<sup>4</sup>, el plazo de prescripción de las infracciones<sup>5</sup>, entre otros temas.

Para los efectos de este artículo, se adscribe a un concepto amplio de "sanción administrativa", entendiendo por ésta una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción en lo penal, y que refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad basados en consideraciones de afectación general<sup>6</sup>, con independencia de que su aplicación sea competencia de organismos pertenecientes a la Administración o a órganos jurisdiccionales, tales como juzgados de policía local o el tribunal de defensa de la libre competencia.

Un asunto que ha particularmente motivado discusiones es el problema de la aplicación de las garantías penales al derecho administrativo sancio-

<sup>1</sup> CORDERO VEGA 2020, 240.

<sup>2</sup> CORDERO QUINZACARA 2014a, 400-401; CORDERO QUINZACARA Y ALDUNATE 2012, 338.

<sup>3</sup> CORDERO QUINZACARA 2014a; VERGARA 2004; ROMÁN 2007; ROMÁN 2010; LETELIER 2017; ARACENA 2017.

<sup>4</sup> LETELIER 2018.

<sup>5</sup> CORDERO QUINZACARA 2020.

<sup>6</sup> MAÑALICH 2014, 546.

nador<sup>7</sup>. Como bien se sabe, sobre este punto existen dos grandes posturas en Chile.

Una primera postura, defendida tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema, plantea que los principios inspiradores del orden penal contemplados han de aplicarse, por regla general y con matices, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado<sup>8</sup>.

La segunda postura, en cambio, critica esta transferencia de principios y garantías desde el derecho penal al derecho administrativo sancionador, argumentando que ella se fundaría en una idea incorrecta, como lo es la supuesta identidad entre sanciones penales y administrativas. Además, esta postura sostiene que la tesis de la transferencia ignoraría por completo los fines y las características del derecho administrativo sancionador, omisión que imposibilitaría construir una teoría razonable sobre esta rama del derecho. En consideración a lo anterior, esta segunda postura defiende que los principios y garantías del derecho administrativo sancionador deben desarrollarse precisamente a la luz de sus fines y características, pues solamente de esta manera se evitaría su desnaturalización<sup>9</sup>.

La discusión anteriormente mencionada no será aquí abordada. Por el contrario, el presente artículo tiene por objeto abordar una cuestión específica respecto de la cual no se ha reflexionado suficientemente, a pesar de que ella se relaciona directamente con un tipo de casos que generan diversos cuestionamientos, a saber: el fundamento y justificación de los sistemas sancionatorios de vía múltiple, es decir, aquellos sistemas sancionatorios en que un mismo hecho constituye dos o más infracciones, cuyo conocimiento es competencia de distintas autoridades<sup>10</sup>, las cuales pueden ser penales o administrativas.

Tal es el caso, por ejemplo, de una persona que, habiendo sido sancionada administrativamente por la autoridad sanitaria por haber organizado, durante la pandemia de COVID-19, un evento social superando el aforo máximo permitido, deba luego enfrentar un proceso penal por el delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, consistente en poner en grave peligro la salud pública al haber infringido las medidas sanitarias dictadas por la autoridad en tiempo de epidemia.

Otro ejemplo sería el caso de una persona que, habiendo contaminado un río, deba enfrentar dos procedimientos administrativos sancionatorios,

<sup>7</sup> ESCOBAR 2021b, 40.

<sup>8</sup> Sentencia TC Rol N° 244-1996 (1996), c. 9°; Sentencia TC Rol N° 2682-2014 (2014), c. 11°; Sentencia TC Rol N° 2264-2012 (2013), c. 33°; Sentencia TC Rol N° 479-2006 (2006), c. 8°. 8823-2020, c. 2°. Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 22970-2019, c. 9°; Sentencia Rol N° 8136-2018, c. 6°; Sentencia Rol N° 2890-2020, c. 14°; ENTEICHE 2017, 56.

<sup>9</sup> LETELIER 2017; ARACENA 2017; VAN WEEZEL 2017.

<sup>10</sup> ESCOBAR 2023, 3.

uno a cargo de la institución encargada de la protección del medio ambiente y otro bajo la responsabilidad del organismo encargado de la protección de la salud pública.

¿Es razonable que esta persona, luego de ser sancionada en sede administrativa, deba enfrentar un proceso penal por el mismo hecho? ¿Por qué razones el legislador podría querer que esta persona fuere sancionada tanto en sede administrativa como penal?

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han cuestionado la legitimidad de este tipo de sistema sancionatorio, abordando el problema desde la perspectiva del *ne bis in idem*, garantía entendida como la conjunción de dos prohibiciones distintas: por un lado, una prohibición de sanción múltiple y, por el otro, una prohibición de persecución múltiple<sup>11</sup>.

Aplicando el *ne bis in idem*, los tribunales han dictado innumerables sentencias en que han cuestionado la legitimidad de los sistemas sancionatorios de vía múltiple, sosteniendo que estos pueden, bajo ciertas circunstancias, resultar contrarios a esta garantía<sup>12</sup>. En este sentido se han pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>13</sup>, la Corte Suprema estadounidense<sup>14</sup>, y la Corte Suprema chilena<sup>15</sup>, entre otros.

Como se señaló, el presente artículo tiene por finalidad precisamente abordar el fundamento y justificación de este tipo de sistema sancionatorio, procurando identificar y analizar las razones por las cuales los legisladores optan por establecerlos. Por consiguiente, no se analizará aquí la construcción de la prohibición de *bis in idem*, ni la forma en que ella ha sido aplicada por los tribunales. Tampoco se estudiará la institución de la “triple identidad”, la cual, conforme a la opinión mayoritaria en Chile, constituye uno de los requisitos de aplicación del *ne bis in idem*<sup>16</sup>.

Reflexionar adecuadamente sobre el fundamento y justificación de los sistemas sancionatorios de vía múltiple resulta imprescindible a fin de solucionar adecuadamente el problema de su legitimidad y compatibilidad con los derechos fundamentales de las personas. Dicha reflexión permitirá identificar y comprender los valores y objetivos que subyacen a ellos, los cuales

<sup>11</sup> Sobre esta temática, ver ESCOBAR 2023; ESCOBAR 2021a; MAÑALICH 2011; MAÑALICH 2014; OSSANDÓN 2018; OSSANDÓN 2021.

<sup>12</sup> Para un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver ESCOBAR (2023). Con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, ver GÓMEZ (2021).

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nodet v. France*, § 53-54 [2019].

<sup>14</sup> *United States v. Halper* (1989).

<sup>15</sup> *Cerfogli Flores Santiago con Consejo de Defensa del Estado* (2022), c. 4°-5°.

<sup>16</sup> Bermúdez 2014, 489-490; Gómez 2017, 112; Gómez 2021, 72; Ossandón 2018, 953; Ossandón 2015, 87; Ossandón 2021, 265; Momberg 2021, 13. Sentencia TC Rol N° 2402-2013 (2013), c. 21°; Sentencia TC Rol N° 4795-2018 (2019), c. 47°; Sentencia TC Rol N° 8484-2020 (2020), c. 7°. *Procesadora Insuban Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud* (2017), c. 6°; *Lincoyán Bautista Cárdenas EIRL con Consejo de Defensa del Estado* (2023), c. 16°; *Cerfogli Flores Santiago con Consejo de Defensa del Estado* (2022), c. 15°.

deben necesariamente ser a la hora de analizar su compatibilidad constitucional. De lo contrario, el ejercicio de ponderación podría arrojar un resultado incorrecto, pues los intereses de la sociedad en establecer este tipo de sistema sancionatorio no estarían siendo tomados en cuenta.

#### 1. El creciente aumento de los sistemas sancionatorios de vía múltiple

En las últimas décadas, el número de sistemas sancionatorios de vía múltiple ha aumentado notoriamente<sup>17</sup>. En efecto, hoy en día son cada vez más comunes los supuestos en que un mismo hecho constituye dos o más infracciones, cuyo conocimiento es competencia de distintas autoridades.

Lo anterior es especialmente cierto en el caso de los sectores económicos regulados, donde actualmente la mayoría de los tipos penales van acompañados de sanciones administrativas, como ocurre con los delitos fiscales, bursátiles, contra el medioambiente, etc.<sup>18</sup>. En todos estos casos, la situación es la misma: una especie de línea continua que va de las infracciones administrativas a las penales<sup>19</sup>.

En virtud de lo anterior, se ha sostenido que, en el contexto de las investigaciones financieras y bancarias, la conexión entre cuestiones administrativas y penales forma actualmente parte de la esencia del trabajo diario<sup>20</sup>. Por consiguiente, resulta completamente imprescindible estudiar ambas áreas jurídicas de manera conjunta, especialmente con relación a las garantías procesales aplicables, decisión que no solamente debe tener en cuenta los poderes de una u otra autoridad, o las características de uno u otro procedimiento, sino que debe considerar todas las regulaciones aplicables al caso concreto, ya sean administrativas o penales<sup>21</sup>.

Relacionado con lo anterior, cabe subrayar que una nota característica de los sistemas sancionatorios de vía múltiple es que los diversos organismos encargados de verificar el cumplimiento de la ley habitualmente combinan sus recursos y capacidades para emprender acciones coordinadas en contra de las personas investigadas<sup>22</sup>. En este sentido, es usual que los organismos encargados de la persecución penal y las agencias administrativas soliciten o compartan información.

Esta combinación de procedimientos y sanciones tiene múltiples implicancias. En primer lugar, los organismos del Estado deben determinar qué tipo de procedimiento iniciar en contra de la persona responsable, si un proceso penal o uno administrativo, o incluso ambos al mismo tiempo, depen-

<sup>17</sup> KING 1995, 103; ESCOBAR 2023, 141.

<sup>18</sup> INGRAHAM 1997, 1188; SACKERS 2019, 164.

<sup>19</sup> DE LA MATA *et al.* 2018, 53; ESCOBAR 2023, 163-164.

<sup>20</sup> LASAGNI 2019, 24.

<sup>21</sup> LASAGNI 2019, 24.

<sup>22</sup> O'ROURKE 2018, 985-986; LASAGNI 2019, 24.

diendo del específico sector de que se trate<sup>23</sup>. Además, los tribunales, deben resolver cuáles garantías reconocer a las personas investigadas en cada uno de los procedimientos<sup>24</sup>. Esta última determinación se ha vuelto cada más compleja, principalmente debido a que nuevas formas de reacción estatal han emergido, las cuales no responden a los clásicos paradigmas de sanciones penales o administrativas<sup>25</sup>, tales como la acción de extinción de dominio<sup>26</sup> o los distintos tipos de comiso sin condena penal previa<sup>27</sup>, expulsión administrativa de personas en situación migratoria irregular o prohibiciones de residencia en determinados lugares, entre otras<sup>28</sup>.

La doctrina ha planteado algunas críticas en contra de esta estrategia de combinación y sus consecuencias, principalmente con relación a la transferencia de evidencia desde el ámbito administrativo al penal, pues se argumenta que ella podría generar problemas desde el punto de vista del debido proceso, pues el nivel de protección en ambos procedimientos no es el mismo<sup>29</sup>. Así ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad ofrece, en el proceso penal, el resultado de la investigación administrativa como prueba documental, para ser presentada durante la audiencia de juicio oral.

Posiblemente, el ejemplo más conocido en Chile de sistema sancionatorio de vía múltiple sea el previsto en materia de mercado de valores. Conforme al inciso tercero del artículo 58 de la Ley 18.045, la imposición de sanciones penales será sin perjuicio “de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones”.

Como se puede apreciar, la citada norma prevé explícitamente la imposición de sanciones tanto penales como administrativas por el mismo hecho, circunstancia que ha sido reconocida explícitamente por la jurisprudencia. En palabras de la Corte de Apelaciones de Santiago, “la existencia de un proceso penal no impide que la CMF ejerza sus atribuciones para fiscalizar y sancionar las infracciones normativas de su competencia. En efecto, el legislador autoriza la aplicación conjunta de sanciones administrativas y penales, razón

<sup>23</sup> ESCOBAR 2023, 141.

<sup>24</sup> INGRAHAM 1997, 1188; ESCOBAR 2023, 141.

<sup>25</sup> SATZGER 2020, 214.

<sup>26</sup> Sobre la acción de extinción de dominio en Colombia, ver TOBAR 2014. Respecto de la situación en México, ver PARRA 2020.

<sup>27</sup> En el último año, el legislador chileno ha incorporado un sistema de comiso sin condena previa. En este sentido, la Ley N° 21.577, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias, publicada en junio de 2023, incorporó, mediante la modificación de diversas normas, el comiso sin condena previa respecto de una serie de delitos. Ver, a modo de ejemplo, los artículos 20, 24 ter y 294 bis del Código Penal, así como los artículos 415 bis y siguientes del Código Procesal Penal, todos modificados por la Ley N° 21.577. Posteriormente, en agosto de 2023, se publicó la Ley N° 21.595, sobre delitos económicos, cuyo artículo 41 dispone el comiso sin condena previa de toda ganancia obtenidas a través de un hecho ilícito que corresponda a un delito económico, siempre que concurra alguna de las 4 hipótesis descritas.

<sup>28</sup> ESCOBAR 2013, 141.

<sup>29</sup> RIEGO 2018. SÁNCHEZ 2022.

por la cual no existe impedimento para que la autoridad –CMF– se abstenga de indagar y sancionar las conductas infractoras en los términos que lo hizo, por cuanto la finalidad de las sanciones administrativas difiere totalmente de las que son fundamento de la indagación penal”<sup>30</sup>. En similar sentido, la Corte Suprema ha sostenido que la Ley N° 18.045 “establece, claramente, la coexistencia de la responsabilidad de carácter administrativa y penal que puede generarse a raíz de la infracción que estatuye la ley. Lo anterior queda refrendado por el artículo 58 que, luego de establecer la obligación de denunciar que pesa sobre la autoridad, dispone que el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código Procesal Penal, solo se contará desde que la Superintendencia haya efectuado la investigación correspondiente que le permita confirmar la existencia de tales hechos y de sus circunstancias, todo sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones. Es decir, el texto reafirma el establecimiento de la coexistencia de investigaciones penales y administrativas por el mismo hecho”<sup>31</sup>.

La legislación sobre libre competencia provee otro ejemplo de sistema sancionatorio de vía múltiple. El actual diseño sancionatorio en esta materia es producto de la Ley N° 20.945, normativa que tuvo por objeto perfeccionar la institucionalidad chilena de libre competencia, a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas<sup>32</sup>.

De acuerdo con los artículos 62 y siguientes del Decreto Ley N° 211<sup>33</sup>, algunos acuerdos contrarios a la libre competencia pueden dar lugar a la imposición de sanciones tanto administrativas (competencia del Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC)) como penales. En este último caso, la titularidad de la acción penal corresponde a la Fiscalía Nacional Económica<sup>34</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en materia de libre competencia el legislador ha establecido un sistema de prejudicialidad para el ejercicio de la acción penal, toda vez que su interposición se encuentra supeditada a una declaración judicial anterior<sup>35</sup>. En efecto, conforme al artículo 64 del Decreto Ley N° 211, los procedimientos penales por hechos contrarios a la libre competencia solamente “se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela”.

<sup>30</sup> *Intervalores Corredores de Bolsa Limitada con Cortez Huerta Joaquin* (2020), c. 13°.

<sup>31</sup> *Carlos F. Marín Orrego S.A. Corredores de Bolsa con Comisión para el Mercado Financiero* (2020), c. 11°.

<sup>32</sup> VICUÑA 2017, 386.

<sup>33</sup> El texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en marzo de 2005.

<sup>34</sup> HENRÍQUEZ 2020, 409.

<sup>35</sup> VICUÑA 2017, 397.

El diseño previsto por el Decreto Ley 211 obedece al principio de secuencia, pues se espera primero que en sede de libre competencia se declare la existencia de la colusión, para luego pasar a un eventual proceso criminal<sup>36</sup>.

Se ha argumentado que el diseño sancionatorio descrito “permite otorgar certeza jurídica y procesal tanto para los intervinientes del proceso como para la imposición de la pena, ya que será el tribunal especializado el que deberá acreditar el ilícito de colusión para poder tomar la decisión de si se inicia o no un proceso penal”<sup>37</sup>.

Si bien en este caso el legislador ha establecido dos requisitos de procesabilidad (primero, que el TDLC haya previamente establecido la existencia de un acuerdo ilícito, y, segundo, que la Fiscalía Nacional Económica interponga una querrela criminal), resulta claro que el Decreto Ley N° 211 establece la posibilidad de que una misma persona sea sancionada, por el mismo hecho, primero por el TDLC y luego por el respectivo tribunal penal, sufriendo, por lo tanto, la imposición tanto de una sanción administrativa como de una sanción penal.

Otros ejemplos de sistemas sancionatorios de vía múltiple previstos por la legislación chilena, quizás de menor notoriedad, están contenidos en diversas leyes especiales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores<sup>38</sup>, en particular en sus artículos 39 y 50 E. Conforme a la primera norma, cometerán “infracción a la presente ley, los proveedores que cobren intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere la ley N° 18.010, sin perjuicio de la sanción civil que se contempla en el artículo 8° de la misma ley, y la sanción penal que resulte pertinente”. Por su parte, el artículo 50 E dispone que, en “aque- llos casos en los que, en virtud de esta ley, se interponga ante tribunales una denuncia o demanda que carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria. Realizada tal declaración, los responsables serán sancionados en la forma que señala el artículo 24 de esta ley, salvo que se trate de acciones iniciadas de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 51. En este último caso, la multa podrá ascender hasta 200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además, sancionar al abogado, conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales”.

Por su parte, la Ley N° 18.834, sobre estatuto administrativo<sup>39</sup>, también contempla una hipótesis de sistema sancionatorio de vía múltiple. En efecto, la primera parte de su artículo 120 de la Ley N° 18.834 dispone que la “sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en

<sup>36</sup> RIESCO y CARRASCO 2022, 358.

<sup>37</sup> VICUÑA 2017, 398.

<sup>38</sup> El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496 fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en mayo de 2021.

<sup>39</sup> El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 29 del Ministerio de Hacienda, publicado en marzo de 2005.

consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”.

Como se puede apreciar, en todos estos supuestos la ley contempla la posibilidad, y el legislador se ha encargado de señalarlo explícitamente, de que una persona deba enfrentar distintos procedimientos sancionatorios por el mismo hecho. Así, por ejemplo, un empleado público que se apropie de caudales públicos que estaban a su cargo enfrentará tanto un procedimiento penal por el delito de malversación del artículo 233 del Código Penal, como un procedimiento disciplinario, conforme a lo previsto en el artículo 120 de la Ley N° 18.834. De la misma forma, una persona que suministre valores a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, estará sujeta tanto a un procedimiento penal por el delito de usura del artículo 472, como a un procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Lo anterior, por cierto, sin perjuicio de la regla de abono prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 78 bis del Código Penal, según se señalará en los párrafos siguientes.

En agosto de 2023, se publicó la Ley N° 21.595, sobre delitos económicos. En esencia, esta nueva ley es una regulación de parte general, y no de parte especial, por cuanto, si bien ella incorporó algunos nuevos delitos<sup>40</sup> y modificó otros, ella dejó inalteradas la gran mayoría de las figuras típicas que, conforme a las normas contenidas en ella, pueden constituir delitos económicos bajo ciertas circunstancias.

Entre otras modificaciones, esta ley incorporó un nuevo artículo 78 bis al Código Penal, conforme al cual, la circunstancia de que un hecho delictivo pueda asimismo dar lugar a una o más medidas de las establecidas en el artículo 20, entre las que se encuentran las sanciones administrativas, no obstará a la imposición de las penas que procedan por el respectivo delito.

<sup>40</sup> Pueden citarse, a modo de ejemplo, los nuevos delitos de abuso laboral del artículo 472 bis del Código Penal, que sanciona a quien, “con abuso grave de una situación de necesidad, de la inexperiencia o de la incapacidad de discernimiento de otra persona, le pagare una remuneración manifestamente desproporcionada e inferior al ingreso mínimo mensual previsto por la ley”; el delito de pago de cotizaciones previsionales por un monto inferior al debido del inciso vigesimocuarto artículo 19 del Decreto Ley N° 3.500, que sanciona “al empleador que, sin el consentimiento del trabajador, omite retener o enterar las cotizaciones previsionales de un trabajador o declare ante las instituciones de seguridad social, pagarle una renta imponible o bruta menor a la real, disminuyendo el monto de las cotizaciones que debe descontar y enterar”; y el delito de acuerdo abusivo del artículo 134 bis de la Ley N° 18.086, que sanciona a quienes, “prevaliéndose de su posición mayoritaria en el directorio de una sociedad anónima adoptaren un acuerdo abusivo, para beneficiarse o beneficiar económicamente a otro, en perjuicio de los demás socios y sin que el acuerdo reporte un beneficio a la sociedad”.

Con todo, el legislador estableció, en los incisos segundo y tercero del mismo artículo 78 bis, reglas sobre abono para el caso de multas e inhabilitaciones. Con relación a las multas, el inciso segundo dispone que el monto “de la pena de multa pagada será abonado a la multa no constitutiva de pena que se imponga al condenado por el mismo hecho. Si el condenado hubiere pagado una multa no constitutiva de pena como consecuencia del mismo hecho, el monto pagado será abonado a la pena de multa impuesta”. Respecto de las inhabilitaciones, el inciso tercero señala que la “extensión de la suspensión o inhabilitación impuesta al condenado como consecuencia adicional a la pena será deducida de la extensión de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que fuere impuesta como sanción administrativa o disciplinaria. Si el condenado hubiere sido sometido a una suspensión o inhabilitación como sanción administrativa o disciplinaria, la extensión de ésta será deducida de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que se le impusiere”.

El nuevo artículo 78 bis es de la máxima relevancia, pues en éste el legislador ha reconocido la legitimidad de la acumulación de sanciones penales y administrativas por un mismo hecho. La anterior afirmación, cabe destacar, es de carácter general, pues el campo de aplicación del artículo 78 bis no está limitado a aquellos hechos que califiquen como delitos económicos, conforme a las categorías previstas por la Ley N° 21.595, sino que, al ser una norma incorporada en el Código Penal, ella resulta aplicable a todos los delitos, independiente de su naturaleza.

Así, por ejemplo, el artículo 78 bis permitiría que un empleador sea sancionado, primero, a una pena privativa de libertad por un delito imprudente de lesiones menos graves cometido en contra de un empleado en el lugar de trabajo, y, segundo, a una multa administrativa por parte de la Dirección del Trabajo por haber infringido la normativa laboral. En este caso, al tratarse de sanciones de distinta naturaleza, una privativa de libertad y la otra pecuniaria, no cabría aplicar las normas sobre abono de los incisos segundo y tercero del artículo 78 bis.

## 2. Fundamento y justificación de los sistemas sancionatorios de vía múltiple y posibles modelos de organización

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han abordado la cuestión del fundamento y justificación de los sistemas sancionatorios de vía múltiple, sino que, por el contrario, se limitan a analizar si ellos resultan contrarios o no a la prohibición de bis in idem o a la idea misma de justicia. En otros términos, el análisis ha sido reducido a verificar si estos sistemas sancionatorios son capaces de superar o no un examen de legitimidad constitucional, obviando completamente el análisis de los intereses que subyacen a ellos.

La jurisprudencia del TEDH constituye un claro ejemplo de lo anterior. Si bien en los últimos años ha modificado parcialmente su postura sobre la compatibilidad de los sistemas sancionatorios de vía múltiple y la prohibición

de bis in idem<sup>41</sup>, el TEDH no ha nunca abordado la cuestión del fundamento y justificación de estos sistemas sancionatorios. Por el contrario, el TEDH se ha limitado a analizar y aplicar la prohibición de bis in idem, afirmando repetidamente que ésta tiene por finalidad prohibir la repetición de procedimientos penales en contra de la misma persona por el mismo hecho<sup>42</sup>.

Por consiguiente, pareciera subyacer a la jurisprudencia del TEDH la idea de que no existirían razones legítimas para que el legislador prevea un sistema sancionatorio de vía múltiple, pues estos sistemas resultarían contrarios a los derechos fundamentales de las personas o a la idea misma de justicia<sup>43</sup>.

La Corte Suprema chilena ha adoptado un enfoque en la misma línea que el TEDH. En sentencia Rol N° 22658-2014, la Corte Suprema sostuvo que “el Estado puede reaccionar sólo una vez por un hecho ilícito con el objeto de aplicar una sanción penal a su responsable, lo que supone para el inculgado absuelto por sentencia firme la garantía de que no puede ser sometido a un nuevo juicio por los mismos acontecimientos, lo que en este caso se evidencia por la existencia de un pronunciamiento judicial ejecutoriado, revisado por las instancias competentes”<sup>44</sup>.

En otras sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que castigar dos veces a una persona por un mismo hecho atenta en contra del “elemental sentido de justicia”. Así, por ejemplo, en sentencia Rol N° 58862-2016, la Corte Suprema afirmó: “Que como ya lo ha resuelto en reiterados pronunciamientos este mismo tribunal, una actuación como la denunciada en el recurso que constituye otro castigo por unos mismos hechos vulnera el principio del “non bis in idem”, con arreglo al cual nadie puede ser objeto de sanción dos veces por un mismo hecho, pues en definitiva ello importaría dar cabida a una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo, determinación que no es compatible con un elemental sentido de justicia”<sup>45</sup>.

Una parte de la doctrina nacional ha adoptado un enfoque similar al descrito en los párrafos anteriores. Así, se argumenta que el “Estado debe sancionar lo injusto de una acción u omisión en una misma oportunidad y no paralela o sucesivamente en el tiempo, lo que por lo demás, junto con generar un innecesario derroche de recursos públicos, importaría una deficiente actuación del aparato estatal y un ejercicio desproporcionado de la potestad punitiva”<sup>46</sup>.

En la misma línea, se ha sostenido que, dado que el sometimiento a un proceso supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una

<sup>41</sup> Modificación que se produce a partir de la sentencia *A and B v. Norway* (2016). Sobre el punto, ver ESCOBAR 2013, 102 y siguientes; PAULESU 2018, 401; IZQUIERDO 2019, 11-12.

<sup>42</sup> ESCOBAR 2023, 137.

<sup>43</sup> ESCOBAR 2023, 161.

<sup>44</sup> C/ N.N. QTE (2015), c. 10°.

<sup>45</sup> *Diego Felipe Vega Vidal con Dirección General de Carabineros* (2017), c. 8°. En la misma línea, *AC Nielsen Chile Limitada* (2008), c. 4°.

<sup>46</sup> GÓMEZ 2017, 124. En términos similares, BORDALI 2023, 60-61.

carga o gravamen para el ciudadano, la incoación de distintos procedimientos sancionatorios por el mismo hecho “carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica”<sup>47</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, se plantea que el Estado debiera ejercer el “*ius puniendi* en un sólo momento, en la forma e intensidad que hayan dispuesto las leyes, pudiendo imponer en esa oportunidad todas las medidas principales o accesorias que sean del caso”<sup>48</sup>. Por consiguiente, “fuera de dicho momento habría agotado la posibilidad de aplicarlas”<sup>49</sup>.

Además de lo anterior, se ha denunciado que los sistemas sancionatorios de vía múltiple afectarían la idea de justicia, toda vez que su diseño y aplicación darían lugar a la imposición de sanciones desproporcionadas. En palabras de una autora, dado que “el ordenamiento jurídico debe dar a cada uno lo que proporcionalmente le corresponde (...) una multiplicidad de procedimientos y sanciones afectaría la idea de “justicia” que persigue el Derecho”<sup>50</sup>.

Las críticas formuladas a propósito de estos sistemas sancionatorios han también alcanzado al legislador. Así, en opinión de un autor, el “que un mismo hecho sea susceptible de más de una sanción de distinta naturaleza es causa de que tal hecho venga definido como infracción en más de una norma jurídica. El problema de la duplicidad de sanciones administrativas y penales se origina por la presencia en el ordenamiento de un ilícito administrativo y de un ilícito penal cuyo presupuesto de hecho es idéntico. Tal circunstancia es producto de una técnica legislativa propia de un hipertrófico poder sancionador administrativo (...) que, a partir de la Constitución, debe refutarse como técnica defectuosa y contraria a la misma. Desde la vigencia del *ne bis in idem*, el legislador debe cuidar en la descripción de los ilícitos penales y administrativos la incorporación en los mismos de elementos típicos diferenciadores, ya objetivos, ya subjetivos. Sobre esta base, los tipos administrativos y los penales de la misma materia no serán concurrentes sino alternativos”<sup>51</sup>.

Una vez más, pareciera que la idea subyacente a los planteamientos anteriores sería que no existen buenas razones para prever este tipo de sistema sancionatorio.

Desde mi perspectiva, ello constituye un error, toda vez que existen casos en los cuales el establecimiento de estos sistemas constituye una decisión razonable de política pública<sup>52</sup>, permitiendo al legislador diseñar una respuesta sancionatoria eficiente y eficaz. Entre otras razones, los sistemas

<sup>47</sup> CANO 2001, 200.

<sup>48</sup> GÓMEZ 2017, 106.

<sup>49</sup> GÓMEZ 2017, 106.

<sup>50</sup> GÓMEZ 2021, 456. En el mismo sentido, NIETO 2012, 433.

<sup>51</sup> ARROYO 1997, 310-311.

<sup>52</sup> HERNÁNDEZ 2014, 568.

sancionatorios de vía múltiple pueden estar justificados en atención a que un hecho genera graves daños a la sociedad o a un sector de ésta y, al mismo tiempo, requiere un alto grado de especialización por parte de las distintas instituciones involucradas.

Por ejemplo, en sectores caracterizados por un alto nivel de complejidad, tales como derecho tributario, mercado de valores, o libre competencia, la investigación de hechos ilícitos y la imposición de sanciones pueden requerir competencias especializadas<sup>53</sup>. Sin embargo, es posible que, en el mismo caso, la gravedad de los hechos amerite que ellos sean también sancionados penalmente, y no sólo por un organismo administrativo especializado, debido al mayor efecto disuasivo que posee el derecho penal.

Por consiguiente, en este tipo de situaciones estará justificado prever dos infracciones respecto de un mismo hecho, una penal y otra administrativa, pues así el hecho ilícito será sancionado acorde con su gravedad y, además, existirá una autoridad especializada (piénsese, por ejemplo, en la Superintendencia del Medioambiente) que supervisará el cumplimiento de la ley. Si se impidiera que el legislador estableciera ambos tipos de infracción, éste se vería forzado a escoger entre prever un procedimiento más disuasivo, pero con menores probabilidades de éxito (de naturaleza penal), o un procedimiento menos disuasivo, pero con mayores probabilidades de éxito (de naturaleza administrativa). Ambas opciones son subóptimas.

Respecto de los posibles modelos de organización, los sistemas sancionatorios de vía múltiple pueden estar diseñados bajo una lógica subsidiaria o una complementaria. A continuación, se analizará cada una de ellas.

### 2.1. Modelo subsidiario

En primer lugar, los sistemas sancionatorios de vía múltiple pueden diseñarse bajo una lógica subsidiaria. Este modelo se caracteriza porque, si bien el legislador ha previsto, respecto de un mismo hecho, una sanción penal y otra administrativa, la acumulación de ambas sanciones no resulta conforme a derecho.

Lo anterior por cuanto, a pesar de que ambas sanciones han sido previstas legalmente, la sanción administrativa ha sido concebida para ser impuesta solamente en el caso en que, debido a las mayores exigencias procesales y sustantivas del derecho penal en comparación al derecho administrativo sancionador, no haya sido posible condenar penalmente a la persona imputada. Por esta razón, bajo este modelo, la imposición de ambas sanciones no resulta jurídicamente correcta, pues ello no respetaría la lógica subsidiaria del sistema sancionatorio.

En otras palabras, el Estado debe primero intentar sancionar penalmente a la persona responsable. Si ello no fuere posible, en atención a las mayores exigencias procesales y sustantivas de la justicia penal, el Estado podrá

<sup>53</sup> SIEBER 2018, 304.

iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador. Por el contrario, si la persona responsable es condenada penalmente, luego el Estado no podrá buscar la imposición de sanciones administrativas por el mismo hecho, pues, como se señaló, el modelo sancionatorio en cuestión no ha previsto la acumulación de sanciones penales y administrativas<sup>54</sup>.

Los modelos sancionatorios subsidiarios permiten alivianar la carga procedimental de la autoridad administrativa y favorecer la coordinación entre ésta y la autoridad penal. En efecto, al excluirse la posibilidad de acumular sanciones penales y administrativas respecto del mismo hecho, la agencia administrativa debe esperar a que el procedimiento penal haya finalizado para decidir si iniciar o no un procedimiento sancionatorio. En caso de que la persona haya sido condenada en sede penal, la autoridad administrativa se encontrará impedida de sancionar a la persona imputada. Al mismo tiempo, dado que primeramente es necesario resolver jurídicamente el caso desde el punto de vista penal, la autoridad administrativa, en caso de conocer un hecho que pudiere configurar un delito, lo informará inmediatamente a las autoridades penales.

La principal razón por la cual el legislador establece este tipo de sistema sancionatorio consiste en que, a pesar de que la persona imputada no fue sancionada penalmente debido a las mayores exigencias propias de dicha rama del derecho, la gravedad de la conducta desplegada justifica, no obstante, que el sistema jurídico exprese su reprochabilidad a través de la imposición de una sanción, en este caso de carácter administrativo.

Las mayores exigencias procesales y sustantivas de la justicia penal en comparación con el derecho administrativo sancionador a que se ha hecho referencia pueden ser de la más diversa naturaleza.

A modo de ejemplo, la mayor exigencia puede relacionarse con el factor de imputación subjetiva requerido, toda vez que la responsabilidad penal demanda, por regla general, mayores elementos subjetivos que la responsabilidad administrativa. En efecto, mientras que la responsabilidad penal exige dolo en la mayoría de los casos, siendo la imprudencia un elemento subjetivo de carácter excepcional, para tener por configurada la responsabilidad administrativa basta la culpa infraccional, en la cual es suficiente "acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa"<sup>55</sup>.

Producto de esta diferente exigencia a nivel subjetivo, es perfectamente posible que una persona sea absuelta en sede penal por haber obrado sin dolo, y que, sin embargo, sea posteriormente sancionada en sede administrativa, ya que el factor de imputación subjetiva con que obró, si bien no satisfizo el estándar penal, sí cumple con el nivel exigido por la legislación administrativa.

<sup>54</sup> ESCOBAR 2023, 162.

<sup>55</sup> *Vantrust Capital Corredores de Bolsa S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2021), c. 15°. En el mismo sentido, CORDERO VEGA 2015, 504.

Otro caso de mayor exigencia del sistema penal en comparación con el derecho administrativo sancionador dice relación con las normas sobre exclusión de prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Por diversas circunstancias, un tribunal penal podría excluir determinados medios de prueba por considerar que han sido obtenidos con infracción de garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal. Sin embargo, es posible que dicha garantía fundamental no aplique de la misma forma en los procedimientos administrativos, o que estos no contemplen las mismas normas sobre exclusión de prueba.

Si así ocurriera, la persona investigada podría ser absuelta en sede penal, al no haberse podido considerar los medios de prueba excluidos. Sin embargo, dado que la autoridad administrativa sí puede tener a la vista estos medios de prueba, la persona absuelta penalmente podría posteriormente ser sancionada en sede administrativa<sup>56</sup>.

A modo de ejemplo, considérese que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional chileno, fuera del sistema de justicia penal el derecho a no autoincriminarse solamente puede aplicarse en aquellos procedimientos que afecten "la libertad personal o seguridad individual de una persona de un modo equiparable a la afectación derivada de causa criminal, y también podría cubrir supuestos en que la declaración no se exige bajo juramento"<sup>57</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional<sup>58</sup>, a pesar de que una confesión de la persona imputada obtenida mediante coerción debiese ser excluida en sede penal, por constituir prueba ilícita, ella sí podría ser declarada admisible en un procedimiento administrativo que no afecte la libertad personal ni la seguridad individual de un modo equiparable a la afectación derivada de un proceso penal. En dicho caso, la persona podría ser absuelta en sede penal y, no obstante, ser posteriormente sancionada en sede administrativa.

Finalmente, un tercer ejemplo de mayor exigencia del derecho penal en comparación con el derecho administrativo es el estándar probatorio aplicable en materia penal y administrativa.

El estándar de prueba aplicable en un determinado procedimiento refleja la decisión del sistema jurídico sobre la forma en que se distribuirán los riesgos entre las distintas partes y la importancia de la materia en discusión, así como la magnitud de las consecuencias de un eventual error<sup>59</sup>. Después de todo, el estándar de prueba únicamente permite distribuir el error entre

<sup>56</sup> ESCOBAR 2023, 163.

<sup>57</sup> Sentencia TC Rol N° 2381-2012 (2013), c. 15°.

<sup>58</sup> Para un análisis crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre este derecho, ver ESCOBAR 2021b.

<sup>59</sup> *Colorado v. New Mexico* (1984); *Herman & MacLean v. Huddleston* (1983).

las partes, mas no eliminar dicha posibilidad, la cual es inherente a todo sistema de justicia<sup>60</sup>.

El derecho anglosajón reconoce tres principales estándares de prueba. Ordenados desde el menos al más exigente, estos son: (i) preponderancia de la evidencia; (ii) prueba clara y convincente; y (iii) más allá de toda duda razonable<sup>61</sup>.

El primer estándar, preponderancia de la evidencia, puede ser entendido como “más probable que no”. Este estándar probatorio distribuye el riesgo de error entre las partes de manera equitativo, y es el estándar aplicable en la mayoría de los casos civiles<sup>62</sup>.

El segundo estándar probatorio, prueba clara y convincente, se traduce en “mucho más probable que no”, y constituye un punto medio entre el primer y el tercer estándar, al ser más exigente que preponderancia de la evidencia, pero menos que más allá de toda duda razonable<sup>63</sup>. Este estándar de prueba clara y convincente es utilizado usualmente en procedimientos civiles y administrativos que involucran intereses no exclusivamente patrimoniales<sup>64</sup>.

Finalmente, el tercer estándar, más allá de toda duda razonable, es aquel requerido para condenar penalmente a una persona. Dado que las consecuencias de condenar a una persona inocente pueden ser devastadores para ella, históricamente el sistema de justicia penal ha utilizado un estándar probatorio destinado a excluir, tanto como sea posible, eventuales condenas erróneas<sup>65</sup>.

En Chile, el estándar de prueba penal se encuentra establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, conforme al cual, el tribunal solamente puede condenar a una persona si la acusación ha superado el umbral de “más allá de toda duda razonable”. Respecto del estándar probatorio aplicable en el ámbito administrativo sancionador, si bien se discute sobre qué específico estándar se debiese aplicar, existe acuerdo en que éste no es el mismo que en materia penal, sino que uno menos exigente<sup>66</sup>.

Debido a este diferente estándar probatorio, una persona podría ser absuelta en sede penal ya que la acusación no consiguió superar el estándar de más allá de toda duda razonable, y, sin embargo, ser posteriormente sancionada en sede administrativa ya que la evidencia rendida sí fue suficiente

<sup>60</sup> LAUDAN 2006, 29.

<sup>61</sup> *Addington v. Texas* (1979).

<sup>62</sup> *Colorado v. New Mexico* (1984); *Grogan v. Garner* (1991); ESCOBAR 2023, 66; LARROUCAU 2012, 789.

<sup>63</sup> CLERMONT 1987, 1119; ESCOBAR 2023, 67.

<sup>64</sup> *Addington v. Texas* (1979). En palabras de Larroucau, este estándar es utilizado en juicios “donde la secuela para la demandada no es solo jurídica (un fallo judicial desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen las libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica), así como en las disputas sobre relaciones parentales”. LARROUCAU 2012, 791.

<sup>65</sup> *Addington v. Texas* (1979).

<sup>66</sup> LETELIER 2018, 219 y siguientes; CORDERO QUINZACARA 2014b, 315 y siguientes; ESCOBAR 2023, 67.

para cumplir con el umbral de preponderancia de la evidencia o prueba clara y convincente<sup>67</sup>.

Como se puede apreciar, en todos los ejemplos mencionados anteriormente la circunstancia de que una persona sea absuelta en sede penal no impide, en términos absolutos, que ella sea posteriormente sancionada por el mismo hecho en un procedimiento administrativo.

Resulta fundamental entender, entonces, que existen diferencias sustantivas y procesales relevantes entre el sistema penal y el sistema administrativo sancionador, y que una absolución penal puede deberse a cuestiones que únicamente dicen relación con esta última rama del derecho. Ante dicha absolución, el legislador podría decidir derechamente no sancionar de ninguna forma la conducta realizada. Sin embargo, existen situaciones en que, atendida la gravedad de dicha conducta, el sistema jurídico considera imprescindible expresar su reprochabilidad a través de la imposición de una sanción administrativa. Por supuesto, esto solamente ocurrirá cuando la conducta contraria a derecho se acredite en sede administrativa, conforme al procedimiento establecido.

A nivel comparado, un ejemplo de modelo subsidiario es el sistema sancionatorio tributario de Eslovenia. Si bien la legislación contempla un procedimiento administrativo y otro penal respecto de ciertos incumplimientos tributarios, los segundos tienen prioridad por sobre los primeros, de modo tal que la acumulación de ambas sanciones no se encuentra permitida. Con todo, si el procedimiento penal finalizare sin una decisión final, la autoridad administrativa podrá iniciar el procedimiento administrativo sancionador<sup>68</sup>.

A diferencia de la legislación eslovena, el sistema tributario chileno no contempla un modelo sancionatorio de vía múltiple bajo una lógica subsidiaria, sino que, por el contrario, el Código Tributario prevé un sistema que excluye completamente alguno de los dos procedimientos sancionatorios, ya sea el penal o el administrativo.

En efecto, conforme al artículo 162 del Código Tributario, las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Director del Servicio de Impuestos Internos. El inciso tercero del mismo artículo dispone que, si el delito tributario pudiere ser sancionado con multa y pena privativa de libertad, el Director del Servicio debe decidir (facultad discrecional) si ejercer la acción penal mediante la interposición de una denuncia o querrela, o bien iniciar un procedimiento administrativo sancionador con-

<sup>67</sup> ALEXANDER *et al.* 1987, 386; ESCOBAR 2023, 68.

<sup>68</sup> "The tax levy procedure can always run parallel to an administrative and a criminal one, while criminal procedure always takes priority over administrative, if a certain act constitutes both a criminal and administrative offence. The administrative procedure is suspended until the criminal procedure ends. However, if the criminal case is dropped, the administrative may then take place". ŠUGMAN y JAGER 2014, 160.

forme a lo dispuesto en el artículo 161, a fin de perseguir la imposición de la multa que correspondiere<sup>69</sup>.

De la lectura del artículo 162 se desprende que, ante hechos que pudieren constituir delitos tributarios, el Director del Servicio de Impuestos Internos debe escoger una de las siguientes dos opciones: dar inicio a un proceso penal mediante la interposición de una denuncia o querrela, o proceder conforme al procedimiento administrativo sancionador previsto en el artículo 161<sup>70</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema tributario chileno no constituye un ejemplo de sistema sancionatorio de vía múltiple bajo una lógica subsidiaria, pues no resulta admisible la incoación de un procedimiento penal y otro administrativo sancionador del artículo 161 en contra de la misma persona por un mismo hecho<sup>71</sup>, y esto a pesar de que la persona imputada haya sido eventualmente absuelta en sede penal.

En mi opinión, el anterior diseño es cuestionable, pues, como se ha ya señalado, la absolución en sede penal puede deberse a las mayores exigencias sustantivas y procesales que contempla esta rama del derecho, y no a la inexistencia de la conducta reprochada. Por consiguiente, si el Director del Servicio interpone una querrela criminal en contra de una persona por un supuesto delito tributario, y luego ésta es absuelta debido a que la acusación no consiguió superar el estándar probatorio de más allá de toda duda razonable, no sería posible posteriormente iniciar, en contra de la misma persona y por el mismo hecho, un procedimiento sancionatorio del artículo 161 del Código Tributario.

Una regulación como la descrita es problemática pues obliga a la autoridad a escoger entre dos opciones subóptimas. En efecto, debido a que la interposición de una denuncia o querrela criminal precluye la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 161, el Director

<sup>69</sup> NÚÑEZ y SILVA 2018, 148-149; ASTE 2017. 246.

<sup>70</sup> Esta es la interpretación del propio Servicio de Impuestos Internos, expuesta en su Circular N° 58, publicada en diciembre de 2022: "Con el objeto de fortalecer la persecución penal e infraccional de los delitos tributarios, junto con enfrentar los desafíos que supone el control de la evasión tributaria, este Servicio ha considerado indispensable impartir nuevas instrucciones en relación con el Proceso de Sanción del Delito Tributario. El proceso se inicia con la detección de un hecho que puede revestir las características de delito, para continuar con la recopilación de antecedentes que, conforme a lo establecido en el N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, sirve de base para que el Director opte por alguno de los siguientes caminos: perseguir el delito presentando una denuncia o querrela o perseguirlo mediante la interposición de un acta de denuncia, presentando la denuncia ante el Tribunal Tributario y Aduanero para la imposición de una sanción pecuniaria" (énfasis añadido). Este mismo documento indica los criterios orientadores que el Director del Servicio considerará a la hora de decidir si interponer o no una denuncia o querrela.

<sup>71</sup> Esto es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 162: "La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querrela o denuncia. En tal caso, el Juez Tributario y Aduanero se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia".

del Servicio debe escoger entre iniciar un procedimiento más disuasivo, pero con menores probabilidades de éxito (de naturaleza penal), o un procedimiento menos disuasivo, pero con mayores probabilidades de éxito (de naturaleza administrativa). Además, este modelo desincentiva desmedidamente la incoación de procedimientos penales por hechos que pudieren ser constitutivos de delito, toda vez que la autoridad, consciente de las mayores exigencias sustantivas y procesales del derecho penal, las cuales podrían significar la absolución de la persona imputada y la imposibilidad total de sancionarla, preferirá la mayor parte del tiempo asegurar un resultado sancionatorio mediante la realización del respectivo procedimiento administrativo.

## 2.2. Modelo complementario

En segundo lugar, los sistemas sancionatorios de vía múltiple pueden organizarse bajo una lógica complementaria. Este modelo se caracteriza porque todos los procedimientos sancionatorios, ya sean administrativos o penales, están diseñados para ser efectivamente incoados en contra de la persona imputada.

En un sistema complementario, la sanción administrativa no ha sido concebida para ser impuesta en caso de que no haya sido posible condenar penalmente a la persona imputada, a diferencia de lo que ocurre en el modelo subsidiario. Por consiguiente, la imposición de diversas sanciones por el mismo hecho resulta, bajo una lógica complementaria, jurídicamente correcta<sup>72</sup>.

En este tipo de sistema, el legislador ha dividido la respuesta sancionatoria en dos o más procedimientos. Ante una conducta que resulta socialmente dañina, el legislador decide sancionarla a través de dos o más procedimientos sancionatorios, de manera tal que únicamente considerando el conjunto de las sanciones previstas se puede apreciar realmente la entidad de la respuesta sancionatoria del sistema jurídico.

Por ejemplo, ante una conducta cuya gravedad el legislador estima en "10", éste puede ciertamente decidir establecer una única sanción penal de "10", la cual será considerada proporcional a la gravedad del hecho. Sin embargo, el legislador también podría decidir establecer una sanción penal de "6" y otra sanción administrativa de "4", o dos sanciones administrativas de "5" cada una. En este ejemplo, dado que la respuesta sancionatoria considerada como adecuada ha sido parcializada, sólo la suma de ambas expresa correctamente la respuesta del sistema jurídico. Por consiguiente, dejar sin efecto alguna de las dos sanciones tendría como consecuencia que la conducta realizada no recibiría una sanción acorde con su gravedad.

El legislador recurre a sistemas sancionatorios complementarios especialmente en sectores económicos caracterizados por dos circunstancias: primero, por la existencia de una regulación altamente compleja, la cual hace difícil distinguir, prima facie, entre conductas prohibidas y permitidas,

<sup>72</sup> ESCOBAR 2023, 163.

y, segundo, por el hecho de que los agentes económicos elaboran y deciden sus estrategias tomando en consideración el comportamiento de los demás agentes<sup>73</sup>.

Estas dos características generan el riesgo de que, cuando alguno de los agentes económicos realiza una conducta ilícita, el resto de ellos pueda imitar dicho comportamiento. Al estar en una competencia constante, los agentes económicos están permanentemente analizando el comportamiento de sus competidores, a fin de imitar aquellos que maximicen o mejoren sus rendimientos. Ahora bien, debido a que la compleja regulación normativa en estos sectores hace difícil distinguir entre conductas prohibidas y permitidas, este comportamiento de imitación puede eventualmente abarcar conductas contrarias a derecho.

Para prevenir este riesgo de imitación de conductas ilícitas, el sistema jurídico se ve en la necesidad de confirmar o rechazar, de manera inmediata, la legalidad de la conducta ejecutada por la persona imputada. Como el procedimiento penal no está en condiciones de hacer esto, debido a sus requisitos procedimentales, resulta razonable confiar esta tarea a un procedimiento administrativo, más rápido y menos complejo que el penal. Sin embargo, puede darse el caso de que la conducta del acusado, dada su gravedad, merezca también ser castigada penalmente, en atención al mayor efecto disuasivo del sistema de justicia penal.

De esta manera, en este tipo de sistema sancionatorio, frente a la realización de una conducta ilícita, además de iniciar un procedimiento penal, se deberá incoar inmediatamente un procedimiento administrativo, cuyo objetivo principal será abordar y resolver rápidamente, desde la perspectiva del derecho administrativo, la cuestión de la legalidad de la conducta en cuestión. De este modo, si el acusado es sancionado en el procedimiento administrativo, por ejemplo, por la Comisión para el Mercado Financiero, los demás agentes económicos del mercado de valores sabrán que la conducta realizada es ilegal, y, por lo tanto, no la imitarán<sup>74</sup>.

Estas son las razones que justifican establecer un sistema sancionatorio de vía múltiple bajo una lógica complementaria, que prevea tanto un procedimiento penal como uno administrativo, ambos diseñados para ser incoados en contra de la persona responsable.

El razonamiento anteriormente expuesto puede apreciarse en algunos de los ejemplos de sistemas sancionatorios de vía múltiple citados en este trabajo. En este sentido, destacan los artículos 58 de la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores; 62 y siguientes del Decreto Ley N° 211, sobre libre competencia; y 39 y 50 E de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. A los ejemplos anteriores se podría agregar el artículo

---

<sup>73</sup> ESCOBAR 2023, 163-164.

<sup>74</sup> ESCOBAR 2023, 164.

37 bis de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, conforme al cual, sin “perjuicio de las sanciones que corresponda aplicar conforme a las normas del presente Título, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales” la persona que realizare alguna de las conductas allí indicadas.

Todos estos sectores económicos, mercado de valores, libre competencia, consumo, y medioambiente, presentan las dos características mencionadas: la existencia de una regulación altamente compleja y un eventual riesgo de imitación por parte de los agentes económicos que participan en ellos.

A fin de ejemplificar el riesgo de imitación denunciado, imagínese, por ejemplo, un caso de participación simultánea de una misma persona en algún cargo relevante o como director de dos empresas competidoras entre sí (*interlocking* horizontal directo<sup>75</sup>), en que esté en discusión si el cargo en cuestión califica o no como relevante, o si las empresas efectivamente compiten en el mismo mercado, según los elementos previstos por el artículo 3, inciso segundo, letra d) del Decreto Ley N° 211<sup>76</sup>. Cuando esta persona se incorpora al directorio de la segunda empresa, las compañías competidoras obviamente considerarán que se ha producido una desventaja en su contra, toda vez que ellas no tendrán acceso a información que las otras dos empresas sí, pues resulta razonable pensar que la persona que participa simultáneamente en ellas transferirá información relevante y obtendrá lo mejor de ambos mundos. Pues bien, la tentación para las demás empresas competidoras es imitar esta situación de *interlocking*, ya sea incorporando a la misma persona que ya participa en estas dos empresas, u ofreciéndole a una tercera persona que participa en alguna compañía competidora que se incorpore a sus directorios. A fin de evitar este riesgo eventual de imitación de conductas ilícitas, la Comisión para el Mercado Financiero debe confirmar o rechazar, de manera inmediata, la legalidad de la conducta ejecutada por la persona en cuestión.

Como último punto, cabe abordar la cuestión de cómo distinguir entre sistemas sancionatorios subsidiarios y sistemas sancionatorios complementarios. Al respecto, cabe señalar que, dado que el diseño de los sistemas sancionatorios es una decisión de política pública, distinguir los sistemas sancionatorios subsidiarios de aquellos sistemas complementarios constituye una cuestión de interpretación legal<sup>77</sup>.

Sobre este punto, el nuevo artículo 78 bis desempeña obviamente un rol fundamental, cuyo inciso primero dispone que la “circunstancia de que un hecho constitutivo de delito pueda asimismo dar lugar a una o más sanciones o medidas de las establecidas en el artículo 20 no obsta a la imposición de las penas que procedan”. Por consiguiente, es posible afirmar que el artículo 78

<sup>75</sup> Sobre las clases de *interlocking*, ver MENCHACA 2020, 221-222.

<sup>76</sup> BUDNIK 2017, 52-53.

<sup>77</sup> ESCOBAR 2023, 179.

bis consagra, como regla general, la plena tolerancia a la acumulación de sanciones penales y no-penales por un mismo “hecho constitutivo de delito”. Esto significa que, al menos en este ámbito, la regla general será que los sistemas sancionatorios de vía múltiple obedecerán a una lógica complementario.

Por cierto, podría existir alguna excepción a esta regla general, la cual se tendría que basar en alguna norma de carácter especial. Así, por ejemplo, podría ocurrir que, a propósito de un específico sector regulativo, el legislador previera un sistema sancionatorio subsidiario. Lo anterior, una vez más, constituye una cuestión de interpretación legal.

## Conclusiones

El número de sistemas sancionatorios de vía múltiple ha aumentado notablemente en las últimas décadas, especialmente en el caso de los sectores económicos regulados. En efecto, actualmente, son cada vez más comunes los supuestos en que un mismo hecho constituye dos o más infracciones, cuyo conocimiento es competencia de distintas autoridades.

Según se ha sostenido acá, el establecimiento de sistemas sancionatorios de vía múltiple constituye una decisión razonable de política pública, permitiendo al legislador diseñar una respuesta sancionatoria eficiente y eficaz. Por ejemplo, en sectores caracterizados por un alto nivel de complejidad, tales como derecho tributario, mercado de valores, o libre competencia, la investigación de hechos ilícitos y la imposición de sanciones pueden requerir competencias especializadas. Sin embargo, es posible que, en el mismo caso, la gravedad de los hechos amerite que ellos sean también sancionados penalmente, y no sólo por un organismo administrativo especializado, debido al mayor efecto disuasivo que posee el derecho penal.

Por consiguiente, en este tipo de situaciones estará justificado prever dos infracciones respecto de un mismo hecho, una penal y otra administrativa, pues así el hecho ilícito será sancionado acorde con su gravedad y, al mismo tiempo, existirá una autoridad especializada que supervisará el cumplimiento de la ley. Si se impidiera que el legislador estableciera ambos tipos de infracción, éste se vería forzado a escoger entre prever un procedimiento más disuasivo, pero con menores probabilidades de éxito (de naturaleza penal), o un procedimiento menos disuasivo, pero con mayores probabilidades de éxito (de naturaleza administrativa).

Respecto de sus posibles modelos de organización, los sistemas sancionatorios de vía múltiple pueden estar diseñados bajo una lógica subsidiaria o una complementaria.

Bajo un modelo subsidiario, si bien el legislador ha previsto, respecto de un mismo hecho, una sanción penal y otra administrativa, la acumulación de ambas sanciones no resulta conforme a derecho, ya que la sanción administrativa ha sido concebida para ser impuesta solamente en el caso en que, debido a las mayores exigencias procesales y sustantivas del derecho penal

en comparación al derecho administrativo sancionador, no haya sido posible condenar penalmente a la persona imputada.

En este sistema, por lo tanto, el Estado debe primero intentar sancionar penalmente a la persona responsable. Si ello no fuere posible, en atención a las mayores exigencias procesales y sustantivas de la justicia penal, el Estado podrá iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

La principal razón por la cual el legislador establece este tipo de sistema sancionatorio consiste en que, a pesar de que la persona imputada no fue sancionada penalmente debido a las mayores exigencias propias de dicha rama del derecho, la gravedad de la conducta desplegada justifica, no obstante, que el sistema jurídico exprese su reprochabilidad a través de la imposición de una sanción, en este caso de carácter administrativo.

Bajo un modelo complementario, en cambio, todos los procedimientos sancionatorios, ya sean administrativos o penales, están diseñados para ser efectivamente incoados en contra de la persona imputada. En estos supuestos, la sanción administrativa no ha sido concebida para ser impuesta en caso de que no haya sido posible condenar penalmente a la persona imputada, a diferencia de lo que ocurre en el modelo subsidiario. Por consiguiente, la imposición de diversas sanciones por el mismo hecho resulta, bajo una lógica complementaria, jurídicamente correcta.

El legislador recurre a sistemas sancionatorios complementarios especialmente en sectores económicos caracterizados por dos circunstancias: primero, por la existencia de una regulación altamente compleja, la cual hace difícil distinguir, prima facie, entre conductas prohibidas y permitidas, y, segundo, por el hecho de que los agentes económicos elaboran y deciden sus estrategias tomando en consideración el comportamiento de los demás agentes.

Estas dos características generan el riesgo de que, cuando alguno de los agentes económicos realiza una conducta ilícita, el resto de ellos pueda imitar dicho comportamiento. Para prevenir este riesgo de imitación de conductas ilícitas, el sistema jurídico se ve en la necesidad de confirmar o rechazar, de manera inmediata, la legalidad de la conducta ejecutada por la persona imputada, tarea que no puede ser encomendada al procedimiento penal, circunstancia que hace necesario recurrir al derecho administrativo sancionador. Sin embargo, puede darse el caso de que la conducta del acusado, dada su gravedad, merezca también ser castigada penalmente, en atención al mayor efecto disuasivo del sistema de justicia penal.

Dado que el diseño de los sistemas sancionatorios es una decisión de política pública, distinguir los sistemas sancionatorios subsidiarios de aquellos sistemas complementarios constituye una cuestión de interpretación legal.

Sobre este punto, el nuevo artículo 78 bis desempeña obviamente un rol fundamental, cuyo inciso primero dispone que la "circunstancia de que un hecho constitutivo de delito pueda asimismo dar lugar a una o más sanciones

o medidas de las establecidas en el artículo 20 no obsta a la imposición de las penas que procedan". Por consiguiente, es posible afirmar que el artículo 78 bis consagra, como regla general, la plena tolerancia a la acumulación de sanciones penales y no-penales por un mismo "hecho constitutivo de delito".

Por cierto, podría existir alguna excepción a esta regla general, la cual se tendría que basar en alguna norma de carácter especial. Así, por ejemplo, podría ocurrir que, a propósito de un específico sector regulativo, el legislador previera un sistema sancionatorio subsidiario. Lo anterior, una vez más, constituye una cuestión de interpretación legal.

### Bibliografía citada

- ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN; Anita G.; WINGO, Carol L. (1982). Collateral Estoppel, *University of Richmond Law Review* 16(2), 341-390.
- ARACENA, Pedro (2017). Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile, *Revista de Estudios de la Justicia* (26), 96-144.
- ARROYO, Luis (1997). El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social, *Cuadernos de derecho judicial* (11), 287-308.
- ASTE MEJÍAS, Christian (2017). La acción penal por delito tributario, *Actualidad jurídica* (36), 245-277.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2° edición). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2023). El debido procedimiento administrativo sancionador, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (37), 33-66.
- Budnik Ojeda, Gabriel (2017). Análisis de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, *Derecho y Humanidades* (29), 39-56.
- Cano Campos, Tomás (2001). Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador, *Revista de Administración Pública* (156), 191-250.
- CAPRIOLI, Francesco (2018). Editoriale Del Dossier "Giudicato Penale, Principio Di Legalità, Principio Di Colpevolezza", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 4(3), 933-952.
- CLERMONT, Kevin (1987). Procedure's magical number three psychological bases for standards of decision, *Cornell Law Review* 72(6), 1115-1156.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX* (2), 337-361.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014a). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII* (1), 399-439.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014b). *Derecho Administrativo Sancionador*. Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2018). El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa, *Sentencias Destacadas 2017*, 67-96.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno, *Revista Ius et Praxis* 26(1), 240-265.
- DE LA MATA, Norberto; DOPICO, Jacobo; LASCURAÍN, Juan Antonio; NIETO, Adán (2018). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Dykinson.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2021a). *Ne bis in idem* y sistemas sancionatorios de vía múltiple: análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En C. CÁRDENAS; J. GUZMÁN; y T. VARGAS [Ed.], *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores* (201-218). Tirant lo Blanch.

- ESCOBAR VEAS, Javier (2021b). Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 39-68.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2022). Derecho a no autoincriminarse y procedimientos administrativos sancionatorios: Comentario a la sentencia C-481-19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus repercusiones, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 291-305.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2023). *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems*. Springer.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2022). *Curso de Derecho Administrativo* (T. II) (17ª edición). Thomson Reuters-Civitas.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (4ª edición). Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2017). El non bis in idem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIX(2), 101-138.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2021). Non bis in idem: tendencias actuales en materia de sanciones administrativas. En Domingo Lovera (editor), *Anuario de Derecho Público* (437-469). Universidad Diego Portales.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2021). Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 89(249), 47-85.
- HENRÍQUEZ OYARZO, John (2020). Proyecto de ley anticollusión: Oportunidades y riesgos en su tramitación, *Actualidad Jurídica* 40, 391-419.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2014). Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio administrativo y proceso penal: Algunas necesidades de coordinación legal. En J. ARANCIBIA y P. ALARCÓN [Ed.], *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (567-586). Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2023). Ley de delitos económicos: desmalezando el debate, Ciper, 02 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2023/08/02/ley-de-delitos-economicos-desmalezando-el-debate/>.
- INGRAHAM, Debra Marie (1997). Civil Money Sanctions Barred by Double Jeopardy: Should the Supreme Court Reject Healy Note, *Washington and Lee Law Review* 54(3), 1183-1226.
- IZQUIERDO SANS, Cristina (2019). Preferencia aplicativa y diálogo judicial, *InDret* 1, 1-32.
- KING, Nancy (1995). Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties, *University of Pennsylvania Law Review* 144(1), 101-196.
- LASAGNI, Giulia (2019). *Banking Supervision and Criminal Investigation*. Springer.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil, *Revista Chilena de Derecho* 39(3), 783-808.
- LAUDAN, Larry (2006). *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge University Press.
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas, *Política Criminal* 12(24), 622-689.
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl (2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas, *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXI(1), 209-229.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2011). El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, *Revista de Estudios de la Justicia* 15, 139-169.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, *Política Criminal* 9(18), 543-563.
- MENCHACA OLIVARES, Tomás (2020). Interlocking y Participaciones Minoritarias en el Derecho Chileno de la Libre Competencia, *Thémis-Revista de Derecho* 78, 219-240.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2021). Régimen de multas y ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los consumidores, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 28, 1-20.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edición). Tecnos.

- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y SILVA SALSE, Manuel (2018). La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51(2), 145-172.
- O'ROURKE, Anthony (2018). Parallel Enforcement and Agency Interdependence, *Maryland Law Review* 77(4), 985-986.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2015). El principio *ne bis in idem* en el sistema jurídico chileno. Análisis de la jurisprudencia constitucional, *Revista de Ciencias Penales* XLII(3), 87-109.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2018). El legislador y el principio *ne bis in idem*, *Política Criminal* 13(26), 952-1002.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2021). Presupuestos y alcance del principio "*Ne bis in idem*". El caso La Polar (SCS Rol 21.054-2020) (SCS Rol 21.054-2020), *Sentencias Destacadas* 2020, 261-279.
- PARRA LARA, Francisco (2020). Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 6(2), 667-700.
- PAULESU, Pier Paolo (2018). *Ne bis in idem* and Conflicts of Jurisdiction. En R. Kostoris [Ed.], *Handbook of European Criminal Procedure* (393-421). Springer.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2018). La incorporación de la investigación administrativa como prueba en el proceso penal, *Diritto Penale Contemporaneo* 2, 102-109.
- RIESCO EYZAGUIRRE, Ricardo y CARRASCO DELGADO, Nicolás (2022). Entendiendo la Ley 20.945: Historia, evolución de su tramitación y principales aportes. En Domingo VALDÉS y Omar VÁSQUEZ (editores), *Nuevo Régimen de Libre Competencia* (323-370). Rubicón.
- ROMÁN, Cristián (2004). Los principios del derecho administrativo sancionador, *Revista de Derecho Público* 69, 24-35.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2010). El castigo en el derecho administrativo, *Derecho y Humanidades* 16(1), 155-171.
- SACKERS, Henny (2019). The System of Sanctions. En Hein VAN KEMPEN, Maartje KRABBE y Sven BRINKHOFF (editores), *The Criminal Justice System of the Netherlands* (147-164). Intersentia.
- SALINAS BRUZZONE, Carlos (2019). *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado*. Thomson Reuters.
- SÁNCHEZ EGAÑA, Alberto (2022). El trasvase probatorio entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador: análisis del caso chileno desde el ordenamiento español, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 123-156.
- ŠUGMAN, Katja y JAGER, Matjaž (2014). The organization of administrative and criminal law in national legal systems: exclusion, organized or non-organized co-existence. En F. GALLI y A. WEYEMBERGH [Ed.], *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU* (155-169). Editions de l'Université de Bruxelles.
- THEODORAKIS, Nikolaos (2018). The Role of Administrative Sanctions in Criminal Law. En M. DYSON y B. VOGEL [Ed.], *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles* (273-300). Intersentia.
- TOBAR TORRES, Jenner (2014). Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia, *Civilizar* 14(26), 17-38.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 11(2), 137-147.
- VICUÑA DONOSO, Diego (2017). Ley N° 20.945 y el delito de colusión. Modificaciones al régimen sancionatorio y la importancia de la prejudicialidad, *Actualidad Jurídica* 36, 385-404.
- VAN WEEZEL, Alex (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo, *Política Criminal* 12(24), 997-1043.

### Jurisprudencia citada

- AC *Nielsen Chile Limitada* (2008): Corte Suprema, 05 de mayo de 2008 (Rol N° 1068-2008). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- C/ N.N. QTE. (2015): Ministerio del Interior (2015): Corte Suprema, 13 de Abril de 2015 (Rol N° 22658-2014). Segunda Sala. [Recurso de Casación].

- Carlos F. Marín Orrego S.A. Corredores de Bolsa con Comisión para el Mercado Financiero* (2020): Corte Suprema, 15 de junio de 2020 (Rol N° 22970-2019). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Cerfogli Flores Santiago con Consejo de Defensa del Estado* (2022): Corte Suprema, 18 de abril de 2022 (Rol N° 12457-2021). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la Ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna (1996): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996 (Rol N° 244-1996). [Control de constitucionalidad].
- Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S. A. con Ministerio de Educación* (2018): Corte Suprema, 23 de julio de 2018 (Rol N° 8136-2018). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corte Suprema de Estados Unidos, Addington v. Texass*, 441 U.S. 418 (1979). Corte Suprema de Estados Unidos. Caso No. 441 U.S. 418 (28 de noviembre de 1978).
- Corte Suprema de Estados Unidos, Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310 (1984). Corte Suprema de Estados Unidos. Caso No. 467 U.S. 310 (09 de enero de 1984).
- Corte Suprema de Estados Unidos, Grogan v. Garner*, 498 U.S. 279 (1991). Corte Suprema de Estados Unidos. Caso No. 498 U.S. 279 (15 de enero de 1991).
- Corte Suprema de Estados Unidos, Herman & MacLean & Huddleston*, 459 U.S. 375 (1983). Corte Suprema de Estados Unidos. Caso No. 459 U.S. 375. (1983)
- Diego Felipe Vega Vidal con Dirección General de Carabineros* (2017): Corte Suprema, 02 de febrero de 2017 (Rol N° 58862-2016). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Intervalores Corredores de Bolsa Limitada con Cortez Huerta Joaquin* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de diciembre de 2020 (Rol N° 268-2019). Sexta Sala [Reclamo de Ilegalidad].
- Lincoyán Bautista Cárdenas EIRL con Consejo de Defensa del Estado* (2023): Corte Suprema, 17 de enero de 2023 (Rol N° 25197-2022). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Procesadora Insuban Limitada con Secretaria Regional Ministerial de Salud* (2017): Corte Suprema, 25 de julio de 2017 (Rol N° 100722-2016). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por CGE Distribución S.A. respecto del artículo 15, inciso primero, de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en los autos sobre reclamación de ilegalidad, caratulados "CGE Distribución S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 4322-2012 (2013): Tribunal Constitucional, 10 de octubre de 2013 (Rol N° 2264-2012). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", de que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol C N° 236-11 (2013): Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013 (Rol N° 2381-2012). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Aldo Motta Camp respecto del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880, en aquella parte que dispone "cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija", en los autos caratulados "Motta Camp Aldo con Superintendencia de Valores y Seguros", sobre reclamo de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° Civil-4359-2014 (2014): Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 2014 (Rol N° 2682-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aguas Andinas S.A. respecto de los artículos 23, inciso primero; 25, incisos primero y segundo; y 53 C, letra b), en aquella parte que señala "por cada consumidor afectado", todos de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en los autos caratulados "Servicio Nacional del Consumidor con Aguas Andinas S.A.", sobre proce-

- dimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, seguidos ante el 4° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago bajo el Rol C-21.203-2017 (2019): Tribunal Constitucional, 02 de agosto de 2019 (Rol N° 4795-2018). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aguas Chañar S.A. respecto de la frase “algunas de las siguientes multas”, contenida en el artículo 11, inciso primero, de la Ley N° 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en los autos caratulados “Aguas Chañar S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios”, RIT N° C-15588-2016, seguido ante el 8° Juzgado Civil Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, bajo el Rol N° 114-2020, correspondiente a un recurso de Casación en la forma y en el fondo (2020): Tribunal Constitucional, 08 de octubre de 2020 (Rol N° 8484-2020). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Félix Hojas Ubilla respecto del artículo 207, letra b), de la Ley de Tránsito, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra fijado por el DFL 1-2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en relación con la causa sobre acumulación de infracciones de que conoce el Juzgado de Policía Local de Concón bajo el Rol N° 3298-2012 (2013): Tribunal Constitucional, 26 de noviembre de 2013 (Rol N° 2402-2013). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Compañía Eléctrica San Isidro S. A. y otras, respecto del artículo 15 de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en las causas caratuladas “Compañía Eléctrica San Isidro S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, “Empresa Nacional de Electricidad S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, “Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles” y “Empresa Eléctrica Pangue S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, roles 5782-2004, 5783-2004, 5784-2004 y 5785-2004 respectivamente, todas seguidas ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006 (Rol N° 479-2006). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Blue Shell S. A. respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario en el proceso sobre juicio sumario de reclamación de multa caratulado “Blue Shell con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos”, ROL C-1093-2019, seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt: Tribunal Constitucional, 21 de diciembre de 2020 (Rol N° 8823-2020).
- Sergey Zolotukhin v. Russia*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso No. 14939/03 (10 de febrero de 2009).
- Servicio Nacional del Consumidor Los Lagos con Empresa Eléctrica de la Frontera S. A. (2022): Corte Suprema, 24 de febrero de 2022 (Rol N° 2890-2020). Primera Sala. [Recurso de Casación].
- States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989). Corte Suprema de Estados Unidos. Caso No. 490 U.S. 435. (17 de enero de 1989).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A and B v. Norway*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso No.° 24130/11 and 29758/11 (15 de noviembre de 2016).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Grande Stevens and Others v. Italy*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso N° 18640/10 (04 de marzo de 2014).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nodet v. France*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso No.° 47342/14 (06 de junio de 2019).
- Vantrust Capital Corredores de Bolsa S.A. con Comisión para el Mercado Financiero* (2021): Corte Suprema de Chile, 18 de octubre de 2021 (Rol N° 30509-2021). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

## Normativa citada

- Código Penal. 12 de noviembre de 1874.  
Código Tributario. 31 de diciembre de 1974.

- Ley N° 18.045 de 1981. Ley de mercado de valores. 22 de octubre de 1981. D.O. No. 31.096.
- Código Procesal Penal. Ley N° 19.696 de 2000. 12 de octubre de 2000.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2005 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834.
- 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. No. 39.570.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 2021 [Ministerio de Economía, Fomento y Turismo]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496. 31 de mayo de 2021. D.O. No. 42.966.
- Ley N° 20.945 de 2016. Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. 30 de agosto de 2016. D.O. No. 41.572.
- Ley N° 21.595 de 2023. Ley de delitos económicos. 17 de agosto de 2023. D.O. No. 43.629.



# Las potestades de fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales

## The supervisory powers of the Ministry of National Assets

Juan Pablo González Cruz\*

En este trabajo hacemos una revisión de las potestades de fiscalización que ejerce el Ministerio de Bienes Nacionales, exponiéndolas de manera sistemática y encasillándolas en las categorías dogmáticas propias de las potestades de fiscalización de los organismos públicos. En el análisis, se repasa la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República sobre la naturaleza y el ejercicio de estas potestades de fiscalización.

**Palabras clave:** Ministerio de Bienes Nacionales, Contraloría General de la República, fiscalización, bienes fiscales, concesión de bienes fiscales.

In this paper we review the supervisory powers exercised by the Ministry of National Assets, exposing them systematically and placing them in the dogmatic categories of the supervisory powers of public agencies. In the analysis, the administrative jurisprudence of the Office of the Comptroller General of the Republic on the nature and exercise of these supervisory powers is reviewed.

**Keywords:** Ministry of National Assets, Comptroller General of the Republic, supervision, state assets, concession of state assets.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

Al Ministerio de Bienes Nacionales (en adelante también “MBN”) le competen especialmente las funciones de administración de los bienes del Fisco, sin perjuicio de una serie de competencias relacionadas con la regularización de la propiedad raíz. Con la finalidad de cumplir debidamente aquellas competencias relacionadas con la administración de los bienes del Estado, el MBN cuenta con potestades fiscalizadoras, las que no se ajustan a lo que tradicionalmente se conoce como fiscaliza-

\* Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes. Diplomado en Recursos Naturales y Medio Ambiente por la misma universidad. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Correo electrónico [juan.gonzalez@ce.ucn.cl](mailto:juan.gonzalez@ce.ucn.cl) / [jpgonzalez@gmail.com](mailto:jpgonzalez@gmail.com). Dirección postal: Galleguillos Lorca 1536, Antofagasta.

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 01 de diciembre de 2023.

ción, ya que no se aprecia *prima facie* que al MBN le corresponda la verificación o inspección de actividades económicas reguladas.

Siendo el Estado el principal propietario del territorio nacional y debiendo estar esos bienes, como todos los bienes de los organismos públicos, dispuestos para el cumplimiento de sus funciones y más ampliamente para promover el bien común, resulta ineludible que el MBN a quien le corresponde su administración posea potestades suficientes de fiscalización de estos bienes. El art. 18 del D.L. N° 1.939 de 1977 compendia las potestades de fiscalización del Ministerio y lo que ellas comprenden. El inciso 1° de dicha norma dispone:

En conformidad a las normas señaladas en la Ley Orgánica de la Dirección, los Inspectores de Bienes Nacionales deberán fiscalizar los bienes del Estado y el debido cumplimiento de las obligaciones y deberes que les imponen las leyes, decretos, reglamentos y contratos, a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de estos bienes, sean personas naturales o jurídicas. En sus actuaciones, dichos Inspectores tendrán la calidad de ministros de fe.

En el presente trabajo nos disponemos a realizar un repaso de estas potestades de fiscalización, analizando y sistematizando la normativa que la contiene a la luz de las categorías doctrinales de las potestades de inspección, analizando también la forma cómo en la práctica el MBN ha entendido que debe materializar sus potestades de inspección, bajo una mirada crítica. Asimismo, se tiene a la vista el alcance de estas potestades expresado en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, la que también se someterá a crítica, particularmente aquella que ha negado que estas potestades sean de fiscalización.

## I. ¿Qué fiscaliza el Ministerio de Bienes Nacionales?

Para poder responder en qué consiste la actividad de fiscalización del MBN, debemos antes determinar qué debe entenderse por fiscalización. Esta actividad se ha definido como *“aquel poder jurídico con que se dota a la Administración del Estado para comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico a fin de evitar riesgos no permitidos, la verificación de daños y, en su caso, para mitigarlos o corregirlos”*.

Dentro de la función fiscalizadora es posible distinguir múltiples técnicas de intervención<sup>2</sup> a través de las cuales los organismos públicos despliegan diversas potestades<sup>3</sup>: en primer lugar, las inspecciones como forma paradigmá-

<sup>1</sup> VERGARA 2020, 150.

<sup>2</sup> CORDERO 2015, 459.

<sup>3</sup> FLORES 2014, 264.

tica de la fiscalización, pero también *citaciones, solicitudes de información, toma de declaraciones, monitoreos, etc.*

Sin detallar el art. 18 del D.L. N° 1.939 las técnicas de intervención conducentes al ejercicio de la función fiscalizadora, nos parece que dicha potestad debe entenderse en sentido amplio, pudiendo aplicar al cumplimiento de su cometido todas aquellas medidas apropiadas al cumplimiento del fin. La concreción de esta potestad se encuentra en el respectivo reglamento<sup>4</sup> donde se detalla la forma como se despliega la potestad de inspección, y en el denominado Manual de Fiscalización<sup>5</sup> que sirve de guía interna a los fiscalizadores para el ejercicio de esta potestad.

Se deben distinguir sin embargo dos objetos de la fiscalización del MBN, de conformidad a lo dispuesto en el art. 18 citado: por una parte, deben fiscalizarse los bienes fiscales, y por otra, a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de los bienes fiscales, en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones y deberes respecto de esos bienes.

Como técnica de intervención, la función de inspección dota al organismo público a través de sus inspectores, de la potestad para ejercer materialmente acciones que permitan ejercer su cometido.

Ahora bien, podemos advertir que la fiscalización de los bienes fiscales, si bien no parece propiamente una fiscalización, sino más bien un mandato referido al cuidado de los bienes fiscales, que como administrador de los mismos le compete al MBN, en realidad consiste precisamente en la verificación de que se *respeten y conserven para el fin a que están destinados*<sup>6</sup>, y en cuanto tal, puede enmarcarse propiamente como una especie de *comprobación*, que constituye una técnica de intervención de policía<sup>7</sup>. En este sentido, todo aquel que no respete el mandato del art. 19 recién citado, adquiere la calidad de sujeto pasivo<sup>8</sup> de la fiscalización realizada por el MBN.

De la misma manera, la fiscalización del cumplimiento de los deberes y obligaciones que imponen la concesión, adquisición o tenencia de un bien fiscal, por la cual se verifica el cumplimiento de las obligaciones y deberes que se le han impuesto al beneficiario en razón de la concesión de bien fiscal, es propiamente una *inspección*, que como técnica de intervención, se encuadra también como una forma de comprobación, la que a su vez es una de las típicas técnicas de policía<sup>9</sup>, cuyos sujetos pasivos establecidos en la

<sup>4</sup> Decreto N° 800, de 1963. Arts. 43 y 44.

<sup>5</sup> Resolución Exenta N° 393, de 2017.

<sup>6</sup> D.L. N° 1.939, art. 19.

<sup>7</sup> LEAL 2014, 58.

<sup>8</sup> BERMEJO 1998, 45; LEAL 2014, 115 considera que como el criterio de determinación del sujeto pasivo de la inspección es eminentemente material, serán sujetos pasivos tanto los involucrados en actividades legales como en actividades clandestinas.

<sup>9</sup> LEAL 2014, 58.

ley<sup>10</sup> son los concesionarios, adquirentes o tenedores a cualquier título del bien fiscal.

Sin embargo, esta actividad de comprobación no se verifica respecto del cumplimiento de deberes emanados de una autorización<sup>11</sup>, entendiéndose por tal una típica técnica de policía, y por tanto de deberes regulatorios de una actividad económica privada, sino de deberes, obligaciones y cargas derivadas de un acto concesional<sup>12</sup> que funciona como título habilitante para el ejercicio de una determinada actividad<sup>13</sup>, cual es la tenencia, adquisición o concesión de un bien fiscal<sup>14</sup>.

La materialidad de la actuación difiere en cierta medida, dependiendo de si lo fiscalizado son bienes fiscales o concesionarios de éstos. En el primer caso, la inspección tiene por objetivo inmediato *impedir que se ocupe todo o parte de ellos* (art. 19 D.L. N° 1.939), mientras que, en el segundo caso, la inspección va dirigida directamente a verificar *el debido cumplimiento de las obligaciones y deberes que les imponen las leyes, decretos, reglamentos y contratos a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de estos bienes* (art. 18 D.L. N° 1.939).

## II. ¿Quién fiscaliza en el Ministerio de Bienes Nacionales?

En nuestra opinión la potestad de la que goza el Presidente de la República relativa a la adquisición, administración y disposición de los bienes fiscales, no emana de la ley, sino del propio inciso 1° del art. 24 de la Constitución Política de la República, que le atribuye el gobierno y la administración del Estado. Luego, la ley, junto con encargarse de reconocer esta potestad en el art. 1° del D.L. N° 1.939, ordena que ella se ejerza por intermedio del MBN.

Sin embargo, las potestades de fiscalización que están contempladas en el art. 18 del D.L. N° 1.939, no fueron radicadas por el legislador en el Presidente de la República ni en el Ministerio, sino en los inspectores de bienes

<sup>10</sup> BERMEJO 1998, 45.

<sup>11</sup> ARANCIBIA 2020, 7, entiende que la autorización consiste en un acto administrativo que legaliza el ejercicio de un derecho para el titular que cumple las *conditio iuris* exigidas, mientras las cumple o por el tiempo que el legislador disponga.

<sup>12</sup> En este sentido, debe advertirse que sería un error acotar la actividad de fiscalización de la administración del Estado, sólo a la verificación del cumplimiento de requisitos o condiciones exigidos en un régimen autorizacional, puesto que también todo concesionario está sujeto al control de la Administración, por la especial relación de sujeción debido al régimen concesional que lo rige. Vid. LEAL 2014, 275.

<sup>13</sup> Desde cierta perspectiva, no la única por cierto, se produce una *publicación* de hecho, por cuanto la reserva estatal del bien fiscal está dada no por haberla reservado el legislador para el Estado o la Nación, sino por el hecho circunstancial de estar la cosa bajo el dominio estatal. Y esta circunstancia es la que hace posible que el Estado la pueda concesionar a un particular o a un organismo público descentralizado.

<sup>14</sup> LEAL 2014, 65.

nacionales. Se trata de una atribución de potestad directa de la ley a esos funcionarios, la que no pasa por las autoridades del Ministerio<sup>15</sup>.

Por otra parte, el art. 3° Transitorio del Decreto N° 386 de 1980, Reglamento Orgánico del MBN, dispone *Declárase subsistente, en todo aquello que no se oponga a este Reglamento, el Título V "De los Inspectores de Bienes Nacionales", artículo 43° al 49° del decreto 800, de 1963, del Ministerio de Tierras y Colonización, en la forma dispuesta por el decreto 60, de 1978, del mismo Ministerio*. Se trata de una norma poco conocida que remite al Decreto N° 60, de 1978 que reglamenta las funciones de los inspectores de bienes nacionales.

Es llamativa la amplitud de concreciones de las funciones y deberes con que el reglamento dotó a los inspectores del Ministerio, las que conceden amplias atribuciones para realizar debidamente todas aquellas acciones materiales que sean convenientes al interés fiscal.

Del análisis normativo sectorial, vemos que, en el MBN, las potestades de fiscalización son ejercidas exclusivamente por los inspectores de bienes nacionales, detallando el reglamento el contenido de esta potestad, no radicándose ella en otros funcionarios o autoridades.

Sin embargo, es preciso señalar que las actuaciones de fiscalización, por estar sometidas al principio de legalidad, deben tener cobertura legal, más o menos explícita mientras más ablativas de derechos de los particulares sean. Ello importa que determinadas actuaciones no podrán llevarse a cabo sin la cobertura legal debida. Otras en cambio, bastará que tengan cobertura reglamentaria, como podrían ser mecanismos de fiscalización que no causen gravamen para el fiscalizado<sup>16</sup>.

### III. ¿Qué modalidades adquiere esta fiscalización?

Como ya señalamos, la actividad de fiscalización expresada en el art. 18 del D.L. N° 1.939, está precisada en un reglamento<sup>17</sup> dictado en 1978 y en un Manual de Fiscalización dictado en 2017 que pretende ser *una guía orientadora al trabajo de fiscalización*<sup>18</sup>. Es llamativo, sin embargo, que este Manual pareciera haberse dictado sin haber tenido a la vista el referido reglamento, ya que no se hace mención alguna a él<sup>19</sup> y no contempla todas las atribucio-

<sup>15</sup> Sin perjuicio de ello, la ley entregó al *Ministerio* la competencia de fiscalizar las destinaciones de inmuebles fiscales a organismos públicos de conformidad al art. 56 del D.L. 1.939, potestad que sin embargo el reglamento radicó en los inspectores del Ministerio.

<sup>16</sup> VERGARA 2020, 159.

<sup>17</sup> Decreto N° 800, de 1963.

<sup>18</sup> Resolución Exenta N° 393, de 2017, p. 9.

<sup>19</sup> Este Manual de Fiscalización tiene como motivación normativa los artículos 3° N° 4 y 7° letra c) del D.L. N° 3.274 de 1980, Orgánico del Ministerio de Bienes Nacionales, los que sin embargo se refieren, el primero, a la función del Ministro de establecer los sistemas de control, conservación y utilización de los bienes del Estado administrados por el Ministerio, y el segundo, al deber de la División de Bienes Nacionales de controlar el cumplimiento de las normas que correspon-

nes que precisa el reglamento<sup>20</sup>. Hemos identificado además alguna actuación dispuesta en el Manual de Fiscalización que es contraria a la ley<sup>21</sup>.

También existe un reglamento del inciso final del art. 10 del D.L. N° 1.939<sup>22</sup>, que regula algunas funciones y atribuciones de los fiscalizadores en el marco del procedimiento de sanción por no exhibir los títulos de posesión o tenencia de inmuebles presumiblemente fiscales; y un reglamento del art. 20 del D.L. N° 1.939<sup>23</sup> sobre demoliciones de edificios y construcciones fiscales que entrega algunas atribuciones a los fiscalizadores.

En todas estas normas, es posible identificar en la actuación de la fiscalización realizada por el MBN, las típicas manifestaciones de la potestad fiscalizadora y que a continuación enumeramos de forma sistematizada.

### 1. Requerimientos de información

Los requerimientos de información son una modalidad de inspección que tiene lugar cuando el funcionario competente solicita a determinadas personas la provisión de cierta información estimada como relevante para realizar la función de comprobación propia de la inspección<sup>24</sup>. Esta modalidad que adopta la inspección no se debe confundir con el cumplimiento de deberes legales de informar, ni con las obligaciones de proveer cierta información, como las habituales declaraciones juradas de uso que periódicamente<sup>25</sup> deben proveer los concesionarios, arrendatarios<sup>26</sup> y destinatarios<sup>27</sup> de bienes

---

de aplicar a las Seremis relativas a los bienes fiscales administrados por el Ministerio. Son, en definitiva, competencias de control interno, pero que, sin embargo, nos parece, no están referidas a la potestad de fiscalización que entrega la ley a los inspectores del Ministerio.

<sup>20</sup> Así por ejemplo, no están ni expresadas ni desarrolladas las funciones de: requerir, de acuerdo al art. 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, la inscripción de los inmuebles fiscales que no están inscritos (art. 43 letra c); actuar en la demoliciones de inmuebles fiscales (Art. 43 letra f); fiscalizar los inventarios de bienes muebles, y aquellos cuya baja se solicita (art. 43 letra g); las obligaciones funcionarias establecidas en el art. 45; los deberes de protección del medio ambiente en inmuebles fiscales y nacionales de uso público dispuesta en el art. 46, y el deber de confeccionar las actas de recepción material y entrega de inmuebles cada vez que se reciben o entregan (art. 48), etc.

<sup>21</sup> Resolución Exenta N° 393, de 2017 p. 12, N° 5 letra f) ordena a los fiscalizadores *la confección de inventario de los bienes que forman el acervo hereditario de herencias denunciadas como pertenecientes al Fisco*, siendo que el inciso 2° del art. 18 de D.L. N° 1.939, hace referencia a la confección de inventario solemne conforme a las reglas generales dispuestas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil. Debemos entender por tanto que se trata de un inventario simple, que no goza de una presunción de veracidad, gozando la herencia del beneficio de inventario en razón de lo dispuesto en el inciso 3° del art. 1250 del Código Civil, y en los términos ahí expresados.

<sup>22</sup> Decreto N° 55, de 1978.

<sup>23</sup> Decreto N° 169, de 1978.

<sup>24</sup> LEAL 2015, 118.

<sup>25</sup> Oficio Circular N° 2, de 2012; Resolución Exenta N° 393, de 2017, p. 47.

<sup>26</sup> Resolución Exenta N° 150, de 2021, p. 51.

<sup>27</sup> Resolución Exenta N° 295, de 2021, p. 8.

fiscales, ya que la fuente de dicho requerimiento no nace de la potestad fiscalizadora, sino de la correlativa obligación por la tenencia de dichos bienes.

Como todo requerimiento de información y por respeto al principio de juridicidad, la solicitud debe expresar las normas legales o reglamentarias que habilitan a realizar el requerimiento, exponiendo el plazo que la norma habilitante otorga para ello o algún otro que se entregue conforme a las reglas generales si no existiera un plazo especial. En el ejercicio de estas atribuciones, los inspectores de bienes nacionales pueden:

- Requerir de todo ocupante de un inmueble fiscal autorización, concesión o contrato que justifique su ocupación, bajo apercibimiento de ser reputado ocupante ilegal<sup>28</sup>.

- Exigir al ocupante de bienes raíces que se estime pudieran ser fiscales, que exhiba los títulos que justifiquen su ocupación o tenencia, bajo el apercibimiento de ser reputado ocupante ilegal y de multa<sup>29</sup>.

- Controlar el pago oportuno de los derechos de uso, arrendamientos y saldos de precio de enajenaciones de inmuebles fiscales<sup>30</sup>, exigiendo los correspondientes comprobantes de pago.

## 2. Citaciones

Las citaciones consisten en un requerimiento de comparecencia a los sujetos pasivos de la fiscalización a fin de que concurran a las oficinas del ministerio y provean de la información requerida por el fiscalizador<sup>31</sup>. Los sujetos pasivos de la fiscalización serán los ocupantes o usuarios de bienes fiscales o los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de estos bienes. No podrían ser citados a comparecer al ministerio quienes no detentan alguna de las calidades anteriores.

Ahora bien, y como se verá en el detalle de las manifestaciones de esta modalidad de inspección en el MBN, en la práctica esas citaciones no difieren de los requerimientos de información, puesto que la regla general será que en esas citaciones se recabe documentación.

Para que en la citación pueda recabarse una declaración del fiscalizado, sea jurada o no, se requiere la debida cobertura legal, la que no está dispuesta como regla general para los fiscalizadores del MBN<sup>32</sup>. En este escena-

<sup>28</sup> D.L. N° 1.939, art. 19; Decreto N° 55, de 1978, art. 1°; Decreto N° 800, de 1963, art 43 letra b).

<sup>29</sup> D.L. N° 1.939, art. 10; Decreto N° 55, de 1978, art. 1°; Decreto N° 800, de 1963, art 43 letra b); y Resolución Exenta N° 393 de 2017, p. 12, N° 5 letra e).

<sup>30</sup> D.L. N° 1.939, art 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 44 inciso 2° letra c).

<sup>31</sup> LEAL 2015, 124.

<sup>32</sup> Un caso de declaración jurada está dispuesto en el art. 90 del D.L. N° 1.939 para acreditar que el solicitante de radicación o título gratuito de dominio no es dueño, ni él ni su cónyuge, de otro bien raíz. Se trata de la única aplicación que tiene el art. 17 del D.L. N° 1.939 que dispone que esas declaraciones juradas pueden ser prestadas ante un funcionario del ministerio, el que no necesariamente debe ser un fiscalizador.

rio nos parece que la toma de declaración del fiscalizado debe realizarse amparado en la regla general dispuesta para la práctica de la prueba en el art. 35 de la Ley N° 19.880. Las citaciones que pueden realizar los inspectores de bienes nacionales ocurrirán:

– Cuando la información proporcionada por el ocupante de un inmueble fiscal es insuficiente, señalando fecha y hora para presentarse en la Secretaría con la documentación requerida<sup>33</sup>. En la misma situación queda la del ocupante que no se encuentra en el lugar al momento de la fiscalización<sup>34</sup>.

– Cuando se constata la cesión no autorizada de la tenencia de un inmueble fiscal, se debe citar al ocupante, concesionario, arrendatario o beneficiario de un permiso de ocupación<sup>35</sup>.

– Cuando se constata la existencia de un ocupante irregular, esto es aquel que ocupa un inmueble fiscal habiendo tenido un título de ocupación, y que ya no lo tiene por haber caducado o terminado por cualquier causa, es citado a presentarse en la Seremi con la documentación requerida<sup>36</sup>.

– Cuando el arrendatario o concesionario presenta morosidad en el pago del canon o renta concesional, el fiscalizador en la visita inspectiva lo citará a efectos de que regularice su morosidad<sup>37</sup>.

### 3. Visitas inspectivas

Ellas consisten en la comprobación *in situ* mediante la percepción sensorial directa del funcionario fiscalizador competente, respecto de las actividades, objetos o hechos que deben ser inspeccionados<sup>38</sup>. En la práctica, estas visitas se llevan a cabo concurriendo el funcionario al lugar en donde se encuentra el bien fiscal de que trata la fiscalización, debiendo levantar acta de la visita y de lo que en ella se pudo percibir, a fin de dejar constancia.

<sup>33</sup> D.L. N° 1.939, art. 10 y 19; Decreto N° 55, de 1978, art. 1°; Resolución Exenta N° 393, de 2017 p. 16, N° 6.3, 20.

<sup>34</sup> D.L. N° 1.939, art. 10 y 19; Decreto N° 55, de 1978, art. 1° y 2°.

<sup>35</sup> D.L. N° 1.939, art. 62 A y 78; Resolución Exenta N° 393, de 2017 p. 17, N° 7.1. Sin embargo, en este caso, el Manual de Fiscalización no expresa cuál es la finalidad de la citación, la que nos parece debe ir encaminada a recabar información del ocupante, arrendatario, o concesionario, relativo a la existencia de la referida autorización de cesión del título, es decir, la entrega de documentación.

<sup>36</sup> D.L. N° 1.939, art. 19; Resolución Exenta N° 393, de 2017 p. 18, N° 7.2. De igual forma como lo expresábamos en la nota anterior, el Manual de Fiscalización no expresa el objeto de la citación, la que nos parece debe ir encaminada a acreditar que ya se ha solicitado la regularización de la ocupación presentando la documentación que lo respalde, o a presentar la correspondiente solicitud de un nuevo título de ocupación.

<sup>37</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Resolución Exenta N° 393, de 2017 p. 17, N° 7.1. El Manual de fiscalización indica además que se registre en esta citación *el plazo que él [el fiscalizado] señale como necesario para regularizar dicha situación*, lo que debe entenderse como una declaración que no vincula ni al fiscalizado ni al ministerio, y por tanto de escasa utilidad jurídica.

<sup>38</sup> LEAL 2015, 128.

La fiscalización en general, y la visita inspectiva en particular pueden generar cierta incomodidad en el sujeto pasivo de la fiscalización. Sin embargo, dada la finalidad general de toda actuación fiscalizadora relativa a prevenir o disuadir incumplimientos normativos o a identificar eventuales infracciones<sup>39</sup>, la cobertura legal de esa actuación permite esa incomodidad, la que no es propiamente una afectación de derechos, sino sujeción al Estado de Derecho por parte de *toda persona, institución o grupo*. En ese contexto, y atendida la finalidad expresada, las visitas inspectivas pueden darse sin previo aviso al fiscalizado<sup>40</sup> ya que precisamente ese factor sorpresa es muchas veces un elemento que causa tanto o más cumplimiento de la normativa que la sanción misma que se puede derivar de la constatación de un incumplimiento. Por el contrario, difícilmente la administración podría detectar los incumplimientos normativos o contractuales que debe fiscalizar si es que los fiscalizados estuvieren prevenidos de la inspección.

Sin embargo, el factor sorpresa de la visita no puede significar un menoscabo innecesario al fiscalizado ya que atentaría contra el derecho a ser tratado *con respeto y deferencia* por los funcionarios *que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones*, debiendo realizar *los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales*<sup>41</sup>. Así, no respetaría este derecho, y por tanto sería una actuación ilegal y que generaría responsabilidad administrativa, una visita en un horario o en día manifiestamente incómodo si no hay justificación razonable para ello. Sería ésta una actuación contraria a la buena fe, y que por tanto atentaría contra el deber de probidad.

Son manifestaciones de estas inspecciones:

- Fiscalizar inventarios de bienes muebles de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 24 del D.L. N° 1.939<sup>42</sup>.
- Revisar inmuebles fiscales cuyo organismo destinatario o concesionario ha solicitado su demolición, e informar técnicamente al respecto<sup>43</sup>.
- Levantar inventario de los materiales provenientes de las obras de demolición que se utilizarán en la construcción o reparación de otros edificios fiscales<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> ARANCIBIA 2023, 9.

<sup>40</sup> LEAL 2015, 128.

<sup>41</sup> Ley N° 19.880, art. 17 letra e).

<sup>42</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra g).

<sup>43</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra f) y Decreto N° 169, de 1978, art. 2°.

<sup>44</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra f) y Decreto N° 169, de 1978, art. 4°.

– Inspeccionar bienes muebles cuya baja se solicita, y levantar el acta correspondiente<sup>45</sup>.

– Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones y deberes que le impongan las leyes, decretos, reglamentos y contratos a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de inmuebles fiscales<sup>46</sup>.

– Inspeccionar todos los bienes fiscales dentro del radio de competencia de la respectiva Seremi o Dirección Provincial, según sea el caso<sup>47</sup>.

– Levantar acta de recepción material o de entrega material de un inmueble, cada vez que una propiedad ingrese al patrimonio fiscal o deba ser entregada a otros organismos públicos o particulares por aplicación del D.L. N° 1.939<sup>48</sup>.

– Fiscalizar el cumplimiento de las normas del D.L. N° 1.939 sobre protección del medio ambiente, preservación de especies animales y vegetales en bienes fiscales y nacionales de uso público<sup>49</sup>.

– Supervigilar los bienes fiscales, así como los nacionales de uso público, a fin de que estos se respeten y conserven para el fin a que están destinados<sup>50</sup>.

#### 4. Certificaciones

Dentro del ámbito de la fiscalización, la certificación se suele entender como la constancia escrita de que un determinado objeto, hecho o actuación se ajusta al cumplimiento de requisitos o exigencias técnicas previamente establecidos. Sin embargo, las certificaciones que realizan los inspectores de bienes nacionales deben entenderse referidas al acto de certificar y a su definición habitual: dicho de una autoridad competente: hacer constar por escrito una realidad de hecho<sup>51</sup>.

Estas actuaciones, a diferencia de aquellas que se derivan de una visita inspectiva y que constan en un acta de inspección, no son producidas en el lugar de la fiscalización, y no constan necesariamente en el acta que deja constancia de dicha visita. De hecho, formarán parte de los antecedentes en virtud de los cuales la autoridad motivará sus decisiones, siendo parte del expediente administrativo respectivo. Los inspectores de bienes nacionales deberán certificar los siguientes hechos:

<sup>45</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra g).

<sup>46</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra i) y art. 44 inciso 1°.

<sup>47</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 44 inciso 2°, letra a).

<sup>48</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 48.

<sup>49</sup> D.L. N° 1.939, art. 16; Decreto N° 800, de 1963, art. 46. Esta atribución debe entenderse sin perjuicio de la que corresponde a otros organismos públicos en materia de protección del medio ambiente, y restringida a las prohibiciones y obligaciones que se establecen en virtud del art. 16 del D.L. N° 1.939.

<sup>50</sup> D.L. N° 1.939, art. 1°, 18 y 19; Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra e).

<sup>51</sup> Real Academia Española 2022, 3ª acepción.

– Certificar el incumplimiento o infracciones de las obligaciones y deberes que les imponen las leyes, decretos, reglamentos y contratos, a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de los bienes fiscales<sup>52</sup>.

– Certificar que la persona o entidad beneficiaria de un permiso de ocupación, arrendatario, concesionario o adquirente de un inmueble fiscal, lo esté efectivamente ocupando<sup>53</sup>.

– Certificar el estado material de los inmuebles fiscales dentro del radio de competencia de la respectiva Seremi o Dirección Provincial, y las mejoras y deterioros que estos hayan sufrido<sup>54</sup>.

– Certificar que el ocupante ilegal de un inmueble fiscal no ha formulado descargos a la calificación de tal en el plazo indicado en el art. 5° del Decreto N° 55, de 1978; que no ha procedido a exhibir títulos de ocupación en el plazo de gracia que se le hubiere otorgado; y que no ha pagado la multa impuesta en virtud del art. 10 inciso final del D.L. N° 55 de 1978<sup>55</sup>.

– Certificar el pago oportuno o su ausencia, de los derechos de uso, arrendamientos y saldos de precio de enajenaciones de bienes fiscales<sup>56</sup>.

## 5. Otras actuaciones materiales

Los inspectores de bienes nacionales están facultados para realizar las siguientes actuaciones materiales, sin perjuicio de la competencia de otros funcionarios u organismos establecidos en la ley con la misma finalidad:

– Tomar posesión de los bienes que deban ingresar al patrimonio del Fisco, en virtud de lo dispuesto en el art. 590 y art. 955 del Código Civil<sup>57</sup>; de los bienes rescatados gracias a las denuncias realizadas en virtud del art. 42 del D.L. N° 1.939; o de los que se adquieran o recuperen en cumplimiento de las sentencias judiciales<sup>58</sup>.

– Requerir la inscripción de los inmuebles fiscales adquiridos en virtud del art. 590 del Código Civil, de conformidad al art. 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, según lo dispone el art. 11 del D.L. N° 1.939<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra h) e i); y art. 44 inciso 2° letra b).

<sup>53</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 44 inciso 2°, letra b).

<sup>54</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 44 inciso 2°, letra a).

<sup>55</sup> D.L. N° 1.939, art. 10 y 19; Decreto N° 55, de 1978, art. 11°.

<sup>56</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art. 44 inciso 2° letra c).

<sup>57</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra a). Estimamos que de igual forma deben tomar posesión material de los bienes que adquiere el Fisco en virtud de otras normas legales, cuando no hay una regla especial, por ejemplo, de las nuevas islas (art. 597 Código Civil); de los terrenos que se ganan al mar, río o lago, en virtud de obras ejecutadas con fondos del Estado (art. 27 D.L. N° 1.939); inmuebles conquistados en guerra extranjera (art. 640 Código Civil); bienes que corresponde adquirir al Fisco por una corporación disuelta (art. 561 Código Civil), etc.

<sup>58</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra a).

<sup>59</sup> Decreto N° 800, de 1963, art. 43 letra c).

- Requerir la confección de inventario solemne de los bienes que componen las herencias deferidas al Fisco<sup>60</sup>.
- Realizar las notificaciones personales a los ocupantes de inmuebles presumiblemente fiscales<sup>61</sup>.

#### IV. ¿Qué valor probatorio tiene el resultado de la fiscalización?

Como ocurre con otras potestades de inspección y comprobación, el legislador ha dotado a los inspectores de bienes nacionales de la calidad de ministros de fe en sus actuaciones.

Esta calidad de ministro de fe dota de una presunción de veracidad a aquellas constataciones que ha podido realizar el inspector en el ejercicio de sus funciones. Esta presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario en el mismo expediente administrativo si es que el interesado o el mismo ministerio logra recabar antecedentes objetivos y suficientes que desvirtúen lo aseverado por el fiscalizador<sup>62</sup>. En ese sentido, la autoridad no está vinculada por las constataciones del fiscalizador, ya que en virtud de otros elementos de juicio que desvirtúen dichas probanzas, podrá resolver prescindiendo de ellas o contraviniéndolas.

La presunción de veracidad, sin embargo, no alcanza a todo aquello que conste en el acta o ficha de fiscalización. En efecto, y como ya han desarrollado otros autores<sup>63</sup> con carácter general, gozará de esta presunción solo aquello que el inspector pueda verificar *personal y directamente*, de forma *imparcial, objetiva, coetánea* a la actuación y dotado además de capacidad técnica para apreciar aquello que constata.

Asimismo, los hechos verificados a través de instrumentos técnicos, como las fotografías y videos, las cubicaciones, posicionamientos y otras medidas obtenidas de instrumentos idóneos, etc., solo alcanzarán la presunción de veracidad en la medida en que reúnan las condiciones antes enunciadas, debiendo además poder contrastarse la idoneidad de estos instrumentos al fin que satisfacen, tanto por el ministerio como por los propios interesados.

Por el contrario, no gozan de esta presunción de veracidad los hechos pasados y las declaraciones del fiscalizado o de terceros, así como las calificaciones jurídicas, conjeturas, juicios de valor, y las simples opiniones del fiscalizador, las que no debieran ni siquiera constar en el acta correspondiente por introducir en el acta la propia perspectiva subjetiva del fiscalizador<sup>64</sup>. De existir este tipo de elementos en la ficha de fiscalización, su valor probatorio no estará dotado de la presunción de veracidad, y necesariamente deberán

<sup>60</sup> D.L. N° 1.939, art. 18; Decreto N° 800, de 1963, art 43 letra d).

<sup>61</sup> D.L. N° 1.939 art. 10; Decreto N° 55, de 1978, art. 1°.

<sup>62</sup> Dictamen N° 97.626 (2014).

<sup>63</sup> JARA y MIQUEL 2009, 18.

<sup>64</sup> JARA y MIQUEL 2009, 19.

ser contrastados con otros elementos de juicio conforme a las reglas generales, y su valor se apreciará en conciencia<sup>65</sup>.

Como puede suponerse, no todas las modalidades en que se despliegan las actuaciones de los fiscalizadores de bienes nacionales estarán dotadas de la presunción de veracidad. Solo los hechos que se constaten en las visitas inspectivas y lo que conste en las certificaciones gozarán de la presunción de veracidad, en la medida en que cumplan los requisitos antes mencionados, ya que solo respecto de estas modalidades de actuación el inspector *da fe*.

Las actas de fiscalización, y en general cualquier actuación del fiscalizador, en cuanto actos administrativos de constancia<sup>66</sup>, forman parte de un procedimiento administrativo y materialmente de un expediente administrativo. Como tal, deben estar en todo momento a disposición de los interesados<sup>67</sup>, razón por la cual tienen derecho a acceder a dicha información, y a obtener copia de esta. No se la aplica a los interesados la reserva dispuesta para los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, en la ley sobre acceso a la información pública<sup>68</sup>, ya que dicha disposición está establecida respecto de terceros, y su aplicación haría imposible el derecho que establece la ley N° 19.880 en favor de los interesados de conocer *en cualquier momento* el estado de la tramitación de los procedimientos y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente<sup>69</sup>.

En otro orden de consideraciones, el legislador ha dotado al MBN del ejercicio de una autotutela declarativa derivada de las constataciones efectuadas por los inspectores de bienes nacionales, la que puede ejercerse aun sin audiencia del afectado. En efecto, una serie de disposiciones permiten al ministerio poner término unilateral a los derechos que emanan de actos sobre bienes fiscales, bastando para ejercer esta potestad la sola constatación del incumplimiento que lo motiva por parte del funcionario fiscalizador<sup>70</sup>.

En materia de contratación administrativa, esta potestad de término unilateral por incumplimiento es ciertamente excepcional, y requiere de norma expresa<sup>71</sup>. La Contraloría ha refrendado esta actuación en diversos dictámenes<sup>72</sup>, en consideración a las especiales potestades que entrega el D.L. N° 1.939.

Manifestaciones de esta autotutela derivada de constataciones realizadas por los fiscalizadores del MBN pueden verse por ejemplo en el término

<sup>65</sup> Ley N° 19.880, art. 35.

<sup>66</sup> Ley N° 19.880, art 3 inciso 6°.

<sup>67</sup> Ley N° 19.880, art. 17 letra a) y art 18 inciso 6°.

<sup>68</sup> Ley N° 20.285, art. 21 N° 1 letra b).

<sup>69</sup> BERMÚDEZ 2014, 192. Dictamen N° 27.945 (2017), Dictamen N° 3.055 (2020), Dictamen N° E153671 (2021).

<sup>70</sup> Dictamen N° 70.748 (2009).

<sup>71</sup> MORAGA 2019, 543; Dictamen N° 1.307 (1985).

<sup>72</sup> Dictamen N° 74.089 (2012), Dictamen N° 70.748 (2009).

del permiso de ocupación<sup>73</sup> y del Acta de Radicación<sup>74</sup>; en el término de la destinación<sup>75</sup>; en el término o caducidad de los arrendamientos<sup>76</sup>; en la recuperación del dominio transferido gratuitamente a una persona jurídica<sup>77</sup>; y en la caducidad del título gratuito de dominio a una persona natural<sup>78</sup>.

No tiene el mencionado efecto la constatación de incumplimiento por parte de los concesionarios de inmueble fiscales, cuando se trata de concesiones de largo plazo, sean gratuitas u onerosas, puesto que el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato debe ser declarado por el Tribunal Arbitral a que se refiere al art. 63 del D.L. N° 1.939<sup>79</sup>.

Como puede advertirse de la descripción realizada, las actuaciones de los fiscalizadores del MBN tienen múltiples manifestaciones materiales, y sus actuaciones y constataciones repercuten en un gran número de decisiones del ministerio, alcanzando en no pocos casos a la relación que los particulares tienen con los bienes del Estado.

## V. ¿Cómo entiende la Contraloría las potestades de fiscalización del MBN?

A pesar de lo que pudiera deducirse del análisis anterior, el Dictamen N° 84.723 de 2013 de la Contraloría General de la República determinó que al MBN no le corresponde fiscalizar a una entidad privada que detenta la calidad de arrendatario de un inmueble fiscal. El pronunciamiento se produce en el contexto de la incompatibilidad dispuesta en el art. 56 inciso 3° de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado que establece que las ex autoridades y a exfuncionarios de una institución fiscalizadora no pueden tener una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de dicho organismo.

Dentro del contexto del estudio de las potestades fiscalizadoras, nos parece interesante hacer una crítica a esta decisión, porque da cuenta de una comprensión acotada de la acción fiscalizadora del Estado.

Debemos entender, primeramente, por *institución fiscalizadora*, a aquellas que la ley designa como tales. Nos referimos a aquellas instituciones a que se hace referencia en el art. 2° del D.L. N° 3.551 de 1980: la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social.

<sup>73</sup> D.L. N° 1.939, art. 18 inciso 3°.

<sup>74</sup> D.L. N° 1.939, art. 92, aunque en este caso, la ley confiere expresamente audiencia al afectado.

<sup>75</sup> D.L. N° 1.939, art. 56.

<sup>76</sup> D.L. N° 1.939, art. 18 inciso 3°, y art. 80.

<sup>77</sup> D.L. N° 1.939, art. 87.

<sup>78</sup> D.L. N° 1.939, art. 94.

<sup>79</sup> D.L. N° 1.939, art. 62 C inciso 2°.

Asimismo, de la historia de la Ley N° 19.653 que introdujo el título sobre probidad a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, consta que la incorporación de la norma fue una adición de la comisión de constitución del Senado a propuesta de la senadora Olga Feliú, dejándose constancia que la comisión entendió por "institución fiscalizadora", a aquellas regidas por el D.L. N° 3.551 de 1980<sup>80</sup>.

Adicionalmente podemos agregar que a dicha categoría se han adscrito otros organismos públicos con potestades fiscalizadoras creados con posterioridad, por señalarlo así expresamente la ley, como la Ley N° 20.529, que creó la Superintendencia de Educación Escolar (art. 47), la Ley N° 21.091 que creó la Superintendencia de Educación Superior (art. 18), la Ley N° 20.417 que creó la Superintendencia de Medio Ambiente (art. 1° del Artículo Segundo), la Ley N° 16.395 que crea la Superintendencia de Seguridad Social (art. 1°), la Ley N° 18.902, que creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 6°), la Ley N° 18.933 que creó la Superintendencia de Salud (actualmente art. 129 del DFL N° 1 de 2006), y la Ley N° 20.720 que creó la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (art. 331).

No existe tal referencia en los casos de otros organismos prototípicamente fiscalizadores, como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Superintendencia de Casinos de Juego, La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y la Comisión para el Mercado Financiero, así como de otros organismos pertenecientes a la administración centralizada del Estado y que ejercen funciones fiscalizadoras, como las Sere-mi de Salud, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, etc.

Como vemos, y solo realizando un repaso de aquellos organismos cuya función fiscalizadora nadie pondría en duda, no todos sin embargo, son *Instituciones fiscalizadoras* de aquellas regidas por el D.L. N° 3.551 de 1980; lectura que conduciría a la interpretación inconveniente a nuestro juicio, de dejar fuera de la aplicación de la incompatibilidad en análisis a organismos que son eminentemente fiscalizadores, de paso de dejar fuera también de su aplicación a otros organismos que tienen potestades de fiscalización en sus propios ámbitos.

Por otra parte, existen diversos dictámenes que se han pronunciado sobre la naturaleza fiscalizadora de un organismo público, donde se puede detectar que el Organismo Contralor atiende, como primera aproximación, a *las potestades que la ley le ha otorgado* al organismo en cuestión<sup>81</sup>.

Luego, la Contraloría, una vez analizadas las potestades fiscalizadoras, en este caso del Instituto Nacional del Deporte, hace una especie de juicio de ponderación de ellas, porque a pesar de encontrar en su normativa potestades de fiscalización, descarta que sea un organismo fiscalizador, porque

<sup>80</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 1999, 272.

<sup>81</sup> Dictamen N° 472 (2015).

esas funciones relativas a la *vigilancia de una correcta inversión de los recursos* entregados, que comparte con otros organismos públicos, no les otorga una *naturaleza fiscalizadora*. En dichas funciones, la Contraloría no ve una *fiscalización propiamente tal, sino solo un control de la preceptiva que otorga determinados beneficios y recursos, y verificar que las acciones, actividades y proyectos de dichas organizaciones estén acordes las disposiciones de la ley que precisamente ampara a esas entidades, siendo el de la normativa en estudio el más tenue entre los diferentes grados de tuición que ejerce un organismo público*<sup>82</sup>.

Finalmente agrega, que *se debe tener en cuenta que la regulación en comento no contempló para el mencionado IND un procedimiento sancionador como resultado de una conducta infraccional, propio de las entidades fiscalizadoras*, conectando así la actividad de fiscalización como algo propio de organismos que están dotados de potestades sancionatorias.

En un dictamen anterior, la Contraloría llegó a la conclusión contraria, sobre la base de un análisis normativo muy parecido, pero cuya conclusión esta vez fue que *como puede advertirse, a la mencionada Dirección [General de Aeronáutica Civil] le corresponde realizar diversas labores de fiscalización en el ámbito de la actividad aérea, por lo que sus ex autoridades o ex funcionarios se encuentran afectos a la prohibición establecida en el precitado artículo 56, inciso tercero, de la Ley N° 18.575, en lo que dice relación con las entidades privadas sometidas a dicho control*<sup>83</sup>.

Finalmente, el dictamen referido a las potestades de fiscalización del MBN<sup>84</sup>, concluye sobre la base del análisis de su normativa, escuetamente expresada y reducida al art. 1° y 19 del D.L. N° 1.939, que el MBN no tiene dentro de sus atribuciones *la de fiscalizar a una entidad privada como aquella a la cual habría ingresado el señor [XX]*, entidad que recordemos mantenía en arriendo un predio fiscal. Pero a la vez, en un dictamen posterior, también referido a las potestades del MBN, no ha tenido reparos el Organismo Contralor en denominar *facultades fiscalizadoras* de este ministerio, a la verificación del cumplimiento de las obligaciones que se siguen de una destinación<sup>85</sup>, así como reconocer el valor probatorio que le otorga la ley a las actuaciones que

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Dictamen N° 9.470 (2012). Este dictamen, que en definitiva determinó que a los ex funcionarios sí les asistía responsabilidad administrativa, fue reconsiderado totalmente y dejado sin efecto, por el Dictamen N° 41.306 (2017), por cuanto el organismo contralor consideró que no era posible extender dicha responsabilidad a ex funcionarios públicos. Sin embargo, aun a pesar de haberse dejado sin efecto, en lo que se refiere a la materia en estudio, el nuevo dictamen no hace nuevo análisis ni reconsideración.

<sup>84</sup> Dictamen N° 84.723 (2013), que no ha sido modificado, ni ha sido vuelto a aplicar en el Ministerio de Bienes Nacionales en lo que se refiere a la incompatibilidad del art. 56 inciso 3° de la Ley N° 18.575.

<sup>85</sup> Dictamen N° 84.982 (2016).

realizan los inspectores de bienes nacionales cuando constatan el incumplimiento de obligaciones respecto de bienes fiscales<sup>86</sup>.

En definitiva, vemos por una parte que, de la lectura de la norma y de su historia fidedigna, se desprende una clara intención del legislador tendiente a que los funcionarios sujetos a la incompatibilidad que regula sean aquellos de los organismos que tienen no solo una marcada vocación fiscalizadora, sino cuya enumeración es taxativa y expresada en el D.L. N° 3.551 de 1980. La Contraloría, por su parte, prescinde de esta interpretación literalista de la historia de la ley, como buscando encontrar no lo que dijo el legislador, sino lo que quiso decir; recurre a su intención o espíritu, a fin de interpretar lo que sería una expresión oscura, no porque en sí misma sea ambigua o de difícil inteligencia, sino porque de cara al fin de la norma, ella resulta insuficiente.

En este sentido, nos parece correcto separarse de aquello de lo que se dejó constancia en la historia de la ley –la aplicación de la incompatibilidad a las Instituciones fiscalizadoras del D.L. N° 3.551–, pero ello debe ser conducente a buscar el sentido por el cual el legislador dispuso la incompatibilidad, que como queda expresado en la misma historia de la ley, tiene por objeto evitar los conflictos de interés de los funcionarios y autoridades, *afectando la independencia que deben mantener en el ejercicio de sus funciones y poniendo en entredicho la imparcialidad con que se pronuncian o intervienen en el proceso de formación de la voluntad de la Administración que se emitirá sobre la materia*<sup>87</sup>.

Siendo así, no parece coherente que la aplicación de la incompatibilidad se realice sobre la base de una ponderación de potestades fiscalizadoras sin mayor sustento y objetividad, puesto que ello carece de la certeza jurídica necesaria, particularmente si consideramos que se trata de una norma que restringe o limita temporalmente un derecho fundamental.

En el caso del MBN, vemos dos aspectos relevantes relativos a la aplicación de la norma en análisis. Por una parte, la potestad fiscalizadora está radicada en los inspectores del Ministerio. Por otra, vemos que esos inspectores fiscalizan el cumplimiento de los deberes y obligaciones por parte de los concesionarios, adquirentes y tenedores de bienes fiscales.

De forma tal que, en realidad, es posible advertir que la potestad de fiscalización no la tienen el Ministerio sino a través de sus fiscalizadores. En este sentido nos parece que este Ministerio no tiene potestades fiscalizadoras en sentido estricto de cara a la norma en análisis, sino unos determinados funcionarios dentro de su estructura.

Teniendo a la vista la finalidad de la norma, y aceptando su aplicación extensiva con el objeto de que su fin efectivamente se cumpla, nos parece que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 56 inciso 3° de la Ley

<sup>86</sup> Dictamen N° 70.748 (2009) y Dictamen N° 74.089 (2012).

<sup>87</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 1999, 272.

N° 18.575, debe aplicarse en el MBN solo a sus ex inspectores, mas no a las ex autoridades y demás ex funcionarios. Ello porque son los inspectores los únicos quienes tienen la potestad de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones y deberes de los concesionarios de bienes fiscales, y porque esa fiscalización se realiza respecto de personas determinadas, esto es, los concesionarios, adquirentes o tenedores a cualquier título de un bien fiscal.

El propio MBN ha entendido que las atribuciones que ejercen sus fiscalizadores no difieren, respecto a lo que a probidad se refiere, de los demás funcionarios públicos fiscalizadores, como serían quienes desempeñan sus funciones en superintendencias. Así, por ejemplo, ha dispuesto que los fiscalizadores de bienes nacionales deben realizar la declaración de intereses y patrimonio dispuesta en la ley sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses para los funcionarios que cumplen funciones directas de fiscalización<sup>88</sup>.

De esta forma no nos parece correcta la argumentación según la cual la Contraloría concluyó en el Dictamen N° 84.723 de 2013 que en el MBN no debe aplicarse la incompatibilidad dispuesta en el art. 56 inciso 3° sobre la base de señalar que las entidades del sector privado, arrendatarios de bienes fiscales, no están sujetas a la fiscalización del Ministerio, puesto que eso no es correcto, ya que dichas personas están sujetas a la fiscalización de los inspectores del Ministerio, quienes verificarán el cumplimiento de los deberes y obligaciones que tales arrendatarios tengan respecto de los bienes fiscales objeto del arriendo.

## Conclusiones

En base a lo expuesto podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Al Ministerio de Bienes Nacionales le compete, a través de sus inspectores, el ejercicio de potestades de inspección, las cuales van dirigidas a verificar que los bienes fiscales se respeten y conserven para el fin a que están destinados, y verificar el debido cumplimiento de las obligaciones y deberes que la leyes, decretos, reglamentos y contratos imponen a los concesionarios, adquirentes y tenedores a cualquier título de bienes fiscales.

2. Las potestades de fiscalización que la ley y el reglamento atribuyen a los inspectores de bienes nacionales, tiene como manifestaciones: requerimientos de información, citaciones, visitas inspectivas y certificaciones, así como otras actuaciones materiales.

3. La calidad de ministro de fe de estos inspectores dota a sus inspecciones y certificaciones de una presunción de veracidad, la que sin embargo solo alcanza a aquellos hechos que constatan de manera personal, directa, objetiva, imparcial, coetánea al acto de fiscalización y cuando están calificados técnicamente para esta actuación.

<sup>88</sup> Ley N° 20.880, art. 4° N° 9; Resolución Exenta N° 1.204, de 2021, p. 4.

4. De la constatación de incumplimiento de obligaciones que realizan los fiscalizadores de bienes nacionales, puede derivarse un efecto de autotutela declarativa, acarreado así el término del permiso, arriendo o destinación del inmueble entregado, o la revocación de la transferencia gratuita del inmueble fiscal.

5. La Contraloría General de la República, para determinar los organismos a los cuales se les debe aplicar la incompatibilidad del art. 56 inciso 3° de la Ley N° 18.575, realiza una ponderación de la intensidad de la potestad fiscalizadora. De esta forma, el Organismo Contralor ha extendido la incompatibilidad del inciso 3° del art. 56 de la Ley N° 18.575, a organismos que no son instituciones fiscalizadoras al tenor de lo dispuesto en el D.L. N° 3.551 de 1980. Sin embargo, no la ha extendido al Ministerio de Bienes Nacionales al estimar que dicho organismo no tiene dentro de sus atribuciones la de fiscalizar a una entidad privada arrendataria de un inmueble fiscal.

6. Sobre la base de la normativa que rige a los inspectores de bienes nacionales, es posible concluir que ellos, y no los demás funcionarios y autoridades del Ministerio de Bienes Nacionales, ejercen potestades de fiscalización, siendo sujetos pasivos de dicha fiscalización también las personas de derecho privado que gozan de algún título habilitante como concesionarios, adquirentes o tenedores de bienes fiscales, afectándoles en consecuencia, a los ex fiscalizadores de bienes nacionales, la incompatibilidad dispuesta en el art. 56 inciso 3° de la Ley N° 18.575, respecto de esos concesionarios, adquirentes o tenedores de bienes fiscales.

## Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2023). El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (37), 5-31.
- BERMEJO VERA, José (1998). La Administración Inspectora. *Revista de Administración Pública* (147), 39-58.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing Chile, 3ª edición.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1999). *Historia de la Ley 19.653. Sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado*. Biblioteca del Congreso Nacional del Chile.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile, 2ª edición.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En P. ALARCÓN y J. ARANCIBIA [Coord.], *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*. Asociación de Derecho Administrativo (Ada) (pp. 263-282). Thomson Reuters.
- JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1-28.
- LEAL VÁSQUEZ, Brigitte (2015). La potestad de inspección de la Administración del Estado. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N° 56.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa*. Thomson Reuters, 2ª edición.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de La Lengua Española, 23ª Ed., [Versión 23.6 en línea]. <https://dle.rae.es> [10 de noviembre de 2023].

VERGARA SOTO, Andrés (2020). Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 145-165.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República [Const]. 22 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 16.395 de 1966. Fija el Texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. 28 de enero de 1966. D.O. No. 26.351.
- Ley N° 18.902 de 1990. Crea Superintendencia de Servicios Sanitarios. 27 de enero de 1990. D.O. No. 33.581.
- 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. No. 37.570.
- Ley N° 20.285 de 2008. Sobre acceso a la información pública. 20 de agosto de 2008. D.O. No. 39.142.
- 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. No. 39.570.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 27 de agosto de 2011. D.O. No. 40.046.
- Ley N° 20.720 de 2014. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. 9 de enero de 2014. D.O. No. 40.752.
- Ley N° 20.880 de 2016. Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses. 5 de enero de 2016. D.O. No. 41.348.
- Ley N° 21.091 de 2018. Sobre educación superior. 29 de mayo de 2018. D.O. No. 42.068.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido coordinado y sistematizado el Código Civil. 30 de mayo de 2000. D.O. No. 36.676.
- Decreto N° 1 de 2001 [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. 17 de noviembre de 2001. D.O. No. 37.13.
- Decreto N° 1 de 2006 [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. 24 de abril de 2006. D.O. No. 38.446.
- Decreto Ley N° 1.939 de 1977 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. 10 de noviembre de 1977.
- Decreto Ley N° 3.274 de 1980 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Fija Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales. 5 de junio de 1980.
- Decreto Ley N° 3.551 de 1980 [Ministerio de Hacienda]. Fija normas sobre remuneraciones y sobre personal para el sector público. 2 de enero de 1981.
- Decreto N° 800 de 1963 [Ministerio de Hacienda]. Reglamenta la organización y atribuciones de la dirección de tierras y bienes nacionales, dependientes del Ministerio de Tierras y Colonización. 6 de noviembre de 1963.
- Decreto N° 55 de 1978 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamenta artículo 10° inciso final, del D.L. N° 1.939, de 1977, Ministerio de Tierras y Colonización. 2 de marzo de 1978.
- Decreto N° 60 de 1978 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamenta funciones de los inspectores de bienes nacionales, Ministerio de Tierras y Colonización. 2 de marzo de 1978.
- Decreto N° 169 de 1978 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamenta artículo 20, del D.L. N° 1.939, de 1977, Ministerio de Tierras y Colonización. 2 de junio de 1978.
- Decreto N° 386 de 1981 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamento Orgánico del Ministerio de Bienes Nacionales, Ministerio de Bienes Nacionales. 27 de octubre de 1981.

- Resolución Exenta N° 393 de 2017 [Subsecretaría de Bienes Nacionales]. Aprueba Manual de Fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales. 24 de febrero de 2017.
- Resolución Exenta N° 150 de 2021 [Subsecretaría de Bienes Nacionales]. Aprueba la segunda edición del Manual de Arriendos del Ministerio de Bienes Nacionales. 24 de febrero de 2021.
- Resolución Exenta N° 295 de 2021 [Subsecretaría de Bienes Nacionales]. Aprueba Manual de Procedimiento de Destinaciones del Ministerio de Bienes Nacionales. 14 de abril de 2021.
- Resolución Exenta N° 1.204 de 2021 [Subsecretaría de Bienes Nacionales]. Aprueba capítulo tercero del Manual de Fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales, concerniente a la probidad administrativa. 27 de diciembre de 2021.
- Oficio Circular N° 2 de 2012 [Subsecretaría de Bienes Nacionales]. Imparte instrucciones en relación al requerimiento permanente de Declaraciones Juradas de Uso. 10 de mayo de 2012.

### Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.307, de 15 de enero de 1985.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 70.748, de 22 de diciembre de 2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 9.470, de 16 de febrero de 2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 74.089, de 27 de noviembre de 2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.723, de 26 de diciembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 97.626, de 17 de diciembre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 472, de 5 de enero de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.982, de 23 de noviembre de 2016.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 27.945, de 26 de julio de 2017.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 41.306, de 24 de noviembre de 2017.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 3.055, de 4 de febrero de 2020.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E153671, de 8 de noviembre de 2021.



# Las potestades de los organismos supervisores de servicios públicos en Chile: análisis dogmático de su aplicación responsiva, basada en riesgos y garante

The powers of public services supervisory entity in Chile: a dogmatic analysis of their responsive, risk-based and guarantor application

Luis Alfonso Herrera Orellana<sup>1</sup>

Este estudio analiza los rasgos que presentan las potestades de la Administración al ejercer su actividad de forma responsiva, identificando riesgos y orientada a garantizar el bien común; asimismo, analiza las potestades que en Chile tienen atribuidas la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Ministerio de Transporte y la Subsecretaría de Telecomunicaciones para supervisar los servicios públicos ofrecidos en sus respectivos ámbitos de actuación; y argumenta de qué forma esas potestades pueden ser utilizadas por dichas autoridades según los conceptos de responsividad, riesgos y garantía propuestos por la dogmática extranjera y nacional, así como por organizacio-

This study analyzes the characteristics of the powers of the Administration when exercising its activity in a responsive manner, identifying risks and aimed at guaranteeing the common good; Likewise, it analyzes the powers that the Superintendency of Health Services, the Superintendence of Electricity and Fuels, the Ministry of Transportation and the Undersecretariat of Telecommunications have attributed in Chile to supervise the public services offered in their respective areas of action; and argues how these powers can be used by said authorities according to the concepts of responsiveness, risks and guarantee proposed by foreign and national dogmatics, as well as by

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional y Magister en Derecho Público. Profesor de la Universidad Santo Tomás, Chile. Dirección Postal: Av. Ejército Libertador 146, Santiago, UST, Facultad de Derecho. Correo electrónico: lherrera21@santotomas.cl.

Artículo recibido el 9 de noviembre de 2023 y aceptado el 22 de diciembre de 2023.

nes como la OCDE, sin necesidad de reformas legislativas, con el propósito de contribuir a potenciar las tareas de fiscalización y regulación de las mencionadas autoridades.

organizations such as the OECD, without the need for legislative reforms, with the purpose of contributing to enhance the inspection and regulation tasks of the aforementioned authorities.

**Palabras clave:** Potestades, supervisión, responsivo, riesgos, garante.

**Keywords:** Powers, supervision, responsive, risks, guarantor.

## I. Introducción

En fuentes dogmáticas<sup>2</sup>, seminarios<sup>3</sup> y declaraciones<sup>4</sup> se ha afirmado que la Administración Pública chilena en general, y los organismos supervisores de acciones económicas reguladas en particular, en parte por contenidos de la Constitución vigente, han visto reducidas y debilitadas sus potestades, las cuales, además, están sujetas a límites jurídicos excesivos que dificultan o impiden a dichos organismos cumplir con sus cometidos de interés público.

Asimismo, se sostiene que debido a la impronta subsidiaria y neoliberal<sup>5</sup> de la Constitución<sup>6</sup>, la Administración Pública carece de herramientas para tutelar de forma eficaz los intereses públicos que la legislación le encomienda asegurar<sup>7</sup>. Y, asimismo, que los organismos responsables de fiscalizar acciones sujetas a regulación, por déficit de potestades y por la intensidad de las garantías de que disfrutaban los particulares, no tienen capacidad institucional de impedir los incumplimientos de los fiscalizados y de sancionar adecuadamente tales infracciones<sup>8</sup>.

Tal estado de cosas implicaría, en el ámbito de la supervisión administrativa de prestaciones calificadas como servicio público<sup>9</sup>, entre otras cosas, que las exigencias de continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio carecieran de técnicas adecuadas para su exigibilidad y coercibilidad.

Sin embargo, un examen de las fuentes legislativas que rigen en Chile el funcionamiento de algunos de los organismos de supervisión de servicios

<sup>2</sup> FERRADA 2005, 112.

<sup>3</sup> Ver lo planteado por el académico PARDOW, D. (9 de septiembre de 2019). Universidad de Chile. Noticias. <https://bit.ly/3sbTm0m>.

<sup>4</sup> Véase lo propuesto por el Gobierno nacional sobre la necesidad de ampliar poderes de sanción de organismos de la Administración en Birchmeier, N. (2 de junio de 2023). El Mercurio. <https://bit.ly/46qNn75>.

<sup>5</sup> SOTO 2023, 191-192.

<sup>6</sup> En particular al orden público económico constitucional previsto en ella. Ver GUERRERO 2020, 105-134.

<sup>7</sup> OSORIO y VILCHES 2020, 73 y 76.

<sup>8</sup> Sobre la impronta "neoliberal" del derecho administrativo chileno, ver lo expuesto en seminario "Transformaciones del Derecho Administrativo", según nota de prensa de la Universidad de Valparaíso (7 de enero de 2021). Universidad de Valparaíso. Noticias. <https://bit.ly/45qckOO>.

<sup>9</sup> Entendidos según lo expuesto por el Tribunal Constitucional. Sentencia TC Rol N° 5572 (2019) y Rol N° 5650-18 (2019), considerando 18vo.

públicos, esto es, de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Ministerio de Transporte y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, permiten reconocer una situación diferente a la señalada, caracterizada no por la falta o precariedad de potestades, sino por la generalidad de algunas de ellas, la falta de fines concretos y un predominio del paradigma del control/sanción en su ejercicio<sup>10</sup>.

Del mismo modo, puede constatarse que, no obstante, la persistencia de problemas detectados en diferentes estudios dedicados al análisis de la estructura, competencias y funcionamiento de los organismos de supervisión con personalidad jurídica<sup>11</sup>, varias de las actuales potestades atribuidas a las referidas Superintendencias pueden ser reorientadas y potenciadas en su interpretación y utilización, para fortalecer el rol fiscalizador y regulatorio de aquellas.

Todo ello con respeto a las exigencias constitucionales en materia de reserva legal y de protección a los derechos económicos, y a la condición de acciones abiertas a la iniciativa privada de las prestaciones sujetas a supervisión en las áreas de energía eléctrica, gas, servicios sanitarios y telecomunicaciones.

Ahora bien, esa reorientación y potenciación de algunas de las potestades que ya tienen atribuidas los organismos administrativos exige renunciar, en primer lugar, a entender el servicio público prestacional como una actividad estatal<sup>12</sup>, y, en segundo lugar, superar el enfoque del control/sanción de la actividad administrativa de supervisión y regulación económica, predominante en la dogmática administrativa chilena actual<sup>13</sup>.

Por otro lado, exige asumir, apoyándose en el enfoque de la responsividad, en las técnicas y metodologías de la supervisión basada en riegos y las potestades que promueve la idea de Administración garante, que las acciones económicas calificadas por ley como servicio público o de interés público, están abiertas a la iniciativa privada allí donde no hay reserva expre-

<sup>10</sup> Paradigma que impide la adopción, en materia de sanciones administrativas, de una perspectiva diferente, como la que plantea la "responsividad regulatoria", para la cual las sanciones son medios para asegurar los fines de la regulación antes que formas de castigo o retribución a los infractores de las fuentes formales. Al respecto, Enteiche ha señalado lo siguiente: "Nos enfocaremos en una de las perspectivas cuyo propósito es materializar la eficiencia en el cumplimiento normativo –en adelante 'la eficiencia'–: la responsividad regulatoria. Para la responsividad, las sanciones administrativas son un medio para lograr la eficiencia, siempre que la Administración cuente con relevantes poderes de sanción, sin que estos deban ser –necesariamente– ejercidos". ENTEICHE 2023, 396-397. Véase también, respecto de esta misma perspectiva, lo planteado sobre la delegación a particulares de elementos de los tipos infraccionales, como caso de "autorregulación regulada", en ASCÁRATE 2023, 419-420.

<sup>11</sup> Entre otros, los ya expuestos en DÍAZ DE VALDÉS 2010, 251-253 y 258-263.

<sup>12</sup> PIERRY 2017, 105.

<sup>13</sup> Ver *SERNAC con Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2022), en que se cuestionó la sustanciación de dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos contra el mismo proveedor. Un caso similar se examinó en Sentencia TC Rol N° 4.795 (2019), pero se llegó a una conclusión diferente.

sa<sup>14</sup>, y que ante ellas el objetivo primario de la Administración es asegurar los cumplimientos en lugar de pretender controlar a los particulares o limitarse a detectar ilegalidades para sancionarlas.

Tal planteamiento, en todo caso, se suma a los ya formulados en otros estudios<sup>15</sup> a favor de adoptar estas perspectivas alternativas a las tradiciones en otros sectores regulados como el bancario y financiero, el ambiental, el de aprovechamientos de aguas y el de servicios de salud.

En virtud de lo expuesto, el objetivo de este estudio es, primero, exponer de forma sintética los rasgos de las potestades de la Administración al ejercer su actividad de forma responsiva, identificando riesgos y orientada a garantizar el bien común; segundo, identificar y examinar las potestades más relevantes que tienen atribuidos los organismos de supervisión de servicios públicos ya mencionados; y, tercero, argumentar cómo esas potestades pueden ser utilizadas por las autoridades según los conceptos de responsividad, riesgos y garantía, sin necesidad de reformas legislativas, como contribución a potenciar las tareas de fiscalización y regulación de tales autoridades. Por último, se exponen las conclusiones que arrojó la investigación.

## II. Potestades de la Administración al ejercer una actividad responsiva, identificadora de riesgos y orientada a garantizar el bien común

La definición más aceptada de potestad administrativa señala que ella consiste en un poder jurídico atribuido por una fuente formal, normalmente legislativa, a una autoridad o a un particular para que satisfaga, tutele o asegure intereses, derechos o bienes que corresponden a sujetos diferentes a los investidos con tal poder<sup>16</sup>.

Tal definición suele operar, de forma general, bajo el influjo de la comprensión clásica de la actividad administrativa de policía u ordenación, según la cual el actuar de la Administración se orienta, de un lado, al control de las acciones o conductas que supervisa o estimula, y de otro, a la sanción de infracciones o incumplimientos de las normas cuya observancia debe asegurar<sup>17</sup>.

De este modo, la garantía de los intereses, derechos y bienes por parte de la Administración pasa a ser un asunto secundario, subordinado al control y la aplicación de sanciones como tareas primordiales, al asumir que tal garantía solo es posible y en efecto se concreta cuando la autoridad administrativa decide cómo se deben tutelar y sancionando a los que incumplen. Pero sin reparar en la realidad que presentan las situaciones subjetivas de los usuarios que reclaman protección<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Según se expone en VERGARA 2021, 112.

<sup>15</sup> ARANCIBIA 2016, 267-283; y ROJAS 2019b, 117-131.

<sup>16</sup> ROJAS 2014, 26-31.

<sup>17</sup> PERALTA 2006, 164.

<sup>18</sup> Vinculadas con los derechos a ser indemnizados y a adoptar medidas para evitar que se repitan las fallas y daños.

Lo anterior es consecuencia de varios factores. Primero, el asumir que la Administración tutela el interés general de forma monopólica y no que concurre con los particulares en la garantía del bien común; segundo, que se relaciona con los particulares –a través de regulaciones, contratos y ayudas– en términos instrumentales y no de cooperación social; y, tercero, que lo sustancial de la función administrativa es el cumplimiento del principio de legalidad y no la gestión de lo público<sup>19</sup>.

Si se analiza cómo impactan los factores identificados en el ejercicio de las potestades que permiten el desarrollo de la actividad de policía u ordenación en sectores regulados, como son las de supervisión, fiscalización y sanción, se puede advertir que lo prioritario para la Administración respecto de la acción o conducta de particulares sujetos a regulación es verificar si cumplen lo que esta última prescribe y, de no ser el caso, aplicar las sanciones correspondientes.

En tal sentido, si nos centramos en la supervisión de prestaciones calificadas como servicio público, se observa que los organismos supervisores, dotados de autonomía funcional y técnica para cumplir sus tareas<sup>20</sup>, asumen que su responsabilidad se limita a regular, verificar cumplimientos y sancionar incumplimientos, sin considerar, en general, si ella incluye o no la adopción de medidas suficientes y necesarias para potenciar los cumplimientos y reducir los incumplimientos.

Así, el rol de la Administración en el aseguramiento de las exigencias regulatorias de continuidad, regularidad y de acceso no discriminatorio a las prestaciones calificadas como servicio público, se centraría en constatar si los proveedores de esos servicios se ajustan o no a las normativas, y en sancionarles si no lo hacen.

Una ampliación del entendimiento de ese rol<sup>21</sup>, demanda problematizar y superar los rasgos antes identificados, a fin de pasar de una lógica del antagonismo entre supervisores y supervisados a una lógica de la sinergia entre dichos actores, para el beneficio de los usuarios. Y, a partir de ello, el asumir que, junto al aseguramiento de la juridicidad del actuar de los regulados, debe abordar la gestión de los asuntos públicos de forma preventiva, dialógica y cooperativa con estos.

En síntesis, el cambio señalado plantea que la actividad regulatoria no debe centrarse solo en el control y represión, sino que ha de ser responsiva, identificadora de riesgos y orientada a garantizar el bien común. Se examina a continuación lo que supone cada uno de los rasgos definitorios referidos, y cómo impactan en el ejercicio de las potestades de supervisión, fiscalización y sanción.

<sup>19</sup> MONTT 2010, 5.

<sup>20</sup> Sobre estos organismos ver GARCÍA y CORDERO 2012, 424 y 425.

<sup>21</sup> Lo que puede, en parte al menos, depender de un fortalecimiento de su autonomía actual, según lo propuesto en ENTEICHE 2017, 218-227.

## 1. La responsividad

Diversas fuentes coinciden en reconocer la obra de Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law and society in transition: toward responsive law* como el origen de la idea de actividad administrativa de respuesta o responsiva frente a las necesidades ciudadanas. La propuesta básica de dicha obra plantea la necesidad de potenciar la eficacia y efectividad de la actividad administrativa, así como de asumir una perspectiva práctica y realista del sometimiento de dicha actividad al derecho<sup>22</sup>.

Tal propuesta, cabe señalar, tuvo y sigue teniendo una importante acogida en el ámbito del derecho público, y en particular del derecho administrativo, tanto en el desarrollado en el plano global por organismos multilaterales y otras instituciones de relevancia mundial, como en el desarrollado en plano interno de los Estados, especialmente frente a acciones y conductas sujetas a regulación.

Un ejemplo de lo señalado es el respaldo dado a la responsividad por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), al incorporarlo como cuarto criterio en su *Guía de la OCDE para el cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones*, dedicado precisamente a la “regulación responsiva”. Según este criterio, para la OCDE opera un marco apropiado para que se cumplan las regulaciones y se ejerzan conforme a derecho las potestades –sujetas a límites ciertos y a rendición de cuentas– cuando “la legislación aplicable permite (o al menos no prohíbe)” que ello se haga “de manera diferenciada (responsiva)”<sup>23</sup>.

Desde luego, no se trata de renunciar, debilitar o cuestionar la potestad de sancionar, sino, de mejorar su utilización al acompañarle de otras formas de actuación, preventivas y focalizadas, que reduzcan incluso la necesidad de su uso<sup>24</sup>.

Asumir esta perspectiva implica:

(...) un verdadero giro del Derecho administrativo a una ciencia de dirección preocupada, antes que de controlarla, de que se tomen buenas decisiones; preocupado antes de aquello que no debe hacerse, de lo que debe hacerse y cómo hacerlo: en concreto, su centro gira a cómo tomar decisiones consistentes y fundadas que respeten los derechos subjetivos y custodien el interés general<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> NONET y SELZNICK 2008, 73-86.

<sup>23</sup> Esto implica que “la legislación permita explícitamente respuestas diferentes cuando se trate de promover el cumplimiento de las regulaciones (desde una simple advertencia hasta sanciones mayores e incluso denuncias penales), dependiendo de las circunstancias (riesgo derivado de los incumplimientos, antecedentes y situación del administrado, disposición a cumplir y mejorar la conducta, o la falta de esta, colaboración, obstaculización, etc.)”. Subcriterio 4.1.

<sup>24</sup> “Existe evidencia sólida acerca de que la regulación responsiva produce mejores resultados que un esquema de sanciones en el que cada violación es castigada por igual, aunque la ley no siempre lo permite”. Subcriterio 4.1

<sup>25</sup> ROJAS et al. 2021, 112.

De este modo:

(...) la responsividad en materias regulatorias significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura del respectivo sector regulado (...) las distintas conformaciones y características de los administrados conducirán a regulaciones de diversos grados y formas; ellas deberán amoldarse a la conducta de los sujetos imperados por las normas, lo cual implica que, dependiendo de su comportamiento, se diseñará una estrategia en términos de mayor o menor intervención estatal<sup>26</sup>.

En función de lo indicado, sea que tengan solo potestad normativa de ejecución o una propiamente regulatoria<sup>27</sup>, el ejercicio de la potestad de emitir normas generales y abstractas, en tanto expresión de la potestad de supervisión, pasa de un ejercicio formal de dictación de enunciados normativos ajenos a la factibilidad de su cumplimiento y a las situaciones concretas de los regulados, a una vía idónea para elevar los cumplimientos a través de la adecuación basada en el diálogo regulatorio.

Del mismo modo, en este contexto es más factible que la Administración tenga mayor capacidad, de forma oficiosa o incluso a petición de parte, de anticipar problemas en la provisión de servicios públicos, relativos a la continuidad, la regularidad o el acceso sin discriminación, y de adoptar o guiar, de forma oportuna, sobre las medidas, que pueden tomarse en cada caso para eliminar o al menos reducir tales problemas.

En efecto, una perspectiva responsiva de la actividad de supervisión, tanto al normar como al fiscalizar, ofrece a los regulados incentivos para suministrar información cierta, precisa y oportuna a la autoridad, así como para requerir ayuda cuando sea necesario, al no temer que la primera y acaso única medida que tomará aquella sea el iniciar un procedimiento sancionador.

Tal modalidad de la actividad de supervisión parte de asumir que lo más importante para los usuarios de servicios públicos, lo mismo que para los usuarios de cualquier otra acción económica sujeta a regulación, es tener acceso y disfrutar del servicio, es decir, que se haga lo necesario para que sus derechos no se afecten. En ello reside su interés, más que en ser resarcidos por fallas en la prestación o que se sancione al respectivo proveedor por incumplir con sus obligaciones jurídicas.

Justo por lo recién señalado, entendemos que la responsividad no está reñida ni supone un rechazo al principio de legalidad o juridicidad, sino una invitación a comprender tanto desde la autoridad supervisora como desde las autoridades judiciales de resolución de controversias, que la regulación es un instrumento para definir potestades, derechos, obligaciones y deberes de quienes actúan en sectores regulados, pero también para gestionar y tutelar el interés público.

<sup>26</sup> SOTO 2016, 195 y 196.

<sup>27</sup> Distinción relevante para el caso chileno, en atención a lo expuesto en ARANCIBIA 2016, 277 y 278.

En tal sentido, siempre que no sea contraria o extra-regulación una determinada opción, deberá preferirse una interpretación o conducta que permita asegurar el acceso al servicio, el cumplir una carga de servicio público o ponerse al día con una exigencia técnica de regularidad, aunque no sea la estrictamente ajustada a la normativa aplicable, que cualquier otra que sí cumpla con esto último, pero descuide o difiera la solución de fondo del interés público en juego.

## 2. La identificación de riesgos

La ya referida *Guía de la OCDE* identifica como tercer criterio el “enfoque de riesgo y proporcionalidad”, el cual plantea superar la situación que presentan diversos ordenamientos en los cuales “el lenguaje jurídico y/o la interpretación de las normas hace difícil emplear adecuadamente el enfoque de riesgo, ya que se entiende que cada norma debe hacerse cumplir completamente, sin posibilidad de discreción sobre dónde hacerlo y qué respuestas esperar”<sup>28</sup>.

Si se acepta que es tarea central de la actividad regulatoria de la Administración en el mundo actual la identificación, en los diferentes sectores regulados –uno de ellos, el de servicios públicos–, de acciones peligrosas y acciones riesgosas, y al interior de estas, las distinción entre las que son tolerables de las que no lo son, entonces de inmediato hay que reconocer que la autoridad no puede sola, de forma unilateral y centralizada, cumplir con esa labor, y que debe ajustar sus potestades y formas de actuación para lograr ese cometido con el apoyo de otros actores.

En tal sentido, para la OCDE es indispensable, si de desplegar una actividad de identificación de riesgos se trata, que:

la legislación (...) permita, de manera clara y explícita, la selectividad en las acciones de inspección (y que no requieran un control universal) y la diferencia en las respuestas sobre cómo hacer cumplir la regulación (permitiendo la adaptación a las circunstancias y la proporcionalidad, siempre y cuando los criterios sean claros)<sup>29</sup>.

Para profundizar en el punto, señala la fuente consultada que “...es incluso mejor si la legislación no sólo permite, sino que exige el uso de enfoques basados en riesgos”, por cuanto “la evidencia sugiere que muchas entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas son reticentes a reducir sus potestades discrecionales resistiéndose al empleo de enfoques basados en riesgos”, ya que estos “reemplazan la discreción ilimitada” de los funcionarios “por criterios claros para la focalización y reacción”<sup>30</sup>.

De nuevo, es la realidad la que debe guiar tanto al legislador como a la propia Administración al definir cómo desarrollar las potestades que hacen

<sup>28</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>29</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>30</sup> Subcriterio 3.1.

posible la actividad de regulación, pues como bien afirma la OCDE "...la evidencia señala que no es posible que las inspecciones abarquen de manera efectiva todo el universo y de que las decisiones acerca sobre cómo hacer cumplir las normas se toman con algún grado de discreción"<sup>31</sup>.

Sin embargo, como se ha destacado en la doctrina nacional<sup>32</sup>, tal comprensión de la supervisión de acciones sujetas a regulación, en particular las de oferta de servicios públicos, exige que haya una nueva lectura de los roles de la Administración y de los proveedores privados, de modo que ambos protagonicen, con diferentes tareas, el proceso regulatorio.

Es a partir de esa mirada innovadora entre los sujetos de la relación jurídico-administrativa, que se entiende lo propuesto por la *Guía* OCDE, en cuanto a la necesidad de que las fuentes formales no dificulten el desarrollo de estrategias basadas en riesgos que permiten a las autoridades migrar de una supervisión arbitrariamente selectiva (por falta de tiempo y de recursos) a una selectividad discrecional basada en los riesgos detectados en cada caso<sup>33</sup>.

Esto en la medida que el foco del ejercicio de la discrecionalidad y las restantes potestades pasaría de buscar el control y la creación de supuestos generadores de incumplimientos, a la identificación, con la participación de los regulados, de fallas, debilidades y oportunidades, y la adopción de respuestas proporcionales, idóneas para reducir esas situaciones y elevar el grado de cumplimiento de quienes desarrollan las acciones sujetas a regulación.

Resulta lógico, así, que figure en la *Guía* OCDE como subcriterio vinculado a la actividad de supervisión de riesgos, la recomendación de que las inspecciones se ejecuten proactivamente, de manera focalizada según el nivel de riesgo de cada sujeto regulado, teniendo en cuenta los reclamos y los resultados de inspecciones precedentes<sup>34</sup>.

Del mismo modo, que el criterio 10 de la *Guía* OCDE destaque la importancia de promover el cumplimiento de las obligaciones, deberes y garantías previstas en la legislación y normativa sublegal que rigen las acciones calificadas como servicios públicos o de interés público.

Lo anterior supone avanzar de rol institucional más bien pasivo frente a las fallas de los proveedores que son esperadas para actuar con propósito sancionador, hacia un rol de "promoción y el apoyo al cumplimiento de las normas" por parte de los organismos supervisores. Para ello, estos últimos deben abandonar "un enfoque en el que 'todos deben conocer la ley' o que las actividades de orientación y acompañamiento deben ser hechas por consultores privados"<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Subcriterio 3.1.

<sup>32</sup> ARANCIBIA 2016, 286.

<sup>33</sup> Subcriterio 3.3.

<sup>34</sup> Subcriterio 3.3.

<sup>35</sup> Subcriterio 10.1.

Contra esa forma de concebir la actividad administrativa de supervisión, la OCDE recomienda asumir que la “promoción y el apoyo al cumplimiento debe ser una prioridad y una función clave en las organizaciones de inspección y de promoción del cumplimiento lo que debe estar establecido en la legislación y en las atribuciones de estas diferentes organizaciones”. Y para cumplir con esta meta “se deben asignar recursos significativos para desarrollar y difundir consejería e información en favor de los administrados”<sup>36</sup>.

### 3. La garantía del bien común

Si de acuerdo con el artículo primero, inciso tercero, de la vigente Constitución, la garantía del bien común consiste, tanto para el Estado como para los particulares, en “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, el ejercicio de las potestades administrativas respecto de acciones que se encuentran reguladas tiene la mayor relevancia para el cumplimiento de esa garantía.

En particular, y tomando como base lo ya señalado en diferentes estudios sobre la evolución de la clásica actividad de policía a la más amplia y realista actividad de garantía, cabe señalar que en el ámbito de la provisión de servicios públicos el rol de la Administración debe ampliarse para disponer de las formas y medios para asegurar en forma directa esa provisión, pero también para lograr ese fin cuando son privados, en ejercicio de derechos propios, quienes la realizan.

Más aun, y considerando que la tendencia creciente es a que la provisión por privados de servicios públicos sea la regla y no la excepción, es insuficiente de cara a la garantía del bien común reducir las potestades de la Administración a las que tradicionalmente se le han atribuido para realizar la actividad de policía, entre otras razones porque no consideran técnicas para desarrollar el diálogo regulatorio ni el uso de fórmulas de colaboración público-privada.

Por ejemplo, y de acuerdo con Esteve<sup>37</sup>, a las típicas potestades de cumplimiento de obligaciones de servicio público y las de control de tarifas, transferencias e interconexiones, es indispensable atribuir otro tipo de potestades, por ejemplo, de desagregación de acciones prestacionales, de inspección de prestaciones liberalizadas y para fijar condiciones y exigencias que aseguren la atención de intereses públicos (llamadas por el autor, potestades habilitantes”).

En el derecho nacional, Arancibia ha señalado, en armonía con la supervisión basada en riesgos, que los organismos supervisores han de estar habilitados para ejercer, junto a otras más usuales, potestades de vigilancia focalizada, potestades colaborativas y potestades preventivas.

<sup>36</sup> Subcriterio 10.1.

<sup>37</sup> ESTEVE 2015, 73 y 74

Las primeras serían todas aquellas que consisten en poderes limitados requeridos por la autoridad para identificar de forma específica “los aspectos riesgosos de las empresas” y generar respuestas “de intensidad proporcional al nivel de riesgo e impacto de estas”. Las segundas tienen que ver con poderes cuyo objeto es “permitir un trabajo conjunto del fiscalizador y de la empresa en la matriz de riesgo individual y en la propuesta de políticas y medidas de mitigación”. Las terceras, por último, “procuran evitar las infracciones, los ilícitos, y cumplir los objetivos regulatorios, asegurando que las sancionadoras sean la última opción”<sup>38</sup>.

Otras fuentes consultadas<sup>39</sup> argumentan en el mismo sentido, por ejemplo, al señalar que siendo fines de la fiscalización hecha por organismos supervisores la prevención, la instrucción y la información, es conveniente potenciar la policía preventiva frente al protagonismo que puede llegar a tener la policía represiva<sup>40</sup>, teniendo especialmente en cuenta la presunción de veracidad que existe a favor de los hechos fiscalizados<sup>41</sup>.

Asimismo, para no violar derechos de los particulares interesados, pero también para contribuir a elevar el nivel de cumplimientos por los proveedores de servicios públicos de sus obligaciones, es esencial que en la regulación y la fiscalización no se consideren vías para sancionar o agravar la situación de los proveedores, sino como instrumentos idóneos para garantizar que estos últimos se ajusten a la regulación y satisfagan las necesidades primordiales de las personas.

De este modo, en materia de servicios públicos y demás sectores regulados, deben estar muy bien diferenciados los procedimientos de fiscalización o de inspección de naturaleza preventiva, de los procedimientos para la imposición de sanciones<sup>42</sup>, y juzgar contrario a derecho que los primeros muten en su objeto, pasando de medio para supervisar a medio para castigar.

En efecto, al ejercer potestades de fiscalización en garantía del bien común, la finalidad inicial de los organismos supervisores debe ser conocer

<sup>38</sup> Tal entendimiento de las potestades de los organismos supervisores se expone en ARANCIBIA 2016, 268.

<sup>39</sup> FLORES 2014, 264-267.

<sup>40</sup> FLORES 2014, 272.

<sup>41</sup> FLORES 2014, 278-279.

<sup>42</sup> Para evitar lo señalado por Vinet: “A nuestro juicio, el procedimiento administrativo que subyace a la acción judicial en comento resulta de especial interés, por cuanto se encuentra reglado en cada una de sus etapas, incluso desde la fiscalización, que antecede a la eventual sanción. Así, si bien se trata de un procedimiento sancionatorio, tiene integrada una fase de fiscalización, oportunidad en la que se recopilará la mayoría de la evidencia que servirá de base a la imputación y eventual sanción. En nuestra opinión, esto último resulta llamativo y nos lleva a analizar si acaso esta fórmula procedimental conjuga adecuadamente las garantías de un debido proceso, especialmente en lo que respecta a la defensa del prestador inculpado y su real capacidad para examinar y controvertir la prueba, frente al rol que cumple el fiscalizador en esta materia y la anticipación probatoria que resulta de integrar la fiscalización como una etapa del procedimiento sancionatorio, cuestiones que pueden llegar a incidir grandemente en su resultado”. VINET 2022, 372.

con el mayor detalle la situación de cada proveedor, identificar fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas (riesgos), para, según lo constatado, instruir al particular sobre qué acciones y compromisos debe asumir, bajo advertencia de sanción, para eliminar debilidades y reducir amenazas, sobre todo las que afecten la continuidad, regularidad y acceso sin discriminación a las prestaciones.

De allí que se sostenga al respecto que:

(...) debe dejarse de lado una perspectiva de operatividad de este sistema basado en una visión regular y tradicional –segura podría agregarse–, para dar pie a una instrumentación jurídica caracterizada por medios ágiles de respuesta, que tutelen al mismo tiempo tanto los derechos de las personas como la actividad económica y los intereses generales<sup>43</sup>.

Y, a través de tales medios, lograr un trabajo conjunto, cooperativo, entre fiscalizador y fiscalizado, en beneficio de los usuarios del servicio.

Todo lo anterior, por cierto, también encuentra respaldo en la *Guía OCDE* referida antes, cuyo subcriterio 12.1 “Poniendo los pies sobre la tierra” plantea la necesidad de evaluar los resultados, esto es, la eficacia de la supervisión y fiscalización de los organismos administrativos en lograr el cumplimiento (satisfacción) de los objetivos de interés público y bien común.

Según la OCDE, la medición regular del desempeño de las autoridades administrativas que están obligadas por ley a promover los cumplimientos y efectuar inspecciones, en cuanto a su eficiencia, efectividad y satisfacción de metas y objetivos, en modo alguno se reduce a verificar cuántos procedimientos sancionadores han instruido y cuántas sanciones han dictado y ejecutado.

Tal medición, más bien y sin perjuicio de lo anterior, implica la utilización “de una variedad de medios (encuestas, estadísticas oficiales, observaciones directas, evaluaciones de expertos, consultas, etc.)” mediante los cuales “debe hacerse un seguimiento regular de los indicadores clave de desempeño: satisfacción y confianza (entre los sujetos regulados, ciudadanos, consumidores, etc.), eficiencia (costos en términos presupuestarios, cargas a los sujetos regulados) y efectividad (salud, seguridad, protección ambiental, etc.)”<sup>44</sup>.

En tal sentido, al analizar el asunto jurídicamente, antes de concluir que el mal funcionamiento de la supervisión de servicios públicos u otras acciones reguladas tiene que ver con una insuficiente actividad sancionadora, la falta de potestades de control y sanción más intensas, o la incapacidad disuasiva de las sanciones en vigor, se debe verificar si se aplican medidas como las referidas con anterioridad, y qué información arrojan esas mediciones sobre

<sup>43</sup> ROJAS 2019a, 82; y ROJAS 2014, 139-144.

<sup>44</sup> Subcriterio 12.1.

las acciones adoptadas para ayudar a los particulares a mantener o elevar sus cumplimientos y reducir riesgos e incumplimientos.

Tal y como la OCDE lo advierte, “la recolección de datos implica retos y costos significativos” para las autoridades, pero solo a partir de esos datos es que puede evaluarse cómo optimizar el funcionamiento de la institucionalidad a través del ejercicio de una variedad de potestades, entre ellas las preventivas y las colaborativas<sup>45</sup>.

A continuación, se identificarán algunas potestades que la legislación vigente atribuye a algunos organismos supervisores de servicios públicos proveídos por privados en Chile, las cuales pueden permitir, en los respectivos sectores, una ampliación de las técnicas de supervisión, a partir de las ideas estudiadas en esta sección.

### III. Potestades atribuidas en Chile a organismos de supervisión de servicios públicos en las áreas de energía eléctrica, servicios sanitarios y telecomunicaciones

Lo primero que cabe preguntarse, a partir de lo expuesto en la sección previa, es si la legislación en vigor que atribuye potestades de fiscalización y sanción a los organismos que supervisan la prestación de servicios públicos en las áreas de energía eléctrica, gas, servicios sanitarios y telecomunicaciones, admite una reorientación del rol de tales organismos, que les permita actuar de forma responsiva, identificando riesgos y elevando la garantía del bien común.

En tal sentido, conviene tener en cuenta dos advertencias hechas por la doctrina nacional acerca de la aplicabilidad de la perspectiva aquí defendida. La primera señala que la Constitución vigente no permite reconocer a los supervisores la condición de reguladores que tienen sus pares en Reino Unido y en los Estados Unidos de América, pues mientras en estos dos casos los organismos de supervisión completan la regulación legal mediante normativas sublegales e interpretaciones, en Chile solo están habilitados para vigilar y fiscalizar la regulación “legal”<sup>46</sup>.

La segunda, por su parte, plantea que las medidas derivadas de aplicar la supervisión basada en riesgos deben estar contenidas en instrucciones administrativas, las cuales, en observancia del principio de reserva legal, no pueden crear potestades no previstas en la legislación, ni tampoco pueden desviar, extender u omitir las que sí lo están<sup>47</sup>.

Ahora bien, tras analizar la legislación que rige el funcionamiento de los organismos que ejercen la supervisión en materia de energía eléctrica y gas, de servicios sanitarios y de telecomunicaciones, en particular respecto de

<sup>45</sup> Subcriterio 12.1.

<sup>46</sup> ARANCIBIA 2016, 278.

<sup>47</sup> ARANCIBIA 2016, 278 y 279.

las prestaciones que en cada uno de esos sectores están calificadas por ley como servicio público, se pudo constatar, sin perjuicio de futuras reformas, que en ella se hallan bases suficientes para ejercer una supervisión responsiva, orientada a la identificación y reducción de riesgos y a la garantía del bien común.

En concreto, se identificaron las potestades que atribuyen a dichos organismos la Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en lo que sigue Ley N° 18.410), la Ley N° 18.902. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante, Ley N° 18.902), el Decreto Ley N° 1.762. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y organiza la Dirección Superior de las Telecomunicaciones del País (en lo que sigue, DL N° 1.762) y la Ley N° 18.168. General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, Ley N° 18.168)<sup>48</sup>.

A continuación, se presenta una relación sintética de las potestades identificadas, a fin de mostrar en la última parte de este trabajo la idoneidad de muchas de ellas para ser interpretadas y aplicadas a la luz del derecho responsivo.

#### 1. Potestades de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)

En el caso de la SEC, el artículo 2 de la Ley N° 18.410 establece que el objeto de esta será:

(...) fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas.

De acuerdo con dicho objeto, junto a potestades para iniciar procedimientos sancionatorios<sup>49</sup>, resolver controversias entre proveedores y usuarios<sup>50</sup> y aplicar sanciones en casos de incumplimientos<sup>51</sup>, la Ley N° 18.410 le atribuye otras potestades más que pueden ser utilizadas de forma responsiva, para prevenir y reducir riesgos, y para contribuir a la garantía del bien común, esto es, para asegurar la continuidad, la regularidad y el acceso sin discriminación.

Cabe indicar, en ese sentido, que según la Ley N° 18.410 la SEC tiene competencia para fiscalizar y supervigilar la legislación aplicable en el sector, pero también las disposiciones reglamentarias y normas técnicas exigibles a

<sup>48</sup> Limitamos el estudio a las fuentes legales, primero, porque solo mediante ley formal se pueden atribuir potestades a la Administración, y segundo, porque el interés del presente trabajo se limita a conocer cuáles son las potestades que la legislación vigente atribuye a las autoridades supervisoras, quedando para un análisis ulterior el examinar cómo los reglamentos y otras normativas en cada sector precisan el ejercicio de dichas potestades.

<sup>49</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3 N° 23.

<sup>50</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 17 y 18.

<sup>51</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 10 y 33, 12.

quienes operen en él, por lo cual le asigna competencias para participar en la elaboración de reglamentos<sup>52</sup>, para dictar normas técnicas en ciertas materias<sup>53</sup> y para dar impulso a lo que podría ser un supuesto de autorregulación regulada en el sector<sup>54</sup>.

Asimismo, la Ley examinada le atribuye a la SEC competencia para interpretar la normativa que rige en el sector<sup>55</sup>, para recibir comunicaciones<sup>56</sup> y solicitar informaciones a los supervisados<sup>57</sup>; también para efectuar fiscalizaciones e inspecciones preventivas<sup>58</sup> y, en refuerzo de esto último, autorizar y contratar a particulares para que colaboren con dicho organismo en el cumplimiento de sus tareas técnicas de supervisión<sup>59</sup>.

Por último, la SEC puede con base en la Ley N° 18.410 adoptar medidas que reduzcan o eliminen situaciones de riesgo o peligro tanto para los usuarios como para los proveedores<sup>60</sup>, e incluso asumir de forma transitoria la acción prestacional ante la incapacidad de algún proveedor para asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio al servicio<sup>61</sup>.

## 2. Potestades de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley N° 18.902, la SISS tiene por objeto “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”.

Según el objeto indicado, el artículo 4 del referido texto legal atribuye en sus diferentes literales a la SISS un cúmulo de potestades, entre las que están la de aplicar sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en la normativa del sector<sup>62</sup>, junto a otras de relevancia directa para el análisis que aquí desarrollamos.

Con base en dicho artículo, la SISS tiene potestad para dictar instrucciones, órdenes y resoluciones relativas a los servicios y acciones sujetas a su supervisión<sup>63</sup>, y para interpretar la legislación, la reglamentación y restante normativa aplicable en el sector, incluida la dictada por ella<sup>64</sup>.

<sup>52</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 33.

<sup>53</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 34, 36 y 37.

<sup>54</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 35.

<sup>55</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 34.

<sup>56</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 8 y 21.

<sup>57</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 13 y 21.

<sup>58</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 13, 24, 25 y 38.

<sup>59</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 14.

<sup>60</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 22 y 36.

<sup>61</sup> Ley N° 18.410, de 1985. Art. 3, N° 5.

<sup>62</sup> Sanciones previstas en el Título III de la Ley N° 18.410, de 1985.

<sup>63</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. a y c.

<sup>64</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. c.

También tiene potestad para proponer la adopción de normas técnicas<sup>65</sup>, requerir informaciones a los supervisados<sup>66</sup>, elaborar informes<sup>67</sup> y resolver controversias entre proveedores y usuarios surgidas por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector<sup>68</sup>.

En lo relativo a la fiscalización de los supervisados, la SISS tiene potestad para celebrar contratos<sup>69</sup> y efectuar inspecciones<sup>70</sup>, así como de asumir de forma temporal la prestación<sup>71</sup>. Como se alegará en la última sección de este trabajo, se trata de poderes jurídicos cuyo fin primario podría ser el contribuir a elevar el nivel de cumplimiento de los proveedores de las exigencias de continuidad, regularidad y acceso sin discriminación a los servicios sanitarios.

### 3. Potestades del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL):

En el caso del Ministerio de Transporte (MT), encontramos que el artículo 4 del Decreto Ley N° 1.762 atribuye a dicho organismo de la Administración central nacional la potestad de "adoptar todas las medidas técnicas normativas necesarias para orientar, controlar, dirigir, coordinar, fomentar, desarrollar, estructurar y organizar las Telecomunicaciones del país".

De seguidas, el artículo 6 del mismo Decreto Ley le atribuye potestades para, además de sancionar los incumplimientos<sup>72</sup>, gestionar el espectro radioeléctrico<sup>73</sup>, dictar normas técnicas<sup>74</sup>, interpretar y ejecutar las normas que integran la regulación del sector<sup>75</sup>, supervisar el cumplimiento de la normativa interna e internacional que regula la materia<sup>76</sup>– y requerir informaciones a autoridades y particulares sujetos a su supervisión<sup>77</sup>.

Por su parte, la SUBTEL tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 7 del DL N° 1.762

(...) conocer y resolver acerca de las materias de carácter técnico relativas a las telecomunicaciones (...) En el ejercicio de estas facultades el Subsecretario podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias y aplicar las sanciones, administrativas que se establezcan en la legislación respectiva.

<sup>65</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. b.

<sup>66</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. k.

<sup>67</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. j.

<sup>68</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. i.

<sup>69</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. h.

<sup>70</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 2.

<sup>71</sup> Ley N° 18.902, de 1990. Art. 4, lit. f.

<sup>72</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. l.

<sup>73</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. f.

<sup>74</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. g y art. 7, Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>75</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. e.

<sup>76</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. c.

<sup>77</sup> Decreto Ley N° 1.762 de 1977. Art. 6, lit. k.

A partir de ese objeto, por demás amplio, la Ley N° 18.168 le asigna diferentes potestades que pasamos a identificar de inmediato. Le asigna poderes normativos<sup>78</sup>, de interpretación y aplicación de la normativa que rigen en la materia<sup>79</sup>, para sancionar<sup>80</sup> y para suspender la acción prestacional de quienes incumplan con sus obligaciones, cargas y deberes conforme a la regulación del sector<sup>81</sup>.

También le asigna potestad para requerir información<sup>82</sup>, para participar o decidir en el otorgamiento de autorizaciones y concesiones<sup>83</sup>, para fiscalizar, inspeccionar e instruir<sup>84</sup>, para conocer y resolver de reclamos presentados por usuarios<sup>85</sup>; asimismo, para evaluar el estado de cumplimiento de las concesiones<sup>86</sup>, y para identificar y reducir riesgos de los proveedores<sup>87</sup>.

Además, la SUBTEL tiene potestad para contratar con mira a fortalecer sus tareas de supervisión<sup>88</sup>, para adoptar medidas para asegurar la continuidad del servicio a expensas del proveedor<sup>89</sup> y para asumir temporalmente, si fuera necesario, la provisión del servicio público respectivo de resultar declarada la caducidad de la concesión<sup>90</sup>.

La relación de potestades atribuidas por ley a la SEC, la SISS, al MT y a la SUBTEL según el análisis precedente, ofrece fundamento para formular algunas aseveraciones, a partir de las cuales evaluar en la última parte de este trabajo, en qué medida puede la actividad administrativa por ellas realizada ejecutarse de forma responsiva, previniendo riesgos y garantizando el bien común en cada uno de los sectores sujetos a su supervisión.

Primero, que el objeto de tales autoridades es supervisar y garantizar el cumplimiento de las fuentes jurídicas que rigen los sectores en que ellas operan; segundo, que disponen de poderes normativos para ejecutar, y en casos completar, los enunciados normativos legales y reglamentarios vigentes en cada sector; y tercero, que junto a potestades sancionatorias<sup>91</sup>, cuentan con una amplia variedad de otras potestades que pueden orientarse a la preven-

<sup>78</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 13 C, 16 bis, 24 y 25.

<sup>79</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7 y 34.

<sup>80</sup> Según el procedimiento dispuesto en el Título VII, con multas que podrán variar entre 100 y 10.000 UTM. Ver arts. 7, 24 I y 31 bis, Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>81</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 39.

<sup>82</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 22 y 37.

<sup>83</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 13 A, 13 C, 14, 15 y 16.

<sup>84</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7, 20 y 39 bis

<sup>85</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 24 K y 28 bis.

<sup>86</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 7 y 27.

<sup>87</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Arts. 28 y 39 A, c.

<sup>88</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 7.

<sup>89</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 28.

<sup>90</sup> Ley N° 18.168, de 1982. Art. 28.

<sup>91</sup> Otra discusión, en que no entramos aquí, es si la cuantía de las multas previstas en la actualidad es proporcional a la retribución que corresponda aplicar a los proveedores que incumplan sus obligaciones al prestar el servicio público.

ción y cooperación con los proveedores para elevar el grado de cumplimiento de obligaciones por parte de estos últimos.

Sobre la primera aseveración, puede interpretarse que el objeto de las autoridades supervisoras les exige limitarse a una estricta verificación formal del cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que las fuentes jurídicas vigentes establecen a los oferentes de los servicios públicos, o, en mejor sentido, que les impone utilizar dichas fuentes para procurar mediante acciones unilaterales y asociativas con los proveedores, una gestión continua, regular y con acceso no discriminatorio de los servicios públicos, combinando legalidad y eficacia en su acción administrativa<sup>92</sup>.

En efecto, mientras la primera interpretación del objeto reduce la actividad de la Administración a un mero custodio de normas jurídicas, desinteresado en los resultados efectivos de la acción prestacional de los oferentes de servicios públicos, la segunda, siguiendo a Veljanovski, amplía y reorienta las tareas y metas de la autoridad, al comprometerla con un uso instrumental y práctico de las normas jurídicas, interesado en la eficiencia y eficacia de su actuar y el de los supervisados<sup>93</sup>.

En cuanto a la segunda afirmación, es posible sostener, con observancia de la reserva legal prevista en la Constitución, que la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL disponen de poderes normativos para ejecutar, pero también para completar en materias específicas, los enunciados normativos legales y reglamentarios vigentes en cada sector, ya que sus leyes reguladoras no solo les habilitan a emitir instrucciones con fundamento en ellas y sus reglamentos, sino también a dictar normas técnicas.

En concreto, las potestades normativas serán de ejecución de las fuentes legales y reglamentarias en cada sector, cuando impliquen precisar a través de interpretaciones o de instrucciones el modo de cumplimiento o condiciones específicas que deben observar quienes operen en los diferentes sectores, en orden a asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio a los servicios.

Mientras que les permitirán completar esas fuentes, cuando les habiliten a producir normas técnicas que establezcan reglas, exigencias, pautas o prohibiciones que no están explícitamente en aquellas, pero que resultan indispensables para que las exigencias propias del servicio público como categoría jurídica puedan asegurarse, u otras que se precisen para garantizar derechos de los usuarios, derechos de otros proveedores o la adecuada supervisión de las autoridades.

Finalmente, la tercera aseveración se refiere a la factibilidad, en el estado actual de la legislación, de que las autoridades supervisoras orienten sus

<sup>92</sup> Según lo planteado por Alejandro Nieto en su conferencia "La reforma del Estado y de la Administración española" disponible en: <https://bit.ly/3ScuXmz>

<sup>93</sup> VELJANOVSKI 2006, 117.

potestades no sancionatorias al propósito de contribuir a mejorar la gestión de los proveedores, a prevenir mediante actuaciones oportunas y focalizadas la ocurrencia de incumplimientos y a impulsar y potenciar fórmulas colaborativas para garantizar el disfrute cierto de los servicios por los usuarios.

Como se pudo constatar en esta sección, la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL tienen atribuidas una serie de potestades, más allá de las estrictamente sancionatorias, que pueden utilizar con fines principalmente preventivos y cooperativos, de modo que a través de su ejercicio puedan incidir en la acción prestacional de los proveedores de modo que estos mantengan o eleven su grado de cumplimiento de las obligaciones y cargas que la normativa de cada sector les impone.

Al análisis más detenido de esta posibilidad, está dedicada la tercera y última parte de este estudio, que pasamos a desarrollar a continuación.

#### IV. Propuesta de interpretación de las potestades de los organismos de supervisión de servicios públicos desde la responsividad, el riesgo y la garantía del bien común

La adopción por la SEC de las ideas expuestas en la primera parte de este trabajo implicaría que sus tareas de fiscalización y supervigilancia, definitorias de su objeto, se reorientarían para alertar, colaborar y asesorar a los proveedores de servicios públicos en la detección de fallas, riesgos de incumplimientos o incumplimientos efectivos<sup>94</sup>, a fin de que puedan, en plazos razonables, ajustar y mejorar su desempeño.

Dado que la SEC es competente para participar en la elaboración de reglamentos y producir normas técnicas, y es responsable de hacer cumplir la legislación, los reglamentos y las normas técnicas aplicables en el sector, puede emplear las potestades que derivan de esas competencias para establecer, junto a exigencias y requerimientos técnicos, instancias y fórmulas para la entrega de información y el diálogo con los supervisados<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Según las propuestas planteadas por la OCDE en los Subcriterios 3 y 4 de la Guía,

<sup>95</sup> Contribuyendo con ello a dar respuesta, al menos parcial, a algunas de las problemáticas sobre la potestad normativa de los organismos supervisores identificadas en CAMACHO 2005, 430-432; y DÍAZ DE VALDÉS 2010, 264-267. Tales problemáticas tienen que ver, entre otras temáticas, con: 1) ausencia de fines claros en la legislación, 2) amplitud de las competencias otorgadas, 3) imprecisión o vaguedad en los motivos de derecho de los actos normativos, o fallas en la identificación de disposiciones, por estar derogadas o en artículos diferentes a los invocados, 4) exclusión de los actos normativos del control preventivo de legalidad de la Contraloría General de la República, 5) falta de certeza, publicidad y actualización de los actos normativos vigentes, 6) límites a la potestad de interpretar los actos normativos, 7) falta de definición sobre el tipo de acto que contiene las normas (si es una resolución, una instrucción o una circular), 8) ausencia de un procedimiento adecuado para la elaboración de los actos normativos, y 9) respeto a la reserva legal al producir normas e interpretarlas. En todo caso, los autores citados no cuestionan la atribución de esta potestad a los organismos administrativos, sino el modo en que lo hacen algunas leyes en vigor.

La incorporación de tales instancias o fórmulas (reuniones periódicas de seguimiento, auditorías, audiencias para presentación de propuestas, etc.) permitiría a los proveedores, a sabiendas de que las mismas no tienen un propósito sancionador sino correctivo, dar cuenta oportuna a la autoridad de problemas que esté enfrentando, entregar información útil para que la autoridad identifique riesgos no considerados por los proveedores, y que estos puedan presentarle programas de mejora en cumplimiento de obligaciones y cargas, desde la situación particular de cada caso<sup>96</sup>.

Además, la SEC tiene una potestad de relevancia según el análisis legislativo efectuado, a saber, la que le habilita a pronunciarse sobre los “reglamentos especiales de servicio” que las empresas concesionarias de servicio público sometan a su aprobación<sup>97</sup>. Estimamos que en ejercicio de esta podría impulsarse un supuesto de autorregulación regulada en el sector, por medio de la cual los proveedores definan, sujeto a la aprobación de la SEC, algunas de las condiciones en que cumplirán en particular con las exigencias de regularidad en la provisión del servicio<sup>98</sup>.

También las potestades para otorgar concesiones<sup>99</sup> e interpretar la normativa que rige el sector, recibir comunicaciones y solicitar informaciones a los supervisados, pueden usarse para proveer certeza en el entendimiento y aplicación de las fuentes<sup>100</sup>, para fortalecer la capacidad de la SEC de identificar riesgos<sup>101</sup> y focalizar<sup>102</sup>, esto es, ajustar a cada proveedor, el diagnóstico y propuesta de mejoras para el cumplimiento más eficaz de las exigencias previstas en las fuentes.

Las fiscalizaciones e inspecciones podrían, en general, orientarse a la prevención, esto es, a detectar riesgos, advertir fallas, potenciar cumplimientos y evitar que, por temor a sanciones, no se informe oportunamente a la autoridad sobre problemáticas actuales o potenciales<sup>103</sup>.

Esa actividad puede desarrollarla la SEC de forma directa o a través de particulares que autorice o contrate –por lo remoto de la ubicación del proveedor, la complejidad técnica de algunos casos o una exigencia mayor de asistencia–, lo que constituye un supuesto de delegación de una función pú-

<sup>96</sup> De acuerdo con lo propuesto por DE LA CUÉTARA 2006, 18-20.

<sup>97</sup> Se trata de la atribución por la legislación a particulares de una potestad para normar, en aspectos técnicos, parte de su acción prestacional sujeta a calificación de servicio público, sujeta a la aprobación de la autoridad supervisora.

<sup>98</sup> Teniendo en consideración, sobre todo para lo concerniente a las “calidades especiales del servicio”, lo expuesto en VERGARA 2018b, 354-366.

<sup>99</sup> Dictamen CGR N° 70399 de 2021.

<sup>100</sup> Y así evitar que se conviertan en vías para afectar o lesionar la situación jurídica de los particulares, como se advierte en GUZMÁN 2019, 56 y 57.

<sup>101</sup> Siguiendo las etapas propuestas en ESTEVE 2021, 42-43.

<sup>102</sup> De acuerdo con los Subcriterios 3.1 y 3.3 de la Guía OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones.

<sup>103</sup> Como se plantea en ROJAS 2019a, 35-36.

blica a un agente privado especializado<sup>104</sup>, para ejercer una supervisión con fines primariamente preventivos y de cumplimiento, en lugar de sancionadores.

En fin, la SEC puede definir y actualizar en instrucciones, oficios u otros actos idóneos para ello, las medidas que, en cumplimiento de la Ley N° 18.410, adopta o podría adoptar, según los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad<sup>105</sup>, para corregir las deficiencias en el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas cuya supervigilancia le corresponde.

Lo mismo cabe señalar respecto de las medidas que, de forma transitoria, adopte sobre la acción prestacional de los proveedores de servicios públicos para garantizar la seguridad del público, el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos, y que pueden tener el auxilio de la fuerza pública en su ejecución.

En lugar de que cualquiera de estas medidas, de eminente naturaleza discrecional<sup>106</sup>, se adopten en el trámite de un procedimiento sancionador<sup>107</sup>, o de forma reactiva, ante situaciones en que ya estén comprometidas la continuidad, la regularidad o el acceso, la interpretación propuesta apunta a que se usen en refuerzo de los fines preventivos y de garantía del bien común que las potestades ya analizadas también podrían tener, de modo que sean, cuando haya lugar a su adopción, medidas de auxilio antes de que de castigo para los proveedores<sup>108</sup>.

Incluso, cuando la SEC resuelva los reclamos hechos por, entre o en contra de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas, de gas y de combustibles líquidos, podría en su resolución definitiva, junto a las sanciones que procedan, ordenar al proveedor infractor a que adopte medidas, con el respaldo y supervisión regular de la SEC, para evitar incumplimientos futuros en perjuicio de los usuarios<sup>109</sup>.

También, por último, la potestad de asumir de forma transitoria la acción prestacional ante la falla de algún proveedor en asegurar la continuidad, regularidad y acceso no discriminatorio al servicio, ha de concebirse en beneficio de los usuarios, es decir, como una medida extraordinaria que busca

<sup>104</sup> De forma similar a la que realizan los Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC), lo cuales, si bien están previstos en la legislación sectorial, están integrados y dirigidos por los particulares que proveen los servicios. Ver MARDONES 2014, 158-161.

<sup>105</sup> Según lo señalado en ESTEVE 2012, 197-199, a fin de evitar intervenciones regulatorias ineficientes e ineficaces, como las analizadas en EVANS 2004, 66-67.

<sup>106</sup> Pero no por ello arbitrarias, ni tampoco susceptibles de ser usadas de forma indiferente respecto de las consecuencias y efectos que se sigan de su aplicación, tal y como se advierte en MEILÁN 2013, 248.

<sup>107</sup> VERGARA 2018b, 317-319.

<sup>108</sup> Sobre la relevancia en materia de gestión de aguas de la colaboración de los supervisados con las autoridades de supervisión, todo ello susceptible de aplicación en materia de servicios públicos, ver ROJAS 2019a, 140-143

<sup>109</sup> Según López Villegas con FRONTEL S.A. (2022), considerandos décimo segundo y décimo cuarto, pero sin limitarse a lo indemnizatorio.

garantizar el bien común, sin perjuicio de la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador e incluso de que en este se acuerde la caducidad de la respectiva concesión<sup>110</sup>.

Aplicar las pautas precedentes, permitiría que la SEC de estar de forma prioritaria, si no exclusiva, inclinada a fiscalizar y supervigilar para ejercer coacción sancionatoria contra los proveedores en caso de detectar y constatar ilegalidades, a darle preeminencia a fiscalizar y supervigilar para contribuir a que los proveedores de servicios públicos sujetos a su competencia cumplan, entre otras, con las exigencias de continuidad, regularidad y acceso sin discriminación.

Similares razonamientos son aplicables a la actividad de supervisión de la SISS. En efecto, si su objeto es fiscalizar y hacer cumplir las normas relativas a servicios sanitarios, así como controlar los residuos líquidos industriales vinculados con prestaciones o servicios de empresas sanitarias, el primer paso es reorientar el sentido y propósito primario de esas tareas.

Así, las potestades de la SISS para dictar instrucciones<sup>111</sup>, órdenes y resoluciones relativas a los servicios y acciones sujetas a su supervisión, podrían utilizarse, al abordar aspectos organizativos internos del servicio, para asumir técnicas, fórmulas y actuaciones que potencien las intervenciones preventivas, correctivas y responsivas del organismo. Tales actos se convertirían para los oferentes en insumos de obligatoria observancia para optimizar la gestión del respectivo servicio público.

Del mismo modo, su potestad para interpretar la legislación, la reglamentación y restante normativa aplicable en el sector, incluida la dictada por ella, que en ningún caso se podría emplear para una ampliación de sus potestades<sup>112</sup>, podría, al igual que en el caso de la SEC, ser idónea para aclarar el sentido y la forma de cumplimiento apropiado de esas fuentes, evitar incumplimientos y solicitar de forma oportuna el auxilio de la SISS ante posibles fallas o problemas en el servicio<sup>113</sup>.

En cuanto a la potestad de proponer normas y la de dictar normas de la SISS, se reitera lo indicado al abordar el mismo tema en el caso de la SEC, es decir, pueden utilizarse, desde una perspectiva responsiva, reductora de riegos y garante del bien común, como instrumentos para fijar exigencias técnicas razonables, proporcionales, necesarias y factibles<sup>114</sup>, pero también

<sup>110</sup> A fin de asegurar, más allá de la responsabilidad personal del proveedor, la continuidad del servicio, de acuerdo con lo expuesto en VERGARA 2018, 366-375.

<sup>111</sup> Sobre la figura en Chile, ver CORDERO 2010, 32; sobre su uso desde una perspectiva preventiva y garante, ver ESTEVE 2021, 74-76.

<sup>112</sup> Tal y como se advierte en ARÓSTICA 2006, 152-155.

<sup>113</sup> Teniendo muy presente lo advertido en VERGARA 2020, 103, sobre la imposibilidad de "producir cambios en la regulación sectorial" al ejercer esta potestad.

<sup>114</sup> Para lo cual deben adoptar siempre una perspectiva realista de las situaciones concretas de los proveedores de los servicios, tal y como se plantea en RODRÍGUEZ 2013, 28.

para crear instancias y fórmulas para entrega de información y diálogo con los supervisados<sup>115</sup>.

La SISS, además, al ejercer sus potestades de requerimiento de informaciones a los supervisados, de elaboración de informes y resolución de controversias entre proveedores y usuarios por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector, puede poner en práctica la perspectiva responsiva y de identificación de riesgos, por ejemplo, al usar la primera sin estar en curso un procedimiento sancionador y sin que tenga por finalidad iniciar uno<sup>116</sup>.

En efecto, ese requerimiento podría establecerse en instrucciones que faciliten su aplicación regular y también especial, ante situaciones que pueda enfrentar el proveedor de algún servicio y amerite que se entregue información adicional a la ordinaria<sup>117</sup>. Los informes de la SISS podrían emplearse para rendir cuentas, pero también como instrumentos para difundir tanto las interpretaciones como las recomendaciones de dicha autoridad para mejorar los cumplimientos, al modo en que la OCDE usa sus informes, para potenciar las buenas prácticas de sus Estados miembros<sup>118</sup>.

Sobre la potestad para resolver controversias entre proveedores y usuarios por el incumplimiento de las obligaciones y cargas previstas en la normativa del sector, vale lo ya indicado respecto de la SEC, es decir, constituye una oportunidad para que la SISS no solo sancione, sino que también prevenga futuros incumplimientos, al incorporar la orden de adoptar medidas que deben tener el debido acompañamiento institucional en su ejecución<sup>119</sup>.

En lo relativo a la fiscalización de los supervisados, la SISS tiene potestad para inspeccionar a los supervisados y para celebrar las convenciones que sean necesarias para el cumplimiento de los fines del Servicio. En cuanto a las inspecciones, la interpretación propuesta plantea que ellas pasen a tener un fin preventivo, de identificación de riesgos y fallas, para potenciar la

<sup>115</sup> Bajo las formalidades institucionales que se proponen en DE LA CUÉTARA 2006, 22-26.

<sup>116</sup> En cumplimiento de obligaciones de coordinación, según lo señalado en *ESSBÍO S.A. con SISS (2020)*, considerando vigésimo. Esta potestad, además, podría ser usada para prevenir diferentes problemáticas, como la analizada en su tiempo respecto de la fijación de las tarifas en *PERALTA 2006*, 160-161.

<sup>117</sup> No solo respecto de posibles fallas o incumplimientos, sino también respecto de planes de mejora para potenciar la regularidad o calidad en la provisión del respectivo servicio, como se explica en *ESTEVE 2021*, 189.

<sup>118</sup> "En tiempos en que el Estado, como respuesta a nuevos riesgos y demandas, ha impuesto numerosas y complejas regulaciones, resulta inadecuado asumir que las empresas o los ciudadanos se pueden informar por sí solos y entender lo que se espera de ellos sin ayuda. Más bien, la promoción y el apoyo al cumplimiento debe ser una prioridad y una función clave en las organizaciones de inspección y de promoción del cumplimiento". Subcriterio 10.1, Guía OCDE.

<sup>119</sup> Sustituyendo así el viejo debate analizado en *GARCÍA 2009*, 362-363 en torno al supuesto carácter "jurisdiccional" de los organismos supervisores, por el debate en torno a qué medidas de prevención podrían ellos adoptar al resolver en sede administrativa conflictos sometidos a su autoridad.

eficiencia y los cumplimientos, sin perjuicio de las que se deban aplicar en el marco de procedimientos sancionatorios<sup>120</sup>.

Con relación a la potestad de contratación, estimamos que también la SISS, como la SEC, podría delegar a través de una convención con un particular, al menos en los casos en que ello se justifique, la función pública de fiscalización, de modo que la ubicación, complejidad o requerimientos más regulares de auxilio en casos específicos, no impidan que la autoridad pueda garantizar de forma adecuada, al mayor nivel posible, los cumplimientos de sus supervisados<sup>121</sup>.

El mismo razonamiento vale para el ejercicio de la potestad de administrar de forma temporal la acción prestacional afectada, a expensas del infractor respectivo, que debe ejecutar a través de un administrador delegado designado “de entre las personas inscritas en el ‘Registro de Administradores Delegados Provisionales’”<sup>122</sup>.

Para finalizar el presente estudio, corresponde examinar en qué medida las potestades de índole no sancionatoria atribuidas por ley al MT y a la SUBTEL pueden ser ejercidas de forma responsiva, para eliminar riesgos intolerables y reducir los tolerables, y potenciar la garantía del bien común mediante la prestación de servicios públicos en el sector sujeto a su supervisión.

Por tratarse de autoridades vinculadas entre sí por los principios de competencia y de jerarquía<sup>123</sup>, procede efectuar una interpretación concordada entre las normas que atribuyen potestad normativa y potestad interpretativa al MT y a la SUBTEL, esto es, partir estableciendo que las normas dictadas por la SUBTEL, así como sus interpretaciones de las fuentes del sector, no pueden contradecir a las normas e interpretaciones dictadas por el MT en materias en que solo este último puede decidir.

Según lo anterior, las normas que el MT adopte para “orientar, controlar, dirigir, coordinar, fomentar, desarrollar, estructurar y organizar las telecomunicaciones”, así como “interpretar y ejecutar las normas que integran la regulación del sector, supervisar el cumplimiento de la normativa interna e internacional que regula la materia– y requerir informaciones a autoridades y particulares sujetos a su supervisión”, deben prevalecer, en caso de conflicto, sobre las que emita la SUBTEL, ello a efectos de evitar redundancias o incertidumbre regulatoria<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Y evitar de este modo lo alertado en VERGARA 2018a, 54 y 55.

<sup>121</sup> Teniendo en cuenta tanto las normativas y experiencias chilenas de delegación en particulares de funciones públicas, como lo expuesto al respecto en LAGUNA DE PAZ 2019, 103-112; y ESTEVE 2021, 117-118. Y evitar situaciones como las analizadas en Dictamen CGR N° 205654 de 2022.

<sup>122</sup> Las condiciones que deben cumplir estos delegados para formalizar su inscripción en el Registro que la SISS lleva a tal efecto, se encuentran en: <https://bit.ly/3RWOozr>

<sup>123</sup> Sobre estos principios de la organización administrativa, véase SOTO 2022, 543-597.

<sup>124</sup> Sobre las potestades de la SUBTEL para velar por el cumplimiento de la Ley N° 18.168 y de intereses públicos tutelados por otras fuentes formales –como la libre competencia–, ver el

Luego, al ejercer sus potestades normativas e interpretativas, el MT ya puede establecer reglas, mandatos y fórmulas para reforzar, con apoyo en la idea o principio de la buena administración<sup>125</sup>, las intervenciones preventivas y de la SUBTEL en la acción prestacional de los proveedores de servicios públicos, y las vías para que estos informen y pidan la asistencia de la autoridad supervisora, sin estar de partida bajo la amenaza de sanciones<sup>126</sup>.

Por su parte, la SUBTEL es la autoridad en la que recaen, según el DL N° 1.762 y la Ley N° 18.168, la mayoría de las potestades de fiscalización y supervisión que, en definitiva, pueden ser orientadas a fines responsivos, de prevención de riesgos y garantía, con el necesario respaldo y fundamento en las normas e interpretaciones que emita el MT según lo antes indicado.

Así, para cumplir con su objeto, se habilita a la SUBTEL para dictar ciertas normativas –en áreas específicas, no coincidentes con las atribuidas al MT<sup>127</sup>– y emitir algunas interpretaciones, que pueden ser utilizadas para potenciar el cumplimiento de la continuidad y la regularidad de los servicios, así como para eliminar o reducir problemas de acceso y disfrute de los mismos<sup>128</sup>.

Tales objetivos preventivos y de cumplimiento antes que sancionatorios, también los puede perseguir la SUBTEL al ejercer sus potestades para requerir información, para participar o decidir sobre el otorgamiento de autorizaciones y concesiones<sup>129</sup>, para fiscalizar, inspeccionar e instruir, y para conocer y resolver de reclamos presentados por usuarios.

En efecto, a través de esas actuaciones ella puede usar la información que reciba para instruir a los proveedores sobre las medidas y acciones que deben cumplir para ajustarse a las exigencias que imponen la continuidad, la regularidad y el acceso sin discriminación.

---

considerando vigésimo octavo de la sentencia *CONADECUS con Telefónica Mviles Chile S.A. y otros* (2018).

<sup>125</sup> Reconocida como derecho fundamental en el ordenamiento comunitario europeo, y que potencia la exigencia de fundamentación y precisión de la finalidad y objeto de las decisiones administrativas, prevista en la Ley N° 19.880, y en especial cuando son de naturaleza mayormente discrecional. Al respecto, véase RODRÍGUEZ 2012, 265.

<sup>126</sup> Para lo cual puede ser de utilidad considerar el modo en que, en materia financiera, la autoridad supervisora define líneas centrales en las que identifica prioridades de supervisión respecto de las obligaciones y cargas que la normativa sectorial impone a los regulados, según lo explicado en ROJAS 2019b, 128.

<sup>127</sup> En el caso del MT esta potestad está limitada a las materias previstas en los arts. 6, lit. g, del Decreto Ley N° 1.762 de 1977, y 7 de la Ley N° 18.168, de 1982, estando todas las restantes materias del sector bajo la potestad normativa de la SUBTEL.

<sup>128</sup> Potestades que suelen ejercerse desde la perspectiva del control/sanción en lugar de la orientada a la responsividad, la prevención y la garantía de cumplimientos, tal y como, en referencia general a la supervisión administrativa de acciones productivas reguladas, se demuestra en EVANS ESPIÑEIRA 2006, 123-124.

<sup>129</sup> Dictamen CGR N° 166083 de 2021.

También puede fijar condiciones específicas en los actos autorizatorios o concesionales que se dicten<sup>130</sup>, en atención al proveedor, al servicio y a los usuarios, para oportunamente reducir o detectar riesgos, promover auditorías de cumplimiento para evaluar el estado de cumplimiento de las concesiones<sup>131</sup>, y adoptar medidas para impedir la ocurrencia de nuevos incumplimientos cuando resuelve reclamos de usuarios de los servicios<sup>132</sup>.

Por otro lado, al igual que la SEC y la SISS, la SUBTEL tiene potestad para contratar a particulares para fortalecer sus tareas de supervisión, lo que le habilita a delegar de forma temporal el ejercicio de algunas de sus funciones públicas, en procura de mayor eficacia y cumplimiento de metas. Esta potestad es idónea para ampliar su capacidad de garantizar la calidad de los servicios, evitar o resolver conflictos entre proveedores, y asegurar a los usuarios el disfrute de sus derechos.

Finalmente, respecto de la potestad de la SUBTEL para, ante fallas imputables a los proveedores, adoptar medidas que aseguren la continuidad del servicio a expensas del proveedor, así como la de asumir temporalmente, si fuera necesario, la provisión del servicio público respectivo, una vez haya sido declarada la caducidad de la concesión, son manifestaciones explícitas de la lógica garante o subsidiaria que subyace a la legislación aplicable en Chile a los servicios públicos liberalizados, lo que en ningún caso significó el desentendimiento por la Administración de los intereses públicos que están comprometidos en esta materia.

## V. Conclusiones

Se ha afirmado en tiempos recientes que los organismos responsables de fiscalizar acciones sujetas a regulación, entre ellas la provisión de servicios públicos, no tienen capacidad institucional de impedir los incumplimientos de los fiscalizados y de sancionar de forma adecuada tales infracciones por un déficit de potestades que se lo permitan y debido a la intensidad de las garantías de que disfrutaban los particulares que realizan tales acciones.

No obstante, un examen de la legislación que rige en Chile el funcionamiento de organismos supervisores de servicios públicos como la SEC, la SISS, el MT y la SUBTEL permite constatar una situación diferente, caracterizada no por la falta o precariedad de potestades, sino por la falta de fines específicos al ejercer algunas de las atribuidas, y por la tendencia a cumplir un rol determinado por el paradigma regulatorio del control/sanción.

<sup>130</sup> Dictamen CGR N° 285114 de 2022.

<sup>131</sup> Para lo cual resulta indispensable atender a la propuesta de reforma organizativa de la SUBTEL para potenciar su naturaleza de organismo supervisor, regulador y garante de los servicios públicos de telecomunicaciones, expuesta en JARA 2022, 203-205.

<sup>132</sup> En atención a lo señalado en el considerando cuarto de la sentencia *Servicio Nacional del Consumidor con Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica Chillán Ltda* (2022).

Se propone una ampliación del entendimiento de ese rol, a fin de que además de asegurar la legalidad o juridicidad del actuar de los supervisados, desarrollen una gestión de los asuntos públicos preventiva, dialógica y cooperativa con los últimos, lo que implica pasar de una lógica del antagonismo entre supervisores y supervisados a una lógica de la sinergia entre dichos actores, procurando en última instancia beneficios para los usuarios.

Dicho tránsito se basa en asumir que la actividad de supervisión no debe reducirse al control y a la represión por incumplimientos legales, sino que antes debe ser responsiva, capaz de prevenir e identificar riesgos y eficaz al garantizar el bien común por medio de fórmulas de trabajo colaborativo y participativo con los supervisados.

### Bibliografía citada

- ASCÁRATE, Andrés (2023). El principio de subsidiariedad y las sanciones administrativas. En J. L. LARA e I. M. DE LA RIVA (Coord.), *El Principio de Subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, 407-423.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2023). El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (37), 5-31.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016). La supervisión basada en riesgos. Notas sobre su aplicación en Chile. En J. C. Ferrada, J. BERMÚDEZ y O. URRUTIA [Coord.]. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. (267-283). Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio. En J. ARANCIBIA MATTAR y P. ALARCÓN JAÑA [Coord.]. *Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo* (129-147). Editorial Thomson Reuters.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006). Los Dictámenes y la Interpretación de la Ley en sede administrativa. *Actualidad Jurídica* (14), 149-160.
- BIRCHMEIER, N. (2 de junio de 2023). El Mercurio. <https://bit.ly/46qNn75>.
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys (2005). La problemática de la potestad normativa de las superintendencias. En G. Bocksang y J. L. Lara [Coords.]. *Actas. XXXIV Jornadas de Derecho Público* (423-432). Lexis Nexis.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (1), 21-50.
- CORDERO VEGA, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). Elementos para la discusión de agencias independientes en Chile. El caso de las Superintendencias. *Anuario de Derecho Público*, 415-435.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (2006): El "diálogo regulatorio" como base para la confianza en la regulación. *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* 9 (27), 11-38.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico. *Estudios Constitucionales* 8 (1), 249-282.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2023). La eficiencia sancionadora en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En J. L. Lara e I. M. De La Riva (Coord.), *El Principio de Subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, 387-405.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2017). Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional. En J. Alvear e I. Covarrubias [Coord.], *Desafíos Constitucionales* (205-230). Tirant lo Blanch.
- ESTEVE PARDO, José (2021). *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.

- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2006). Control de constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 111-128.
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2004). Efectos de la regulación normativa en la industria eléctrica: Técnica legislativa. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), 61-67.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014): Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En J. Arancibia y P. Alarcón [Coord.], *Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, 263-281.
- GARCÍA, José Francisco (2009). ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Actualidad Jurídica* (19), 327-372.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2018). *La Constitución Económica Chilena*. Ediciones DER.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019). *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*. Thomson Reuters.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2005). El sistema de Derecho Administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica. *Revista de Derecho* 73 (217-218), 99-118.
- Jara Ahumada, Alberto (2022). Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 181-210.
- MARDONES OSORIO, Manuel y CARRASCO, Javier (2014). Los Centros de Despacho Económico de Carga como entidades que ejercen potestades públicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (18), 153-182.
- MEILÁN GIL, José Luis (2013). El Paradigma de la buena Administración. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (17), 233-257.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2010). Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). La reforma del Estado y de la Administración española. Instituto Nacional de Administración Pública INAP. <https://bit.ly/3ScuXmz>.
- NONET, Philippe y SELZNICK, Philip (2008). *Towards Responsive Law. Law & Society in Transition*. Routledge.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2019). Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones. *OECD Publishing*. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>
- PARDOW, Diego (9 de septiembre de 2019). Universidad de Chile. Noticias. <https://bit.ly/3sbTm0m>.
- PERALTA ANABALÓN, David (2006). Imperfecciones de la regulación de los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 157-166.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017): El servicio público en Chile. En P. Pierry, *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (6), 23-56.
- ROJAS CALDERÓN, Christian, FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 97-130.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2019a). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Ediciones DER.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2019b). Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF). Entre control y regulación de riesgos. En L. F. Moreno [Dir.] y L. A. Ortiz [Coord.], *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente* (117-131). Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2014). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Thomson Reuters.

- SOTO DELGADO, Pablo (2023). El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXVI (1), 183-204.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2022). *Derecho Administrativo. Principios, fundamentos y organización*. Thomson Reuters.
- UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (7 de enero de 2021). Universidad de Valparaíso. Noticias. <https://bit.ly/45qckOO>.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). El actual concepto de servicio público en el sentido funcional y su conexión con la responsabilidad y las sanciones administrativas. En I. Obando [Edit.], *La Actividad de Servicio Público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)* (107-119). Tirant lo Blanch
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). *Derecho de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2020). Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 85-118.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018a). *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Thomson Reuters.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018b). *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile.
- VINET VEGA, Javiera (2022). Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores privados de salud. Comentario del caso Bertoli García con Ministerio de Salud. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (36), 369-381.

## Normativa citada

- Decreto Ley N° 1.762 de 1977 [Ministerio de Transportes]. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y organiza la Dirección Superior de las Telecomunicaciones del País. 15 de abril de 1977. D. O. No. 29.747.
- Decreto N° 244 de 1931 [con fuerza de ley]. General de Servicios Eléctricos. 30 de mayo de 1931. D.O. No. 15.985 (Edición Especial). Reformada por Ley N° 21118. Modifica la Ley General de Servicios Eléctricos con el fin de incentivar el desarrollo de las generadoras residenciales. 17 de noviembre de 2018. D. O. No. 42.207.
- Decreto N° 323 de 1931 [con fuerza de ley]. Ley de Servicios de Gas. 30 de mayo de 1931. D. O. No. 15.985.
- Decreto N° 327 de 1998 [Ministerio de Minería]. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. 10 de septiembre de 1998. D. O. No. 36.162.
- Decreto N° 382 de 2014 [con fuerza de ley]. General de Servicios Sanitarios. 21 de junio de 1989. D.O. No. 33.403. Reformado por Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. 9 de enero de 2014. D. O. No. 40.752.
- Ley N° 18.168 de 1982. General de Telecomunicaciones. 02 de octubre de 1982. D. O. No. 31.382.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 25 de abril de 1985. D.O. No. 32.176. Reformada por Ley No. 20936. Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. 20 de julio de 2016. D. O. No. 41.512.
- Ley N° 18.902 de 1990. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 27 de enero de 1990. D.O. No. 33.581.

## Jurisprudencia citada

- CONADECUS con *Telefónica Mviles Chile S.A. y otros* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018. (Rol N° 73.923-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E166083N21 (2021): Contraloría General de la República, 16 de diciembre de 2021.

- Contraloría General de la República, Dictamen N° E70399N21 (2021): Contraloría General de la República, 22 de enero de 2021.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° EE285114N22 (2022): Contraloría General de la República, 7 de diciembre de 2022.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E205654N22 (2022): Contraloría General de la República, 20 de abril de 2022.
- Corte Suprema, 06 de junio de 2022. (Primera Sala Civil Rol N° 11.574-2021). Primera Sala. [Recurso de casación].
- ESSBIO S.A. con *Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2020): Corte Suprema, 11 de noviembre de 2020 (Rol N° 33.588-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- López Villegas con *FRONTEL S.A.* (2022): Corte Suprema, 24 de febrero de 2022. (Rol 2.890-2020). Primera Sala Civil. [Recurso de casación].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por A.A. S.A., respecto de los artículos 23, inciso primero; 25, incisos primero y segundo; y 53 C, letra b), en aquella parte que señala "por cada consumidor afectado", todos de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en los autos caratulados "Servicio Nacional del Consumidor con A.A. S.A.", sobre procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, seguidos ante el 4° Juzgado de Letras en lo Civil de S. bajo el Rol C-21.203-2017, 2 de agosto de 2019 (Rol N° 4.795-18) [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Jacqueline Van Rysselberghe Herrera y otros H. Senadores que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, 18 de enero de 2019 (Rol N° 5572-18) [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Javier Macaya Danús y otros H. Diputados que representan más de la cuarta parte los diputados en ejercicio, respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, de 23 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario, 18 de enero de 2019 (Rol N° 5650-18) [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- SERNAC con *Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2022): Corte Suprema, 16 de mayo de 2022. Primera Sala Civil (Rol N° 134.225-2020). Primera Sala. [Recurso de casación].
- Servicio Nacional del Consumidor con Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica Chillán Ltda* (2022): Corte Suprema, 16 de mayo 2022 (Rol N° 134.225-2020). Primera Sala. [Recurso de casación].

# La estabilidad de los permisos urbanísticos: análisis doctrinario y jurisprudencial

## Legal certainty regarding real estate an construction industry

Juan Eduardo Figueroa Valdés\*  
María Elisa Illanes Sotta\*\*

El presente artículo examina el estado actual de incerteza jurídica en la industria inmobiliaria y de la construcción en Chile y cómo enfrentarla, ya que se ha tornado en un problema recurrente a la hora de desarrollar proyectos, especialmente de aquellos de gran y mediana envergadura. El análisis se divide en los siguientes siete capítulos: I. Los permisos urbanísticos: características y efectos jurídicos de su otorgamiento; II. La invalidación de los actos administrativos; III. La estabilidad y la permanencia de los permisos urbanísticos; IV. La dualidad de funciones interpretativas en materia urbanística: Seremi Minvu y CGR; V. La invalidación de los permisos urbanísticos en la jurisprudencia: análisis de algunos casos emblemáticos; VI. ¿Cómo fortalecer la certeza jurídica en

This article examines the current state of legal uncertainty in the real estate and construction industry in Chile and how to deal with it, since it has become a recurring problem when developing projects, especially large and medium-sized ones. The analysis is divided into the following six chapters: I. Urban permits: characteristics and legal effects of their granting; II. The invalidation of administrative acts; III. The stability and permanence of planning permits; IV. The duality of interpretative functions in urban matters: Seremi Minvu and CGR; V. The invalidation of urban permits in jurisprudence: analysis of some emblematic cases; and ¿How to strengthen legal certainty in real estate and construction industry?

RESUMEN / ABSTRACT

\* Magister Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg. Director Académico de Diplomados de Derecho de la Construcción, de Derecho Inmobiliario, y de Derecho Urbanístico de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Profesor Heidelberg Center para América Latina. Correo electrónico: jef@fihs.cl. Dirección postal: 750000.

\*\* Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Derecho Urbanístico y en Derecho de la Construcción de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: meillanes@fihs.cl. Dirección postal: 750000.

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 11 de diciembre de 2023.

materia inmobiliaria y de construcción?; y VII. Conclusiones.

Palabras clave: certeza jurídica, seguridad jurídica, industria inmobiliaria, industria de la construcción, permisología urbanística, Estado de Derecho, invalidación de permisos, interpretación de la normativa urbanística.

Keywords: Legal certainty, legal security, real estate industry, construction industry, urban planning permits, rule of law, invalidation of permits, interpretation of urban regulations.

## Introducción

De acuerdo al último estudio acerca del Estado de Derecho, publicado en 2022<sup>1</sup> por el World Justice Project o WJP<sup>2</sup>, Chile ocupa el puesto número 33 de 140 países de todo el mundo –cayendo un lugar en relación al año anterior–, y el lugar número 3 de 32 países de América Latina. WJP es conocida internacionalmente como una de las principales bases de datos sobre la materia, en que miden 8 factores claves que se promedian para tener el puntaje general de adherencia de cada país al Estado de Derecho, de acuerdo al cual Chile promedia 0.66 de 10 puntos<sup>3</sup>.

Entre los factores con menor desempeño de Chile, encontramos el cumplimiento regulatorio, y la justicia civil y penal. Dentro del cumplimiento regulatorio existen 5 subfactores, en que los peor evaluados son los relativos a: la demora injustificada en los procedimientos administrativos; el respeto del debido proceso en la tramitación de los procedimientos administrativos –ambos con nota 0.51–; y la efectiva aplicación de la regulación gubernamental –con nota 0,61–.

En los últimos años Chile ha tenido una baja permanente en el índice de adhesión al Estado de Derecho del WJP, que coincide con la baja confianza de los ciudadanos en nuestras instituciones. Si bien se trata de una problemática generalizada a nivel país, la industria inmobiliaria y de la construcción se han visto fuertemente afectadas por el debilitamiento de la certeza jurídica, a consecuencia de la caída paulatina en la adhesión a los factores esenciales de un Estado de Derecho robusto.

En nuestra opinión, lo expuesto, es producto de la proliferación de normativa en materia inmobiliaria, su regulación inorgánica y la falta de claridad sobre su aplicación. A ello se suma, entre otros factores, la arbitrariedad ad-

<sup>1</sup> <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Chile>

<sup>2</sup> El World Justice Project es una organización de reconocido prestigio independiente y multidisciplinaria que trabaja para fortalecer el Estado de Derecho en el mundo.

<sup>3</sup> Los 8 factores y la puntuación de Chile es la siguiente: 1. límites al poder gubernamental (0.71); 2. ausencia de corrupción (0.69); 3. Gobierno abierto (0.70); 4. derechos fundamentales (0.73); 5. orden y seguridad (0.67), 6. cumplimiento regulatorio (0.63); 7. justicia civil (0.62); y 8. justicia penal (0.55).

ministrativa frente a la permisología urbanística y la colisión de competencias de ciertas autoridades.

Es por todo lo anterior que, en el presente trabajo, analizaremos los siguientes temas que afectan a la industria inmobiliaria y de la construcción en Chile: en el primer capítulo, revisaremos los permisos urbanísticos propios de los proyectos inmobiliarios, así como las características y efectos jurídicos de su otorgamiento; a continuación, en el capítulo segundo, explicaremos cómo opera y los principales elementos de la invalidación de los actos administrativos por parte de la autoridad administrativa, para luego, en el capítulo tercero, detenernos en los principios que sustentan la estabilidad de los permisos urbanísticos, por sobre su invalidación; en el capítulo cuarto revisaremos la dualidad de funciones interpretativas entre la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por un lado, y la Contraloría General de la República, por el otro, y cómo este traslape propicia un ambiente de falta de certeza y seguridad jurídica; a continuación, en el capítulo quinto, analizaremos jurisprudencia destacada de los últimos años sobre invalidación de actos administrativos; y finalmente, en el capítulo sexto, propondremos algunas ideas de cómo enfrentar las dificultades que afectan a la industria inmobiliaria y de la construcción, con el objeto de poder lograr una mayor certeza jurídica y así un mejor Estado de Derecho.

## I. Los permisos urbanísticos: características y efectos jurídicos de su otorgamiento

### 1. El certificado de informaciones previas

Para desarrollar cualquier proyecto de construcción o urbanización, es fundamental conocer las condiciones urbanísticas específicas aplicables al mismo, contenidas en el certificado de informaciones previas, en adelante CIP, que entrega la Dirección de Obras Municipales, en adelante DOM, de la comuna respectiva.

Tal como lo establece el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en adelante LGUC, el CIP plasma el detalle de las disposiciones urbanísticas de los planes reguladores, pero referidas a un inmueble en concreto. Su contenido no puede ser alterado mientras no se modifiquen las normas urbanísticas que rigen dicho predio, a saber: el plan regulador comunal o intercomunal, la LGUC, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en adelante la Ordenanza u OGUC, entre otras.

Sobre el particular, Eduardo Cordero señala que el CIP es solo un acto administrativo de constancia, que no contiene una decisión que afecte la esfera jurídica de su destinatario, en que la DOM simplemente informa sobre el *"...régimen urbanístico aplicable a un determinado ámbito territorial conforme a la normativa vigente"*<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> CORDERO 2021, 47.

Al respecto, nuestra jurisprudencia originalmente estimó que un CIP era vinculante para la autoridad, en cuanto a la emisión los actos posteriores –anteproyecto y permisos–, aun cuando contuviera errores, ya que, “...eran actos administrativos perfectos que producen pleno efecto para sus destinatarios, cuyos derechos, derivados legítimamente de tales certificados, no pueden desconocerse posteriormente”<sup>5</sup>. Sin embargo, a partir del año 2000 dicho razonamiento cambió, cuando la Corte Suprema sostuvo que un CIP que contuviera un error atribuible a la autoridad municipal, no hacía nacer derechos adquiridos, pudiendo tal autoridad negarse a otorgar el anteproyecto o permiso respectivo con posterioridad, por no cumplir con la normativa aplicable. En este sentido encontramos varios pronunciamientos de nuestra Corte Suprema<sup>6</sup>. Este nuevo criterio fue ratificado posteriormente por la Contraloría General de la República, en adelante también CGR<sup>7-8</sup>.

En definitiva, para que las disposiciones del CIP sean invariables, será necesaria la aprobación de un anteproyecto de construcción o un permiso de edificación. Sin embargo, en nuestra opinión, las normas indicadas en el CIP, en virtud de los principios de la buena fe y de la confianza legítima que gobiernan en derecho administrativo, no pueden ser desconocidas por la DOM, aunque hubieren sido informadas en forma errónea, “...pudiendo obtenerse por medio de tribunales las correspondientes indemnizaciones de perjuicios en caso de errores en la emisión de certificados”<sup>9</sup>.

## 2. El anteproyecto de construcción

Previo a la obtención del permiso de edificación, el propietario puede someter a la aprobación de la DOM un anteproyecto de loteo, edificación o urbanización, conforme a lo dispuesto en el inciso 9 del artículo 116 de la LGUC. Si bien este trámite no es obligatorio, su importancia radica en que aprobado el anteproyecto mantiene su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial correspondiente y de las normas de la OGUC con las que hubiere sido aprobado, para los efectos de la obtención del permiso respectivo, por los plazos que establece el artículo 1.4.11 de la OGUC.

A diferencia de lo que ocurre con el CIP, en nuestra opinión, los anteproyectos de construcción sí “...incorporan al patrimonio del beneficiario un derecho personal a presentar y obtener la aprobación de una solicitud de permiso de edificación, por un tiempo limitado, por lo que se trata de un de-

<sup>5</sup> CORDERO 2021, 47.

<sup>6</sup> Sentencias Roles N° 40-2000, N° 3.104-2002 y N° 23.766-2014.

<sup>7</sup> Dictámenes N°s 30.891-2012; 45.377-2012 y 23.573-2015.

<sup>8</sup> CORDERO 2021, 47-48.

<sup>9</sup> FIGUEROA 2022, 297.

*recho adquirido, pero no permanente*"<sup>10</sup>. Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia en distintas oportunidades<sup>11</sup>.

Ahora bien, en el evento que el anteproyecto de construcción contenga errores, vicios o ilegalidades, ha existido un recorrido jurisprudencial similar al del CIP. En un principio los tribunales estimaron que dichos errores no podían ser desconocidos por la autoridad municipal, debiendo concederse el permiso respectivo en tal sentido, sin embargo, en los últimos años la Corte Suprema ha tendido a dar preeminencia, por sobre los derechos de los peticionarios, a la legalidad de la emisión del anteproyecto, no operando la invariabilidad de éste cuando no ha sido válidamente emitido<sup>12-13</sup>.

Al respecto, Cordero sostiene que la CGR ha estimado 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 adquiridos"*<sup>14</sup>.

### 3. El permiso de edificación

De acuerdo con el artículo 116 inciso 1 de la LGUG, requiere permiso de edificación toda *"...construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales..."*. Se trata de un concepto amplio, por ende, cualquiera sea la obra de construcción o de urbanización que se ejecute, será indispensable contar con el correspondiente permiso de la DOM<sup>15</sup>.

El inciso 6 del artículo 116 de la LGUC dispone que *"El Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas..."*.

Siguiendo a Juan Carlos Cassagne, en nuestra opinión, el permiso de edificación es un acto reglado de autorización, que reconoce un derecho preexistente adquiriendo su titular importantes derechos subjetivos<sup>16</sup>. Es reglado, ya que, la autoridad está obligada a otorgarlo si se cumplen las exigencias legales y reglamentarias; y su otorgamiento no crea derechos, si no que reconoce un derecho subjetivo preexistente, de naturaleza privada, cuyo ejercicio faculta para edificar.

<sup>10</sup> FIGUEROA 2022, 299.

<sup>11</sup> Al respecto véase: *Sociedad Inmobiliaria Río Napo Ltda. con Municipalidad de Antofagasta* (1999) e *Inversiones Quintali Limitada con Ilustre Municipalidad de Pudahuel* (2018).

<sup>12</sup> Al respecto véase: *Ramírez Morales Jorge con Carlos Frías López* (2017) y *Tormo Miranda Jorge, Herenci Venegas Sebastián, Collao Cardozo Alejandra con Municipalidad De Ñuñoa* (2017).

<sup>13</sup> FIGUEROA 2022, 300.

<sup>14</sup> CORDERO 2021, 49.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ y HOLMES 2009, 199.

<sup>16</sup> CASSAGNE 1983, 114 y ss.

Por ende, mediante el otorgamiento del permiso de edificación se está validando el cumplimiento de la regulación pertinente, lo que genera certeza jurídica al peticionario, pero también a la sociedad, de que dicha autorización se ajusta a derecho. El permiso autoriza para ejecutar la obra proyectada y, posteriormente, a solicitar su recepción final municipal, lo que significa que sus efectos se incorporan al patrimonio de la persona, creando derechos adquiridos para el peticionario de buena fe<sup>17</sup>, los cuales no pueden ser desconocidos unilateralmente por la Administración.

#### 4. Resolución de Calificación Ambiental

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –en adelante SEIA–, en un instrumento de gestión ambiental preventivo que busca compatibilizar el desarrollo sustentable con la protección medioambiental a cuyo cargo encontramos al Servicio de Evaluación Ambiental –en adelante SEA–. Conforme al artículo 10 de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante LBMA, todos los proyectos que sean susceptibles de causar algún tipo de impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, deben ser evaluados por el SEIA. Este sistema fue concebido de tal modo que un proyecto podrá realizarse siempre que sus efectos ambientales adversos o negativos sean tolerables<sup>18</sup>.

Los artículos 10 de la LBMA y 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en adelante RSEIA<sup>19</sup>, establecen las materias que deben someterse al SEIA por ser susceptibles de causar impacto ambiental. En el ámbito inmobiliario o de construcción cualquier proyecto que se encuentre dentro del listado de estos artículos deberá someterse al SEIA.

El SEIA se podrá desarrollar mediante un Estudio de Impacto Ambiental –en adelante EIA– o de una Declaración de Impacto Ambiental –en adelante DIA–. Deben someterse al primero todos los proyectos que, incluidos en el listado del artículo 10 de la LBMA, presenten además al menos uno de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la LBMA, esto es, que generen impactos ambientales significativos. A contrario sensu, si el proyecto no entra dentro del dicho listado, entonces debe someterse a una DIA.

Ya sea que el proyecto se haya sometido a EIA o DIA, el SEIA culmina mediante la dictación un acto administrativo final, denominado Resolución de Calificación Ambiental –en adelante RCA–, que dicta el SEA, aprobando o rechazando el proyecto presentado. Conforme al artículo 24 de la LBMA, si la RCA es aprobatoria, ningún organismo del Estado podrá negar las autorizaciones o permisos ambientales sectoriales –en adelante PAS– que procedan,

<sup>17</sup> FIGUEROA 2022, 305.

<sup>18</sup> FIGUEROA 2022, 394.

<sup>19</sup> Decreto Supremo N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, modificado por los Decretos N° 8 y 63 de 2014.

en cambio, si la resolución es desfavorable, se deberán denegar las autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales.

Históricamente las RCA eran impugnadas por vía del recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones, lo que cambió a partir del año 2012, con la dictación de la Ley N° 20.600 que creó los Tribunales Ambientales, con competencia para conocer y resolver sobre controversias medioambientales.

## II. La invalidación de los actos administrativos

La regla general en materia administrativa es la estabilidad y permanencia de los actos administrativos y de sus efectos, salvo que cesen por causas naturales, como la llegada del plazo al que quedó supeditado o por otras causas provocadas, como la caducidad, revocación o invalidación<sup>20</sup>, las que revisaremos brevemente a continuación para luego centrarnos en la invalidación.

### 1. La caducidad

Cassagne entiende la caducidad administrativa como una sanción consistente en *"...la eliminación del acto dispuesta unilateralmente por la Administración en razón de que el particular no ha cumplido con las obligaciones que dimanaban del acto administrativo"*<sup>21</sup>.

Tratándose de los permisos urbanísticos, en nuestra opinión, la caducidad opera como una sanción por el incumplimiento de obligaciones o cargas mancomunadas al otorgamiento de un beneficio. En lo tocante a la caducidad del permiso de edificación, el artículo 120 inciso primero de la LGUC establece que ésta se sujetará a las normas que señale la OGUC, la cual, a su turno, en su artículo 1.4.17 inciso 1 dispone: *"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"*.

### 2. La revocación

La revocación es un mecanismo para extinguir un acto o resolución administrativa por motivos de *"oportunidad"*<sup>22</sup> y no por vicios de legalidad. Mediante ésta se retira un acto *"...por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, básicamente, porque los efectos del acto administrativo han devenido en contrarios al interés público en un momento determinado"*<sup>23</sup>. Producto de la revocación del acto administrativo y de sus efectos, se genera la privación de los derechos válidamente adquiridos<sup>24</sup>. Se trata de una facultad de oficio de

<sup>20</sup> DÍAZ DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 239.

<sup>21</sup> CASSAGNE 2002, 281-282.

<sup>22</sup> GALLEGO y MENÉNDEZ 2001, 117.

<sup>23</sup> FLORES 2017, 230.

<sup>24</sup> FLORES 2017, 230.

la Administración, de revisar sus propios actos y dejarlos sin efecto, como lo dispone el artículo 61 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en adelante también Ley N° 19.880 o LBPA.

### 3. La invalidación

El artículo 53 de la Ley N° 19.880 faculta a la autoridad administrativa para invalidar los actos contrarios a derecho, dentro del plazo de dos años y según las condiciones establecidas en la propia ley. Existe consenso de la doctrina y la jurisprudencia *"...en cuanto a que la Administración sí puede invalidar sus actos originarios, con motivo de su ilegalidad, fundamentalmente gracias a la potestad expresa conferida en el artículo 53..."*. Sin embargo, dicha potestad invalidatoria solo aplica respecto de *"...actos administrativos decisivos positivos y los efectos causados por los mismos"*<sup>25</sup>.

La validez de un permiso urbanístico está sujeta al mismo régimen jurídico de cualquier acto administrativo. En nuestra opinión, tal como indica Cordero, la declaración de nulidad colisiona con los derechos adquiridos de su petitionerario, ya sea ésta declarada vía judicial o administrativa, por lo que debe ser examinada con especial cuidado<sup>26</sup>.

## III. La estabilidad y la permanencia de los permisos urbanísticos

### 1. Limitaciones a la potestad invalidatoria de la Administración

El inciso primero del artículo 53 de la LBPA dispone: *"La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto"*. De esta norma se desprende que, para invalidar un acto administrativo, se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) que el acto sea contrario a derecho; (ii) que previamente se cite a audiencia al interesado; y (iii) que se haga dentro del plazo máximo de 2 años desde su notificación o publicación.

La disposición en cuestión regula muy escuetamente una materia de suma trascendencia, no dejando del todo claro cuáles son las limitaciones que tiene la Administración en el uso de esta facultad. En nuestra opinión, lo anterior ha permitido la indebida invalidación de permisos urbanísticos, afectando los derechos adquiridos de los interesados y comprometiendo la seguridad jurídica en la industria inmobiliaria y de la construcción. Ello ha dado lugar a latas e interesantes discusiones judiciales y administrativas, sobre lo cual nos detendremos en particular.

Los actos que emanan de la Administración del Estado, de acuerdo al artículo 3° de la LBPA, gozan de una presunción de legalidad, de imperio y

<sup>25</sup> DÍAZ DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 242.

<sup>26</sup> CORDERO 2021, 53-54.

de exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia. Sin embargo, esta presunción puede ser dejada sin efecto a través del uso de la facultad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la LBPA.

Sobre el particular, Cassagne estima que la “anulación” o “invalidación”, por razones de legitimidad del acto, resulta más adecuado reservarla a una función propia y exclusiva de los jueces, especialmente, en atención al efecto de cosa juzgada<sup>27</sup>.

En este mismo sentido, Arturo Fermandois señala que, a diferencia de otras jurisdicciones donde la potestad para invalidar actos de la Administración está reservada exclusivamente al juez –como la española en que solo cabe declararla por tribunales contencioso-administrativos–, la facultad consagrada en el artículo 53 en comento representa la antítesis jurídica a la estabilidad de un acto administrativo. En efecto, indica que contradice los principios que sustentan la permanencia de este tipo de actos, que son centenarios en el derecho, a saber: exclusividad de jurisdicción, certeza jurídica, derechos adquiridos de buena fe, confianza legítima, debido proceso, presunción de legalidad, conservación del acto, etc. Agrega que estos principios se erigen como los límites sustantivos o materiales al poder invalidatorio de la Administración<sup>28</sup>.

El ejercicio de la potestad invalidatoria que ejerce la Administración no alcanza los vicios de procedimiento o de forma. Por ello, esta facultad debe siempre relacionarse con los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la LBPA que establecen, a su turno, los llamados “vicios no invalidantes” y la reserva de la Administración para subsanar los vicios de los actos administrativos. De acuerdo al inciso 2° del artículo 13, para invalidar un acto administrativo, el vicio debe reunir los siguientes caracteres: (i) esencial, (ii) manifiesto; y (iii) que ocasione un perjuicio. De no concurrir tales requisitos, debe operar la conservación del acto administrativo<sup>29</sup>.

Juan Carlos Flores sostiene que la potestad invalidatoria encuentra como límite a su ejercicio dos principios básicos:

a) La irretroactividad consagrada en el artículo 52 de la LBPA, conforme al cual “...los efectos generales de la invalidación se morigeran respecto de los derechos o intereses adquiridos por terceros de buena fe al alero del acto administrativo inválido...” impidiendo el ejercicio de la invalidación, salvo que ésta produzca consecuencias favorables a su destinatario y no lesione derechos de terceros<sup>30</sup>. Lo anterior ha sido reconocido por la doctrina y por la CGR; y

<sup>27</sup> CASSAGNE 2002, 248.

<sup>28</sup> FERMANDOIS 2014, 30, 80-81.

<sup>29</sup> FLORES 2023, 63-64.

<sup>30</sup> FLORES 2023, 70.

b) La protección de la confianza legítima, que busca resguardar situaciones jurídicas en vías de consolidación<sup>31</sup>, tal como analizaremos en el siguiente apartado.

Al respecto, señala Óscar Fuentes que, en el ámbito del derecho urbanístico, se ha discutido el alcance de la invalidación de permisos de edificación que adolecen de irregularidades, en virtud de los derechos del interesado quien, "...tendría una confianza legítima en que el permiso no será dejado sin efecto por la Administración, ya que se encuadraría en el concepto de derechos adquiridos, en el sentido de proteger aquellos que ingresaron a su patrimonio, generando con ello la imposibilidad de privar a su titular de esa autorización, porque este, en último caso, se encontraba de buena fe"<sup>32</sup>.

Cordero, en tanto, sostiene que "...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"<sup>33</sup>. Agrega que, el permiso de edificación tiene un contenido patrimonial que está amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad, siempre que haya sido otorgado cumpliendo todas las condiciones legales. Sin embargo, si se trató de un acto administrativo ilegal y el titular se encontraba de buena fe, se genera un problema<sup>34</sup> muy complejo, cuya resolución jurisprudencial ha sido variable en el tiempo, tal como revisaremos más adelante.

## 2. Principios en que se sustenta la no invalidación del acto administrativo

Por regla general, los actos administrativos no pueden invalidarse, en virtud de los principios esenciales que informan nuestro ordenamiento jurídico administrativo, que revisaremos a continuación, los cuales son plenamente aplicables a los permisos urbanísticos.

### a) Principio de permanencia o conservación de acto administrativo

Este principio busca sostener la existencia de un acto administrativo cuando los vicios que contenga no sean de una gravedad significativa. Ello en aras de mantener la estabilidad de las relaciones jurídicas a que dio lugar dicho acto, en virtud de los principios de certeza jurídica, buena fe y confianza legítima. Lo anterior, en contraposición al principio de juridicidad, consagrado en el artículo 7 de la Constitución Política de la República, en adelante también CPR o simplemente Constitución<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> FLORES 2023, 72.

<sup>32</sup> FUENTES 2021, 23.

<sup>33</sup> CORDERO 2021, 43.

<sup>34</sup> CORDERO 2021, 43-45.

<sup>35</sup> FIGUEROA 2022, 332.

La LBPA en su artículo 13, reconoce el principio de conservación del acto en el procedimiento administrativo, estableciendo que los vicios existentes solo afectarán la validez del acto cuando recaigan sobre alguno de sus requisitos esenciales. La Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha recogido este principio. Así, por ejemplo, en sentencia de 23 de marzo de 2013, en causa Rol 5815-2011, sostuvo lo siguiente:

*"...uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella solo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados"*<sup>36-37</sup>.

La Corte Suprema, se ha pronunciado extendiendo la aplicación de este principio al ámbito sustantivo del derecho administrativo, justamente en virtud de una controversia en materia inmobiliaria<sup>38</sup>.

b) *Principio de protección de la confianza legítima*

Se sustenta en los principios constitucionales de Estado de Derecho, consagrado en los artículos 5, 6 y 7 de la CPR, y de seguridad jurídica, contenido en el numeral 26 del artículo 19 de la CPR. En virtud de éste, los individuos pueden tener la seguridad que existirá permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico<sup>39</sup>. Al respecto, sostiene Jorge Bermúdez que, para poder confiar en la autoridad, *"...es necesario contar con medidas institucionales y reglamentarias, que permitan articular la existencia de ciertos principios que permitan la confianza en las reglas del juego y en que éstas se mantendrán"*<sup>40</sup>.

Agrega Bermúdez que la potestad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la LGBA, es muchas veces utilizada por la Administración *"... para cambiar el rumbo de su actuación, pero sin tener que someterse a las restricciones que comporta la revocación del acto administrativo (art. 61 LBPA)"*. Indica que, en tales casos, *"...la protección la confianza legítima se erige como un principio que la Administración deberá ponderar antes de tomar la decisión invalidatoria"*<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Aguilera Vera Luis Segundo H. *Con I. Municipalidad de La Unión* (2013).

<sup>37</sup> En el mismo sentido causas roles N°s 274-2010; 57-2011 y 3078-2013.

<sup>38</sup> Véase por ejemplo: *Comité Adm. Condominio Parques de Bilbao con Ilustre Municipalidad de Calama, Soc. Inmobiliaria Rentas e Inv. Talabre y otros* (2013).

<sup>39</sup> BERMÚDEZ 2005, 84.

<sup>40</sup> BERMÚDEZ 2005, 87.

<sup>41</sup> BERMÚDEZ 2005, 100.

Este principio ha sido aplicado por nuestra jurisprudencia judicial y administrativa. En efecto, la CGR a partir del año 2000 lo ha aplicado sostenidamente en numerosos pronunciamientos<sup>42</sup> y, por su parte, la Corte Suprema en fallo del año 2012<sup>43</sup> lo invocó para reprochar el actuar de la administración municipal y luego el año 2013<sup>44</sup> para dejar sin efecto la invalidación de un permiso de edificación. Cabe destacar que el Tribunal Constitucional también lo ha reconocido en sus diversos pronunciamientos<sup>45-46</sup>.

c) *Principio de seguridad jurídica*

De acuerdo a Bermúdez, la seguridad jurídica como principio: "...garantiza 'la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes'. Con lo que 'la seguridad jurídica significa por eso para el ciudadano en primera línea protección de la confianza'"<sup>47</sup>.

Este principio cobra especial relevancia en materia inmobiliaria y de la construcción, donde el desarrollo de proyectos está sujeto a una serie de permisos administrativos cuya mantención otorga seguridad y estabilidad a las relaciones comerciales y permite llevarlos a cabo conociendo claramente las reglas aplicables.

d) *Principio de la buena fe*

La buena fe es un principio general de nuestro derecho siempre exigible a la Administración en su actuar. Al respecto, Boetsch sostiene que la buena fe tiene múltiples funciones generales, como informar, integrar e interpretar, pero además tiene funciones particulares, como justificación a la protección de la apariencia y del error excusable, límite al ejercicio de derechos, patrón o estándar de conducta exigible, entre otros<sup>48</sup>.

En materia urbanística, la CGR ha utilizado este principio fundándose en el criterio de la materialidad, donde la decisión de limitar la invalidación, por ejemplo, de un permiso de obra, pasa por un análisis de sus consecuencias fácticas más que un examen jurídico<sup>49</sup>. Por su parte, la Corte Suprema el año 2002<sup>50</sup> rechazó la invalidación de un permiso de edificación, por parte de un

<sup>42</sup> A partir del Dictamen N° 610 del año 2000, ha aplicado este principio en más de 50 Dictámenes.

<sup>43</sup> Luis Alberto Sanchez Medina con Sergio Zarzar Andonie (2012).

<sup>44</sup> Odontólogos Asociados con Municipalidad de Chillán (2013).

<sup>45</sup> Proyecto de Ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada (1995) y Artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695 (2009).

<sup>46</sup> FIGUEROA 2022, 335-336.

<sup>47</sup> BERMÚDEZ 2005, 87.

<sup>48</sup> BOETSCH 2011, 48.

<sup>49</sup> BOETTINGER, 2009, 309. La autora llega a la conclusión anterior en base al análisis de los dictámenes de la CGR entre los años 1998 y 2009.

<sup>50</sup> Sergio Rojas con Director de Obras Municipales de Viña Del Mar (2002).

Director de Obras Municipales, atendido que ello implicaba una afectación de los derechos adquiridos de por terceros de buena fe<sup>51</sup>.

e) *Principio de protección de la apariencia*

El derecho ampara este principio, ya que, la experiencia ha demostrado que aquella conducta que no respeta la apariencia trae consecuencias indeseadas, como, por ejemplo, que se burle la buena fe, se dificulte el desarrollo de la actividad económica y se incremente en el costo de las operaciones<sup>52</sup>. Este principio está recogido en numerosas disposiciones del Código Civil, en que se protege el actuar de buena fe fundado en la apariencia de derecho y legalidad.

Nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema validó este principio en fallo del año 2006<sup>53</sup> en que confirmó sentencia definitiva del tribunal a quo en que se protegió a un tercero de buena fe ante la adquisición de un CIP, ante un error de la autoridad<sup>54</sup>.

f) *Doctrina de los actos propios*

La doctrina de los actos propios, si bien proviene del derecho privado, es plenamente aplicable en el ámbito público. De acuerdo a Bermúdez, se encuentra vinculada al principio de la confianza legítima<sup>55</sup> y señala en efecto que:

*"...un órgano administrativo no puede –sin cumplir los requisitos legales pertinentes– emitir una resolución opuesta y contradictoria respecto de otra anterior que reconociera derechos subjetivos. De esta manera, la irrevocabilidad de los actos administrativos que reconocen o declaran derechos es la proyección administrativa de la doctrina general de que nadie puede ir válidamente en contra sus propios actos: venire contra factum proprium non valet"<sup>56</sup>.*

#### IV. Dualidad de funciones interpretativas en materia urbanística: Seremi Minvu y CGR

##### 1. Funciones y atribuciones de la Seremi Minvu y de la CGR

###### a. *Funciones de la Seremi Minvu*

El Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, en adelante también Minvu, tiene a su cargo la política habitacional del país y le corresponden múltiples funciones que inciden directamente en el ámbito del derecho urbanístico<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> FIGUEROA 2022, 337.

<sup>52</sup> FIGUEROA 2022, 338.

<sup>53</sup> *Romero Tocornal Juan contra alcalde Municipalidad Vitacura* (2006).

<sup>54</sup> FIGUEROA 2022, 338.

<sup>55</sup> BERMÚDEZ 2005, 85.

<sup>56</sup> BERMÚDEZ 2005, 85-86.

<sup>57</sup> Ver artículo 2 N<sup>os</sup> 3 y 4 de la Ley N<sup>o</sup> 16.391 de 1965 y artículos 8 y siguientes del Decreto Ley N<sup>o</sup> 1.305 de 1975.

Mediante el Decreto Ley N° 1305 de 1975<sup>58</sup>, el Minvu se desconcentró territorialmente a través de una Secretaría Ministerial Metropolitana y las Seremis Minvu, quedando estas últimas a cargo de la ejecución de los planes aprobados por el Minvu (art. 5).

La Subsecretaría del Minvu, en tanto, tiene entre sus divisiones la de Desarrollo Urbano, también conocida como DDU, cuyas atribuciones están reguladas en el artículo 12 del DL N° 1305 de 1975 y, en la materia que nos convoca, destacamos las siguientes: proponer la dictación de normas técnicas (letra g); supervigilar el cumplimiento por parte de las DOM de la LGUC y toda norma relativa a esa materia (letra h); proponer para aprobación del Minvu ciertos instrumentos de planificación urbana (letra i); y resolver en segunda instancia las reclamaciones contra las resoluciones dictadas por los Directores de Obras Municipales en materia sobre construcción y urbanización (letra j).

La LGUC, por su parte, en su artículo 4° establece ciertas atribuciones y funciones del Minvu y las Seremis Minvu, a saber:

- Al Minvu, a través de la DDU, le corresponde impartir las instrucciones para la aplicación de la LGUC y la OGUC, mediante circulares; y
- Las Seremis Minvu deben supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanismo e interpretar los instrumentos de planificación territorial.

En cuanto a las circulares que imparte la DDU, Luis Cordero sostiene que su carácter general y obligatorio viene dado por la propia LGUC, lo cual ha sido ratificado por la CGR, en su Ordinario N° 27.918 de 2018. Junto con lo anterior, la CGR, a través del Ordinario N° 67.031 de 2015 ha precisado que la DDU, por medio de sus circulares, es la llamada a interpretar la LGUC y la OGUC y no la Seremi Minvu<sup>59</sup>.

#### *b. Funciones de la CGR*

Por su parte, la CGR constituye el principal órgano de control del sistema constitucional chileno<sup>60</sup>. Su Ley Orgánica Constitucional, N° 10.336 de 1952, en adelante LOCCGR, regula las funciones y atribuciones que ésta puede ejercer en relación con otros entes públicos. En la materia que nos convoca, destacamos la toma de razón y la potestad dictaminadora, que constituyen dos vías para ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, a saber:

- i) El control de constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de servicios, que deben tramitarse por la CGR, a través del acto de toma de razón (art. 1° y 10). La principal

<sup>58</sup> Decreto Ley N° 1.305 de 1975 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 26 de diciembre de 1975.

<sup>59</sup> CORDERO 2019, 7.

<sup>60</sup> CORDERO 2019, 8.

característica de esta función es que se ejerce *ex ante*, vale decir, “... que busca identificar la antijuridicidad del acto de forma previa a su nacimiento”<sup>61</sup>.

ii) El informar sobre el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen (art. 6° inciso 1°). Mediante esta facultad la CGR “...cuenta con la potestad dictaminante en virtud de la cual puede controlar la legalidad de actos administrativos vigentes, y que en ocasiones han producido sus efectos, y eventualmente declarar que estos resultan contrarios a la normativa, habiendo sido dictados por una errónea aplicación del ordenamiento jurídico”, atribución que ha permitido a la CGR ir fijando criterios de interpretación de las normas legales y reglamentarias que aplica la Administración<sup>62</sup>.

La LOCM, en su artículo 51, establece que las Municipalidades serán fiscalizadas por la CGR, la cual podrá instruir procedimientos disciplinarios si detecta ilegalidades. El artículo 52 dispone, a su turno, que la CGR podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.

La LOCCGR establece limitaciones a las facultades de la CGR, disponiendo que ésta no podrá intervenir ni informar aquellos asuntos “...de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado”. A continuación, agrega que: “...solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°” (art. 6° inciso 3°).

## 2. Alcance de la función interpretativa de la Seremi Minvu y de la CGR

Luis Cordero distingue dos tipos de funciones interpretativas; a saber: (i) interpretación del derecho administrativo general, mediante sus dictámenes –jurisprudencia administrativa–; e (ii) interpretaciones técnicas o de experto, la que también realizan otros entes públicos, entre ellos, el Minvu y sus Seremis en el ámbito urbanístico, y que se ejerce en el contexto de la implementación de las políticas públicas, rol que obviamente la CGR no ejecuta.

Conforme a lo anterior, señala el citado autor que, en principio, estos dos servicios públicos no debieran tener un choque de competencias interpretativas. Sin embargo, en la realidad esto sí ocurre, ya que, muchas veces la GCR pasa a ejercer funciones propias del Minvu, incluso llegando al punto de interpretar la LGUC en contra de los fines expresos perseguidos por el propio legislador<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> CORDERO 2019, 8-9.

<sup>62</sup> CORDERO 2019, 8-9.

<sup>63</sup> CORDERO 2019, 18.

En efecto, *“Si bien a nivel normativo las competencias otorgadas a Contraloría y al MINVU se encuentran bien definidas, siendo esta última entidad, a través de la DDU, la encargada de impartir instrucciones –circulares– para la aplicación de la LGUC y la OGUC, y teniendo la función de interpretar los instrumentos de planificación territorial a través de sus Seremis, en la práctica, cuando Contraloría ejerce su función dictaminadora suele intervenir en la interpretación de cuestiones técnicas urbanísticas excediendo de esta forma sus competencias, situación que se ha dado con mayor frecuencia en el último tiempo”*<sup>64</sup>.

Ahora bien, a partir del año 2016, la CGR habría dejado de emitir pronunciamientos respecto a la potestad invalidatoria de la Administración, en parte, porque la Corte Suprema fue categórica en sostener que la CGR no está facultada para dar órdenes perentorias a la Administración sobre la invalidación de actos administrativos<sup>65</sup>. Al respecto Cordero plantea: *“...la Contraloría solo puede hacer una ‘suerte’ de invitación a iniciar un procedimiento de invalidación, más no pronunciarse sobre el fondo (...) 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”*<sup>66</sup>.

## V. La invalidación de los permisos urbanísticos en la jurisprudencia: análisis de algunos casos emblemáticos

Tal como adelantamos, existe abundante jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia relativa a la invalidación de permisos urbanísticos en general y del permiso de edificación en particular, la cual no ha sido uniforme a lo largo del tiempo. A continuación, revisaremos seis fallos emblemáticos que representan una tendencia jurisprudencial en la materia; la mayoría de ellos favorables a la invalidación de permisos urbanísticos, restándole validez y mérito frente a otros derechos que estiman más importantes. Luego, expondremos las normas y principios con los que pugna dicha jurisprudencia y cómo ésta compromete la seguridad jurídica en la industria inmobiliaria y de la construcción y termina afectando al Estado de Derecho en nuestro país.

### 1. Algunos casos emblemáticos fallados por los Tribunales Superiores de Justicia respecto de la invalidación de permisos urbanísticos

#### a) *Edificación continua - Estación Central*

El 5 de diciembre de 2017 la DOM de Estación Central concedió los permisos de edificación N° 157-2017 y N° 158-2017 en favor de la Inmobiliaria Eu-

<sup>64</sup> CORDERO 2019, 67-68.

<sup>65</sup> *Inmobiliaria Punta Piñeros S.A. contra Contraloría Regional de Valparaíso* (2016). En el mismo sentido, sentencias Roles N°s 274-2010; 5815-2011 y 11.216-2011.

<sup>66</sup> CORDERO 2021, 55.

rocorp Dos S.A., que autorizaron la construcción de dos edificios de viviendas de 25 y 26 pisos, de tipo “*edificación continua*”, en la comuna de Estación Central. Mediante resoluciones N° 20-2/2019 y 21-2/2019, ambas de 14 de febrero de 2019, la DOM, invocando el artículo 53 de la Ley N° 19.880, invalidó dichos permisos de edificación.

Como antecedente a la revisión de tales permisos, cabe consignar que el 16 de mayo de 2016, la DDU MINVU dictó la Circular DDU N° 313<sup>67</sup>, la cual determinó que no es posible aprobar las edificaciones del tipo continuo en zonas en que un plan regulador no hubiere establecido la altura máxima de las edificaciones, modificando así el marco regulatorio, estableciendo de esta forma una prohibición que no existía con anterioridad en el ordenamiento jurídico.

A lo anterior se sumaron los dictámenes de la CGR N° 43.367 de 11 de diciembre de 2017, N° 44.959 de 28 de diciembre de 2017 y N° 27.918 de 12 de noviembre de 2018, que sostienen que al acogerse el proyecto al sistema de agrupamiento continuo los permisos no se ajustarían a la normativa vigente.

En contra de las resoluciones de invalidación dictadas por la DOM de Estación Central, Eurocorp Dos S.A. presentó sendos recursos de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual los rechazó mediante sentencia de 16 de septiembre de 2021, aduciendo que la DOM no incurrió en un acto ilegal, al haber tenido fundamentos valederos y al ajustarse al procedimiento establecido en la normativa pertinente, limitándose a corregir actuaciones previas irregularmente dictadas.

Eurocorp Dos S.A. interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, los cuales fueron también rechazados mediante sentencia de 14 de octubre de 2022<sup>68</sup>, sobre la base de considerar que la interpretación que realiza la DDU N° 313 del artículo 2.6.1 de la OGUC sobre el sistema de agrupamiento continuo, se enmarca entre las facultades del Ministerio y al ser previa a la dictación de los permisos de edificación éstos debieron someterse a tal Circular. Agrega que, tal como lo ratificó la CGR, esa Circular es obligatoria para la DOM y que, además, el plan regulador de Estación Central no permite este tipo de edificaciones al no contener normas acerca de la altura de ellas. Agrega en el considerando 11°, a propósito de los CIP y los Anteproyectos otorgados con anterioridad, que, “*...aunque éstos gozan de presunción de legalidad, ella es simplemente legal y, en el presente caso, han perdido su vigencia al constatarse que no es posible otorgar los Permisos para la construcción bajo el sistema de edificación continua. Es por lo mismo que no puede sostenerse que se ha incurrido en una contravención al principio de legalidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República*”.

<sup>67</sup> La Circular DDU 313 de 16 de mayo de 2016 interpreta de manera general la forma en que debe aplicarse el artículo 2.6.1 de la OGUC relativo al sistema de agrupamiento continuo. Ello en uso de sus facultades previstas en el artículo 4 de la LGUC.

<sup>68</sup> Eurocorp Dos S.A. con Ilustre Municipalidad de Estación Central (2022).

En relación con los derechos adquiridos, la Corte sostuvo que la reclamante carecía de éstos, desde que "...los permisos de edificación que se invalidaran adolecían de un vicio, disponiendo de manera clara el ordenamiento jurídico un procedimiento para su invalidación, que ha sido el que en la especie realizó la reclamada".

Por último, en el considerando 12º, a propósito de la altura de edificación continua, plantea que el plan regulador comunal respectivo debe normar los proyectos de edificación de altura continua y ante su ausencia u omisión, no resulta posible aplicar la regla de "*libre determinación*", la cual queda desprovista de respaldo normativo<sup>69</sup>.

b) *Hotel Punta Piqueros - Concón*

Mediante el permiso de edificación N° 007 de 10 de enero de 2011, la DOM de Concón autorizó a Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. la construcción de un proyecto hotelero de 5 estrellas emplazado en la zona costera de Concón, en el balneario de playa amarilla. Dicho acto dio lugar a varios procedimientos administrativos y judiciales de invalidación que, en lo pertinente, resumimos a continuación:

- i. En la causa Rol 3918-2012 sobre reclamo de ilegalidad, la Corte Suprema el 2 de mayo de 2013 ordenó invalidar el permiso de edificación N° 007-2011, mientras no se diera cumplimiento a la EIA.
- ii. Conforme a ello, mediante Decreto Alcaldicio N° 2297 de 27 de mayo de 2013 el alcalde anuló el permiso de edificación N° 007. Luego, el 16 de octubre de 2014 mediante Decreto Alcaldicio N° 3.229 reestableció dicho permiso, atendido que el 2 de septiembre de 2014 el SEIA de Valparaíso dictó RCA favorable del proyecto<sup>70</sup>.
- iii. El 28 de marzo de 2016 la Contraloría Regional de Valparaíso, ante solicitud del Comité Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar, emitió Dictamen N° 5137 ordenando invalidar el Decreto Alcaldicio N° 3.229-2014, con arreglo al artículo 53 de la ley N° 19.880.
- iv. El 4 de octubre de 2016 la Corte Suprema, en causa Rol 47.610-2016, confirmó la sentencia de alzada y dispuso acoger el recurso de protección interpuesto por Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. en contra de la Contraloría y en su virtud ordenó dejar sin efecto el Dictamen N° 5.137-2016, disponiendo iniciar procedimiento invalidatorio de dicho decreto.

<sup>69</sup> En este mismo sentido consultar fallos CS Roles N°s 5468, 5470, 7338 y 7557, todos del año 2018.

<sup>70</sup> El Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar solicitó al Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-86-2015, dejar sin efecto, entre otros actos, la Resolución Exenta N° 322 de 2 de septiembre de 2014, que aprobó la RCA. El 27 de octubre de 2016 dicho Tribunal acogió la reclamación y ordenó retrotraer el procedimiento de EIA hasta la dictación del Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones 2 (ICSARA). El 20 de diciembre de 2018, luego de cumplir lo ordenado por el Segundo Tribunal Ambiental, el SEIA de Valparaíso calificó de nuevo favorablemente el proyecto.

v. Luego, mediante Decreto Alcaldicio N° 902 de 3 de abril de 2017 el alcalde concluyó el procedimiento invalidatorio y resolvió conservar la vigencia del Decreto Alcaldicio N° 3.229-2014 y del permiso de edificación N° 007-2011. No obstante, mantuvo la suspensión de las obras de construcción, mientras no contaran con autorización ambiental vigente. Entre sus fundamentos, expone que la invalidación “...tiene ciertas limitaciones (...) entre las de mayor relevancia, podemos citar: i) los derechos adquiridos; ii) la buena fe; y, iii) la protección de la confianza legítima”<sup>71</sup>.

vi. Por medio de Decreto Alcaldicio N° 1393 de 30 de mayo de 2017 se rechazó el reclamo de ilegalidad deducido por el Comité Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar en contra del acto administrativo anterior.

vii. El 19 de noviembre de 2019 la Corte Suprema, en causa Rol 22.221-2018, acogió un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de alzada, que rechazó reclamo de ilegalidad deducido en contra del Decreto Alcaldicio N°1393-2017.

viii. En su sentencia de reemplazo ordenó dejar sin efecto: (i) el Decreto Alcaldicio N° 902-2017, que rechazó la invalidación del Decreto Alcaldicio N° 3.229-2016; (ii) el Decreto Alcaldicio N° 1.393-2017, que rechazó el reclamo de ilegalidad en contra del acto anterior; y (iii) el Decreto Alcaldicio N° 3.229-2014, que reestableció el permiso de edificación N° 007-2011. Declaró también que el proyecto carecía de permiso de edificación, debiendo someterse al procedimiento de EIA conforme a lo ordenado por el Segundo Tribunal Ambiental.

La Corte Suprema, en definitiva, estimó que el centro de la discusión radicaba en torno a la vigencia del permiso de edificación N° 007-2011. Expuso que en la causa Rol 3.918-2012 se ordenó la invalidación de dicho permiso y que luego en la causa Rol 47.610-2016 se ordenó el inicio de un procedimiento invalidatorio del decreto alcaldicio N° 3.229-2014 que revivió el permiso de edificación invalidado. Entre los fundamentos de su sentencia<sup>72</sup>, destacamos los siguientes:

En el considerando 28° de la sentencia que acogió la casación en el fondo, en relación a la facultad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, sostuvo que “...al estimar los sentenciadores del grado que los efectos del Permiso de Edificación N° 7 se hallaban únicamente suspendidos, de modo que la decisión de restablecerlos a través del Decreto Alcal-

<sup>71</sup> A continuación, agregó lo siguiente: “...adoptar una decisión de invalidación del decreto alcaldicio objeto de este proceso, puede resultar, en la actualidad, más perjudicial para el patrimonio municipal, recursos que la Administración está obligada a cautelar y utilizar de la mejor manera, por ello, resulta más conveniente mantener la vigencia del decreto alcaldicio impugnado”.

<sup>72</sup> Comité Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña Del Mar con I. Municipalidad de Concón (2019).

*dicio N° 3229 de 2014 debía mantenerse vigente, han incurrido en infracción del artículo 53 de la Ley N° 19.880, al admitir que, por razones de mérito o conveniencia, se niegue lugar a la invalidación de un acto que se encuentra viciado de ilegalidad, según se ha razonado”.*

Luego, en el considerando 7° de la sentencia de reemplazo la Corte Suprema sostuvo que la potestad invalidatoria es facultativa, en el sentido que es la autoridad administrativa la que evalúa la presencia o no de una ilegalidad y agrega: “...Sin embargo, cuando tal ilegalidad ya ha sido declarada por sentencia judicial, no puede la Administración sustraerse de tal dictamen, por la vía de negar la invalidación por razones de mérito o conveniencia”.

Cabe hacer presente que la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que rechazó el reclamo de ilegalidad, concluyó en el considerando 16° que en el fallo de la causa Rol 3.918-2012 la Corte Suprema no declaró nulo el Permiso de Edificación N° 007, sino que suspendió sus efectos, mientras no se obtenga la aprobación de un EIA. En su considerando 17°, a su tanto, sostuvo lo siguiente: “...relacionado con la potestad invalidatoria de los actos de la administración, la Excm. Corte Suprema, en diversos fallos ha expresado que la nulidad de un acto es un remedio extraordinario frente a la ilegalidad de un acto administrativo, nulidad que deberá aplicarse en caso excepcional, cuando el vicio es grave y solo para el caso en que no haya otro recurso más benevolente para atacar el acto impugnado”.

Dicho fallo contó con un voto disidente, cuyo razonamiento es coherente con la posición asumida por la CGR en sus dictámenes más recientes, donde estima que en aquellos casos que el acto impugnado es manifiestamente ilegal, no es posible proteger los derechos del titular<sup>73</sup>.

#### *c) Humedales Urbanos - Puerto Montt*

El 11 de octubre de 2019 la DOM de Puerto Montt concedió a Inmobiliaria Pocuro Spa, un permiso de urbanización N° 00087 (Rol 2744-1) y un permiso de edificación N° 00688 (Rol 2744-1), para la ejecución del proyecto denominado “*Jardines del volcán I, DS/19*”, consistente en un proyecto de loteo para la construcción de 233 viviendas sociales.

El 17 de marzo de 2020 la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó la acción de protección interpuesta por las autoridades de diversas comunidades indígenas en contra de Inmobiliaria Pocuro Sur SpA y la I. Municipalidad de Puerto Montt, en que solicitaban: (i) la paralización inmediata de la tramitación de permisos y ejecución obras de construcción y (ii) el ingreso del Proyecto al SEIA para evaluar sus impactos.

La acción se fundó en que el proyecto se emplazaba dentro de la zona de conservación del humedal urbano “*Artesanos de Alerce*”, reconocido como tal por el Municipio de Puerto Montt y que además estaba en vías de

<sup>73</sup> Al respecto, ver fundamento 6° de la disidente Ministra Suplente M. Marisol González Vera.

ser declarado “*humedal urbano*” por el Ministerio de Medio Ambiente, en adelante MMA, en el marco de la Ley N° 21.202.

Mediante sentencia de 23 de julio de 2021 la Corte Suprema, en causa Rol 21.970-2021<sup>74</sup>, revocó la sentencia anterior apelada y, en su lugar, acogió el recurso de protección interpuesto por las comunidades indígenas, ordenando la paralización de la ejecución y tramitación del proyecto mientras no se obtuviera la aprobación medioambiental correspondiente, para lo cual deberá ingresar el proyecto al SEIA, en base a los fundamentos que exponemos resumidamente a continuación:

La Corte Suprema oficio al SEA, el que informó que el hecho de que la declaratoria de humedal urbano se encuentre en trámite, no obsta al ingreso del proyecto al SEIA, ya que “...es objeto de protección cualquier humedal que se encuentre total o parcialmente dentro del límite urbano, independiente de la declaratoria de “*humedal urbano*” a cargo del Ministerio del Medio Ambiente”.

Solicitó asimismo informe a la Superintendencia del Medio Ambiente, o SMA, la que señaló que el *humedal Artesanos* está en proceso de ser reconocido como humedal urbano por su Ministerio, encontrándose el proyecto en parte al interior de dicho humedal y que las obras a ejecutar podrían generar algún grado de afectación al mismo.

Conforme a lo anterior, en su considerando 7°, la Corte Suprema recaló que el Estado tiene el deber de velar por la preservación de los humedales, dada su relevancia y los convenios ratificados por Chile, lo cual se vio reforzado con la promulgación de la Ley N° 21.202. En consecuencia, agrega en el fundamento 8° que, aun cuando la declaración de humedal urbano se encuentre pendiente, los antecedentes “...*permiten reconocerlo como un ecosistema constituido por la acumulación de aguas, en el que existe y se desarrolla biota acuática, fauna y flora y, en consecuencia, objeto de la protección antes referida*”.

Finalmente, en su considerando 9°, expuso que el proyecto requiere de una resolución medioambiental favorable y para ello debe ingresar al SEIA. Indica que “No constituye un óbice para lo anterior el hecho que la inmobiliaria haya obtenido, en su minuto, permisos de edificación y urbanización por parte de la Municipalidad, al formar parte de una normativa y materia completamente diferente...” (el subrayado es nuestro).

Cabe hacer presente que, relacionado a este caso, recientemente el Tercer Tribunal Ambiental decidió anular la Resolución Exenta N° 1.405, de 14 de diciembre de 2021, del MMA, la que declaró al humedal “*Mallinko Abtao Lawal*” de Puerto Montt, como humedal urbano, y le dio una nueva extensión, pasando de 21 a 93,9 hectáreas, por contener vicios de procedimiento.

<sup>74</sup> Coñuecar con I. Municipalidad de Puerto Montt (2021).

Junto con ello ordenó al MMA realizar un nuevo procedimiento de declaratoria de humedal urbano<sup>75</sup>.

d) *Proyecto Punta Puertecillo - Puertecillo*

El 26 de noviembre de 2001, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VI Región dictó la Resolución Exenta N° 165 que aprobó el EIA del proyecto Hacienda Topocalma, cuyo titular era Inmobiliaria General S.A.

El 17 de enero de 2006, dicha Comisión dictó la Resolución Exenta N° 10, que calificó ambientalmente favorable el proyecto de modificación del Plan Regulador Intercomunal Borde Costero, en adelante PRIBC, relativo a los territorios de Navidad, Litueche, Pichilemu y Paredones. Entre sus disposiciones, destacamos las siguientes:

- i. Regula las Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado, en adelante ZDUC (ubicadas en área rural).
- ii. Incorpora como área planificada la ZDUC-2, Zona Desarrollo Urbano Condicionado Topocalma, que abarca Puertecillo, Laguna y Pueblo, permitiéndole varios usos de suelo y valida la RCA aprobada por Resolución Exenta N° 165/2001 para tal zona.
- iii. Regula una Zona de Protección de Humedales ZP-3, que considera especialmente el cauce del Estero Topocalma.

Mediante el Dictamen N° 60061 de 13 de diciembre de 2006 la CGR formuló los siguientes reparos al PRIBC:

- i. Las reglas sobre expansión urbana y protección de humedales exceden lo prescrito en el artículo 55 de la LGUC, al establecer normas para las ZDUC en el borde costero y zonas de equipamiento industrial y científico fuera del área urbana.
- ii. La ZDUC-1 admite loteos residenciales en áreas rurales y la ZDUC-2 define normas que afectan a un proyecto particular –Hacienda Topocalma–, en circunstancias que debían limitarse a las materias que permite la OGUC.

El 4 de septiembre de 2010, atendidas las observaciones realizadas por la CGR, se publicó la versión final del PRIBC que no incluyó la regulación sobre ZDUC en el borde costero y zonas de equipamiento industrial y científico fuera del área urbana.

El año 2014, Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada inició diversas obras de urbanización para la ejecución del proyecto "*Punta Puertecillo*", para luego subdividir el predio Hijuela Puertecillo en 307 lotes y venderlos.

Por Resolución Exenta N° 1331 de 16 de noviembre de 2016, el SEA declaró la caducidad de la RCA N° 165-2001, en base a la solicitud de Inversio-

<sup>75</sup> Sentencia Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-15-2022 (2023).

nes y Gestión S.A., continuadora de Inmobiliaria General S.A., según la cual el proyecto Hacienda Topocalma fue abandonado, pues no se desarrolló en ninguna de sus etapas.

Luego, por Resolución Exenta N° 1 de 14 de diciembre de 2017, el SMA formuló cargos a Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada y a Administradora Punta Puertecillo SpA, por infracción al artículo 35 letra b) de la Ley N° 20.417, por no contar con RCA en la ejecución de proyectos que la ley la exige, con el eventual daño al medio ambiente, ya que el punto de captación del agua está en afluyente próximo al *Humedal Topocalma*<sup>76</sup>.

Finalmente, el 22 de enero de 2019 mediante la Resolución Exenta N° 102, la SMA absolvió a las procesadas del cargo formulado, ya que, aunque el proyecto si tiene destino habitacional con obras de equipamiento y tiene una envergadura tal que supera los umbrales reglamentarios, la SEA informó que el proyecto nunca debió ser ingresado al SEIA, pues no cumple con ninguna de las tipologías para ello.

Diversos actores de la sociedad civil dedujeron recurso de reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental, en contra de la Resolución Exenta N° 102/2019 de la SMA, el que fue rechazado mediante sentencia de 23 de enero de 2021, sin perjuicio de ordenar remitir copia de la sentencia a la Dirección General de Aguas o DGA, para el resguardo de la integridad ecológica de la cuenca a la que pertenece el *Humedal Topocalma*, así como a la Seremi Minvu, a fin de que ejerza sus atribuciones para el cumplimiento del PRIBC.

Posteriormente, mediante sentencia de 25 de julio de 2021, en causa 14.568-2021<sup>77</sup>, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra del fallo de alzada, accediendo a la reclamación contra la Resolución Exenta N° 102/2019, la cual dejó sin efecto y resolvió: (i) condenar a las recurridas al pago solidario de multa de 5.001 Unidades Tributarias Anuales, por infracción al artículo 35 letra b) de la Ley N° 20.417; (ii) mantener las medidas decretadas en el fallo anulado –remitir copia a la DGA y Seremi Minvu–; y (iii) prohibir, como medida cautelar, la venta de terrenos del proyecto Punta Puertecillo, hasta la obtención de la RCA; ordenando adicionalmente que la SMA fiscalice las construcciones de parcelas ya vendidas.

Destacamos los considerandos 13°, 14° y 15° de la sentencia de la Corte Suprema que acogió el recurso de casación en el fondo, en que expone sus motivos para estimar que respecto del proyecto Punta Puertecillo no aplica el artículo 2° transitorio del RSEIA, que preceptúa que se estiman evaluados estratégicamente los planes calificados mediante el SEIA de forma previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 y los planes vigentes desde antes de la dictación de la Ley N° 19.300.

<sup>76</sup> Tal infracción estaría ligada con las tipologías del artículo 10 de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 3 del Decreto Supremo N° 40 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente que aprobó el RSEIA.

<sup>77</sup> *Fundación Rompientes con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022).

Lo anterior, atendido que el proyecto de PRIBC, para autorizar el desarrollo urbano y turístico en la zona, se basó únicamente en la RCA N° 165/2001, por ende, cuando se declaró la caducidad de ésta, la zona quedó desregulada, sin poder estimarse que hubiere sido objeto de una evaluación ambiental amplia en los términos del artículo 2° transitorio de la RSEIA y, por ende, el proyecto Punta Puertecillo se emplaza en una zona que no puede estimarse comprendida en un plan evaluado estratégicamente.

Luego, en la sentencia de reemplazo, indica que el proyecto Punta Puertecillo tiene un claro fin habitacional y turístico, en los términos del artículo 10 letra g) de la Ley N° 19.300, y que excede las regulaciones netamente agrícolas contenidas en el Decreto Ley N° 3.516. Expone que el proyecto en cuestión se emplaza en el predio Hacienda Topocalma, sobre el cual recayó la RCA N° 165/2001 y en que solo se sometió a EIA el proyecto puntual, pero *"...el área no ha sido objeto de una calificación ambiental que hubiere examinado de manera completa la mejor forma de asegurar en la zona un desarrollo sustentable"*.

Finalmente, concluye que las recurridas ejecutaron un proyecto de desarrollo urbano y turístico con infracción del artículo 10 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 2 del RSEIA, lo que configura la transgresión al artículo 35 letra b) de la Ley N° 20.417, vale decir, la ejecución del proyecto sin contar con la RCA cuando la ley la exige.

e) *Egaña Comunidad Sustentable - Ñuñoa*

La sociedad Plaza Egaña SpA es titular del proyecto inmobiliario denominado *"Egaña-Comunidad Sustentable"*, ubicado en la esquina de Avenida Irrarrázaval con Avenida Américo Vespucio, en la comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana, consistente en la construcción de cuatro torres, tres con destino residencial y una con destino comercial, además de un sector de comercio.

El año 2017 se ingresó el proyecto al SEIA, a través de una DIA. Con fecha 3 de mayo de 2019 de la Comisión de Evaluación o COEVA, de la Región Metropolitana, dictó la RCA N° 222/2019, que calificó favorablemente el proyecto. En contra de ésta se dedujeron una serie de reclamaciones administrativas, ante el Director Ejecutivo del SEA, que fueron rechazadas mediante la resolución exenta N° 2 de 3 de enero de 2020. En contra de ésta última interpusieron reclamación judicial ante el Segundo Tribunal Ambiental, de conformidad con el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

- i. La resolución N° 2/2020 dictada del SEA, no fue debidamente fundada, ya que, no abordó sustantivamente las observaciones ciudadanas;
- ii. Se debió abrir un proceso de participación ciudadana adicional (PAC), al existir *"modificaciones sustantivas"* del proyecto, introducidas por las adendas al mismo;

iii. Se infringieron las normas sobre admisibilidad de los recursos de reclamación, ya que el Director Ejecutivo del SEA debió solicitar antecedentes adicionales a los reclamantes, conforme al artículo 31 de la Ley N° 19.880; y

iv. Se alteraron significativamente los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos –artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 y artículo 7° del RSEIA–, lo que no fue debidamente abordado por la resolución impugnada. Sobre este punto, se reclama, en lo medular, lo siguiente: (i) error en el cálculo de la densidad poblacional; (ii) no considerar la totalidad de los proyectos inmobiliarios del sector; y (iii) no considerar correctamente las observaciones sobre la calidad de vida por efecto sombra.

El Segundo Tribunal Ambiental, mediante sentencia de 25 noviembre de 2021<sup>78</sup>, rechazó la mayoría de las reclamaciones, salvo lo referido a la evaluación de la luminosidad y refracción, en virtud de lo cual decide anular parcialmente la RCA N° 222/2019, ordenando al SEA retrotraer y completar la evaluación en este aspecto. El fallo aclaró que, con el remanente aún válido de la RCA, el titular puede ejecutar el proyecto a su riesgo, sin perjuicio de lo que definan los actos jurídicos que vengan a complementarla.

En contra de la resolución precedente el SEA dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, acogándose la casación en la forma, mediante sentencia con fecha 1° de marzo de 2023<sup>79</sup>, al existir considerandos contradictorios.

En efecto, en los considerandos 18° a 20° de la sentencia expone que el tribunal, por un lado, declaró inadmisibile la reclamación administrativa presentada por una observante PAC respecto a la luminosidad, por no cumplir las exigencias del artículo 78 del RSEIA, pero, por otro, analiza si tal observación fue debidamente considerada por la autoridad, concluyendo que ésta entregó una respuesta incompleta y errada, lo que la llevó a acoger la reclamación y ordena retrotraer el proceso ambiental. La Corte Suprema agrega que se trata de considerandos contradictorios que se anulan mutuamente y que, por tanto, la sentencia recurrida no ha sido pronunciada en forma legal, *“...toda vez que no contiene consideraciones que permitan comprender la decisión de anular parcialmente la RCA N° 222/2019, solo en lo referido a la evaluación de la luminosidad (efecto sombra) y refracción”*.

#### f) Valle Grande - Lampa

Inversiones y Asesorías GGF SpA es dueña del Lote ML-B1 d, proveniente de la subdivisión del lote ML-B1, de la ZUDC Valle Grande, comuna de Lampa, Región Metropolitana. El lote originario se encontraba afecto a utilidad pública, sin embargo, se llevó adelante su subdivisión y la urbanización de los

<sup>78</sup> Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 231-2020 (2021).

<sup>79</sup> Donoso con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos (2023).

lotes resultantes, los que no quedaron afectos. Así lo confirman, entre otros, los siguientes antecedentes:

- i. Certificado N° 2449 de 29 de mayo de 2015, de que el lote ML-B1 no está afecto a la declaratoria de utilidad pública del lote ML-B1 d, emitido por la DOM de Lampa.
- ii. Certificado N° 13 de 10 de julio de 2017, de recepción definitiva de las obras de urbanización, sin observaciones, emitido por la DOM de Lampa.
- iii. Certificado N° 2242130 de 12 de marzo de 2021, otorgado por el SERVIU, que certifica que el lote ML-B1D no está afecto a expropiación por SERVIU RM.

En marzo de 2021 la propietaria interpuso reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra del Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Lampa, por la emisión del CIP N° 227 de 8 de enero de 2021, referente al lote ML-B1. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2022<sup>80</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el reclamo estimando que el CIP N° 277/2021 adolece de ilegalidad, dejándolo sin efecto, por contravenir actos administrativos previos emanados de la misma autoridad. Al respecto, en sus considerandos 10° sostiene lo siguiente:

*"...el Certificado de Informaciones Previas objeto del presente reclamo de ilegalidad, contraría en forma expresa los actos administrativos precedentemente referidos, todos los cuales han generado sus efectos jurídicos, inclusive uno de ellos rectificado en cumplimiento de una resolución judicial ejecutoriada, incorporándose al patrimonio del reclamante las consecuencias que derivan de aquellos actos administrativos, sin que puedan verse amagados los derechos que emanan de la concatenación de decisiones de la Autoridad en forma unilateral por la misma, quien únicamente puede conducirse conforme lo manda la Constitución y las leyes (...) Ergo, no resulta jurídicamente posible ni aceptable que, por un acto administrativo posterior, esto es el CIP, se prive al particular de los derechos que emanan de los actos válidamente emitidos por la Autoridad, sin que esta hubiese, dentro del plazo legal, iniciado un proceso invalidatorio otorgando la correspondiente audiencia a los interesados, para así permitirles hacer valer sus derechos".*

Luego, en el considerando 13° señala que comparte la afirmación del municipio de Lampa, en cuanto a que los CIP no generan derechos adquiridos respecto a sus propietarios, por ser un simple acto de constancia, sin embargo, agrega que *"...en la especie los derechos han sido otorgados por actos administrativos válidos y pretéritos, emanados de la misma autoridad, los cuales se ven amagados por el Certificado que los ignora"*.

<sup>80</sup> Inversiones y Asesorías GGF Limitada con Flores Osorio Alejandro (2022).

En contra de la resolución precedente la parte vencida interpuso recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, el que fue acogido mediante sentencia de 14 de abril de 2023<sup>81</sup>, invalidando la sentencia del tribunal a quo y dictando sentencia de reemplazo.

En el fundamento 19° de la sentencia invalidatoria, la Corte Suprema sostuvo que el fallo recurrido declaró que el acto impugnado es contrario a derecho, en circunstancias que "...*la planificación urbana es una función pública cuyo objetivo es organizar y definir el suelo y las demás normas urbanísticas de acuerdo al interés general*'. De manera que, en caso alguno, la decisión particular de una autoridad podría modificar la normativa aplicable, más aun si se tiene presente lo dispuesto en el artículo 6 y 7 de la Carta Fundamental".

Por su parte, en sus razonamientos 4° y 5° de la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema, expuso que el CIP debe conformarse a las normas urbanísticas vigentes, ya que, de allí deriva su validez y si éste es emitido contrariando tales normas, carecerá de todo valor, debiendo la autoridad administrativa dejarlo sin efecto por ser un acto ilegal. Agrega que el CIP no entrega derechos adquiridos al administrado, sino que se trata de un acto informativo que mantiene su vigencia mientras nos cambien las condiciones urbanísticas pertinentes.

Luego, en su fundamento 11° la Corte Suprema indica que el reclamo se basa en actos administrativos que emanan de un hecho fáctico que no es efectivo, que contraviene el PRMS, y que los actos de la autoridad no pueden desconocer el ordenamiento jurídico, por ende, si los mismos fueran validados, el actuar de dicha autoridad "...sería contradictorio con la normativa legal y, por consiguiente, no se ajustaría a la potestad jurídica que la ley le confiere al órgano para el cumplimiento de un fin específico...".

Cabe hacer presente que la sentencia de la Corte Suprema contó con dos votos disidentes<sup>82</sup>, quienes estuvieron por rechazar el recurso, entre otros fundamentos, por estimar que un error de la Administración no puede afectar derechos emanados de actos firmes y perfectos cuyo efecto se ha radicado en el patrimonio de su destinatario y por considerar que en autos deben primar los principios consagrados en la LBPA, en especial, "...*el de la buena fe, la seguridad y certeza jurídicas, la confianza legítima, la teoría de los actos propios, impugnabilidad y transparencia, que obligan a realizar una interpretación pro administrado en esta materia (SCS Rol N° 5.205-2021)*".

## 2. Análisis crítico de la jurisprudencia invalidatoria

La tendencia jurisprudencial contenida en la mayor parte de los fallos analizados, si bien busca dar protección a ciertos derechos reconocidos por nuestra Carta Fundamental, al mismo tiempo pugna con otras normas constitucionales y legales de nuestro ordenamiento jurídico y con todos los principios

<sup>81</sup> *Inversiones y Asesorías GGF Limitada con Flores Osorio Alejandro* (2023).

<sup>82</sup> Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Ángela Vivanco y el Abogado Integrante Señor Pedro Águila.

analizados en el acápite tercero precedente, que buscan dar estabilidad al desarrollo de proyectos inmobiliarios.

En efecto, en el orden constitucional, si aceptáramos la invalidación de los permisos urbanísticos por actos unilaterales de la Administración del Estado, frente a la actuación de buena fe de los beneficiarios, estaríamos desconociendo las garantías constitucionales del derecho de propiedad y del derecho a la libre iniciativa económica, consagrados en los artículos 19 N<sup>os</sup> 24 y 21, respectivamente, comprometiendo seriamente el Estado de Derecho. Del mismo modo, la invalidación administrativa vulnera el principio de legalidad consagrado en los artículos 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la CPR, conforme al cual los órganos del Estado deben someter su acción a la CPR y a las normas dictadas conforme a ellas y, asimismo, actúan válidamente solo si lo hacen dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley<sup>83</sup>.

En nuestra opinión, la Administración no puede revocar o invalidar libremente los actos administrativos relativos a permisos urbanísticos, ya que ello implica un grave atentado al orden constitucional y legal, al existir derechos adquiridos de buena fe que se han incorporado al patrimonio de sus titulares. Además introduce un factor de inestabilidad en las relaciones jurídicas, que para el desarrollo de negocios, requieren de certeza y seguridad.

Al respecto, Díaz de Valdés y Enteiche sostienen que, con el fin de resguardar los derechos de los particulares beneficiados por un acto administrativo originario, la facultad invalidatoria de la Administración debe estar limitada y, citando a Agustín Gordillo, agregan: *"...la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que solo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa"*<sup>84</sup>.

Eduardo Cordero, en tanto, señala que este cambio de criterio jurisprudencial se viene avizorando a partir del año 2017, cuando la Corte Suprema estimó que de un acto administrativo ilegal no pueden nacer derechos adquiridos para su titular<sup>85</sup> *"...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"*. Al respecto, estima que debe existir una natural preocupación, ya que no es razonable que los titulares de derechos que tienen la convicción que la Administración ha actuado en forma legítima queden en total desprotección ante los errores de la propia autoridad<sup>86</sup>.

Flores, por su parte, en relación a la invalidación de los permisos de edificación, sostiene que la jurisprudencia administrativa y judicial han otorgado una protección zigzagueante en el tiempo, donde si bien los derechos adquiridos

<sup>83</sup> FIGUEROA 2022, 347.

<sup>84</sup> DÍAZ DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 237.

<sup>85</sup> Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros contra Ilustre Municipalidad de Valparaíso (2017).

<sup>86</sup> CORDERO 2021, 56.

ridos se tornan en una limitante sustancial, su falta de reconocimiento judicial implica un clima de profundas incertezas jurídicas<sup>87</sup>.

En definitiva, la tendencia jurisprudencial de la última década, que retratamos en cinco de los seis fallos analizados, tiene sustento fáctico en supuestas irregularidades contenidas en el proceso de aprobación u otorgamiento de los permisos en cuestión, las que muchas veces son discutibles y se transforman en una salida para justificar la invalidación. En este sentido, la facultad invalidatoria de la Administración y de los Tribunales de Justicia debiera al menos quedar limitada y restringida por ley en pos del resguardo de los derechos constitucionales de titulares y de terceros que hubieren actuado de buena fe, en virtud de la primacía de los principios de buena fe, debido proceso, presunción de legalidad, protección de la apariencia, confianza legítima y seguridad jurídica, todos los cuales tienen su claro sustento en nuestra Carta Fundamental.

## VI. ¿Cómo fortalecer la certeza jurídica en materia inmobiliaria y de construcción?

El panorama antes descrito, en nuestra opinión, podría mejorarse si se adoptaran, entre otras, las medidas que exponemos a continuación, cuya implementación favorecería el fortalecimiento de la certeza jurídica en la industria inmobiliaria y de la construcción, robusteciéndose nuestro Estado de Derecho.

### 1. Precisar las facultades de la Seremi Minvu y la CGR en materia urbanística

Tal como se expuso en el apartado IV *supra*, la Seremi Minvu y la CGR no debieran tener un choque de atribuciones respecto a la interpretación de la normativa urbanística, sin embargo en la práctica ello sí ocurre, en nuestra opinión, porque la CGR se ha excedido en su rol de control de la legalidad y ha invadido el ámbito de acción propio de la Seremi Minvu, tal como lo ha reconocido la Doctrina:

*"...[la] Contraloría a veces sobrepasa el marco de sus atribuciones llegando a decidir expresamente en forma contraria a lo que ha dicho el MINVU, pese a que es este último el encargado de interpretar la normativa urbanística, siendo necesario que el poder legislativo tenga que intervenir corrigiendo el exceso en el que ha incurrido la CGR. Claramente este no puede ser el canal normal ni deseable por medio del cual se resuelvan conflictos interpretativos que, por lo demás, no provienen de la asignación de competencias que ha realizado originalmente el legislador, sino que de la clara interferencia del órgano contralor en las potestades que la ley ha atribuido al MINVU"*<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> FLORES 2023, 72.

<sup>88</sup> CORDERO 2019, 22.

En este sentido, estimamos fundamental que cada órgano de la Administración ejerza sus competencias guardando estricto respeto a los límites establecidos por el legislador, apegándose de esta forma a los principios de juridicidad y de separación de funciones, los que vienen a garantizar otros principios básicos del Estado de Derecho, como el de confianza legítima y seguridad jurídica.

Al respecto, proponemos las siguientes modificaciones a la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la CGR, en adelante Ley N° 10.336:

- a) Precisar el alcance de sus competencias, establecidas en los artículos 1 y 6, especialmente su rol interpretativo, que genera incerteza en materia urbanística; y
- b) Definir en forma precisa las limitaciones establecidas en el artículo 6° inciso 3°, respecto a la potestad dictaminante de la CGR en asuntos de carácter litigioso y aquellos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Un elemento clave a precisar es interés del reclamante, sienta fundamental que, para entrar a conocer, el particular acredite un interés actual y real en el asunto<sup>89</sup>.

## 2. Limitar el efecto retroactivo del rol interpretativo de los órganos administrativos

Los dictámenes que emite la CGR –muchos de ellos que recaen en la permilogía urbanística– producen sus efectos no desde la fecha de su dictación, sino que desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.<sup>90</sup> Ello sin duda implica una afectación a las situaciones jurídicas consolidadas. En este sentido, el rol interpretativo que ejerza la Administración –ya sea la CGR, la DDU o la propia Seremi Minvu– debiera siempre regir hacia el futuro, debiendo en todo caso respetarse los derechos adquiridos de los propietarios o desarrolladores que se encontraban de buena fe.

## 3. Limitar la facultad invalidatoria de la Administración ante los permisos urbanísticos

Del análisis realizado en el capítulo III *supra*, se obtiene que la facultad invalidatoria que recae sobre la Administración tiene y debe tener claras limitaciones, sometiéndose a los principios que inspiran la estabilidad de los actos administrativos, en especial, tratándose de los permisos urbanísticos. Ello es un requisito básico de un Estado de Derecho, que permite establecer un clima de confianza y seguridad jurídica en el desarrollo de cualquier actividad económica en que intervenga la autoridad administrativa. Lo anterior aplica especialmente en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios y de construcción, ya que desde su diseño hasta su materialización pueden transcurrir

<sup>89</sup> Al respecto ver Dictamen N° E332910 de 13 de abril de 2023, de la CGR.

<sup>90</sup> CORDERO 2019, 10.

varios años y tienen comúnmente asociados la inversión de ingentes recursos económicos.

#### 4. Uniformar y mejorar la calidad legislativa

Tal como hemos consignado, existe en Chile una proliferación inorgánica de normativa en materia inmobiliaria, urbanística y de construcción, que de su examen queda en claro que presenta una serie de deficiencias, entre ellas:

- Regulación dispensa en diversos cuerpos legales y reglamentarios y en muchos ámbitos anacrónica, lo que dificulta su aplicación y entendimiento, en que falta armonía y coordinación;
- Fragmentación del sistema de control de los actos urbanísticos y ausencia de mecanismos de coordinación y armonización entre las acciones y recursos disponibles<sup>91</sup>, lo que trae consigo el incremento de la conflictividad e incerteza en la tramitación de los permisos de edificación<sup>92</sup>;
- Regulación urbanística comunal e intercomunal generalmente desactualizada y que, por ende, no conversa con la realidad, generando incerteza a la hora de conocer las condiciones urbanísticas aplicables a un predio y solicitar los permisos urbanísticos correspondientes, demorándose muchos años la actualización de los instrumentos de planificación territorial;
- Ausencia de una norma de carácter legal que proteja los derechos adquiridos de buena fe de los titulares de permisos urbanísticos y de los terceros, como una limitante a la hora llevar adelante un proceso invalidatorio del acto administrativo; y
- Amplios espacios de discrecionalidad a la autoridad sanitaria en la normativa vigente en materia medio ambiental, sin establecer en forma clara y precisa los requisitos para solicitar los permisos y los trámites mínimos que deben realizarse.

Los problemas anteriores sin duda no favorecen a la certeza y seguridad jurídica que debe existir en la industria inmobiliaria y de la construcción, necesitándose una actualización urgente, que logre establecer un sistema normativo único, coherente y uniforme.

Al respecto, estimamos fundamental poder realizar las siguientes modificaciones legales o reglamentarias:

---

<sup>91</sup> Se puede atacar la legalidad de un acto urbanístico mediante: (i) reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM), (ii) la invalidación administrativa (art. 53 Ley N° 19.880), (iii) la solicitud de pronunciamiento ante Contraloría (dictámenes), (iv) recurso de protección; y (v) nulidad de derecho público. A ello se suma, en materia ambiental, la acción de protección y el recurso ante los tribunales ambientales (jurisdicción especializada). GÓMEZ 2022, "Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales", p. 165.

<sup>92</sup> GÓMEZ 2022, 165.

- a) Agregar un nuevo inciso al artículo 53 de la LBPA, donde se establezca que la invalidación en ningún caso puede afectar los derechos de titulares y de terceros de buena fe cuando mediante la anulación del acto se les genere un daño irreparable;
- b) Si bien el inciso tercero del artículo 53 de la LBPA establece que el acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia mediante un procedimiento breve y sumario, se debe añadir también el derecho de los afectados por la invalidación de reclamar los daños mediante un procedimiento breve y sumario;
- c) Especificar en el párrafo 1º del capítulo II de la LGUC, sobre permisos urbanísticos, los casos excepcionales en que la autoridad podría invalidar alguno de los permisos otorgados;
- d) En el mismo párrafo anterior de la LGUC, establecer la obligatoriedad de la publicidad de permisos, mediante publicación en el Diario Oficial, relativos a proyectos sensibles, por su envergadura, localización, posible afectación del medioambiente, entre otros, para conocimiento de la ciudadanía, estableciendo plazos cortos de prescripción para su impugnación, de modo de dar certeza jurídica a todos los intervinientes;
- e) Incorporar en el artículo 12 de la LGUC un reclamo de ilegalidad administrativo respecto de todos los actos vinculados a los permisos que otorga la autoridad en el marco de los desarrollos inmobiliarios y urbanísticos, donde se debe acreditar un interés real y actual del reclamante respecto al acto impugnado; y
- f) Por último, en materia medio ambiental, es recomendable limitar los amplios espacios de discrecionalidad de la autoridad sanitaria, definiendo con precisión y unificando a nivel nacional los: "(i) requisitos para solicitar los permisos; (ii) los actos trámite mínimos que deben realizarse y (iii) criterios de decisión similares a la modalidad de los PAS contenidos en el RSEIA"<sup>93</sup>.

## 5. El mejoramiento sustantivo de la calidad las sentencias judiciales

En nuestra opinión, del estudio de la jurisprudencia judicial, podemos observar cierta tendencia de los Tribunales de Justicia de resolver los problemas urbanísticos evitando pronunciamientos sobre los temas de fondo e intentando dar solución a conflictos jurídicos complejos a través de mecanismos formales. Ello puede deberse, en parte, a la falta de especialización de los jueces en materias técnicas muy complejas y sofisticadas propias del derecho urbanístico, inmobiliario y de construcción.

En este sentido, resulta crucial contar con una judicatura que se informe y especialice en las materias técnicas y se pronuncie sobre el mérito, consi-

<sup>93</sup> COMISIÓN NACIONAL DE PRODUCTIVIDAD 2019, 226.

derando todos los elementos que se encuentran en juego en los conflictos inmobiliarios y de la construcción que llegan a su conocimiento y resolución.

Sobre el particular, el profesor Alejandro Vergara estuvo realizando un encomiable análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema en diversas materias propias del derecho administrativo, entre los años 2008 a 2018, y luego hizo una complementación referente al periodo 2019. Fruto de este estudio, sostuvo que las decisiones de la Corte Suprema en la primera década analizada fueron sumamente cambiantes, dándole escaso valor al precedente<sup>94</sup>, lo que evidentemente es una dificultad y genera un estado de incerteza jurídica.

El referido autor aglomeró las áreas de análisis en cuatro grandes grupos, uno de ellos sobre "*conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos*". Como vimos en la jurisprudencia analizada en el capítulo V *supra*, el aspecto medio ambiental se ha tornado de alta conflictividad en el desarrollo de grandes proyectos de construcción, por la evidente importancia que reviste su protección y conservación. Particularmente sobre este tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido sumamente vacilante.

En efecto, Vergara analiza, por ejemplo, los pronunciamientos relativos a los plazos para que terceros absolutos puedan solicitar la invalidación. Por un lado, las partes del procedimiento administrativo de evaluación ambiental tienen certeza del plazo con que cuentan para efectuar reclamaciones, administrativas y judiciales, contra el acto terminal ambiental, mientras que, por otro, los terceros absolutos no cuentan con un plazo específico para ello. Sobre el particular concluye que en la década del 2008 al 2018 "*...ha existido un constante zigzag en la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema*"<sup>95</sup>. Luego, en el año 2019, concluye que la jurisprudencia continuó siendo vacilante a diferencia de otros temas en que se tendió a la uniformidad<sup>96</sup>.

## 6. La modernización digital del Estado Ley N° 21.180

Por último, la Ley N° 21.180 sobre transformación digital del Estado del año 2019, en adelante también Ley N° 21.180, estableció una serie de modificaciones a la LBPA, con el objeto de lograr la modernización de los órganos de la Administración del Estado. Entre los principios que introdujo la Ley N° 21.180 a la LBPA destacamos los siguientes: (a) el principio de actualización, que obliga a todos los órganos de la Administración a "*...actualizar sus plataformas a tecnologías no obsoletas o carentes de soporte, así como generar medidas que permitan el rescate de los contenidos de formatos de archivo electrónicos que caigan en desuso*" y (b) el principio de cooperación, en virtud del cual "*...los distintos órganos de la Administración del Estado deben cooperar efectivamente entre sí en la utilización de medios electrónicos*" (art. 16 bis LBPA).

<sup>94</sup> VERGARA 2019, 6.

<sup>95</sup> VERGARA 2019, 50.

<sup>96</sup> VERGARA 2020, 266 y 278.

En nuestra opinión, resulta perentorio que los órganos de la Administración del Estado que participan en el otorgamiento de permisos urbanísticos apliquen estos principios, así como todas las medidas de modernización que consagra la referida ley, lo cual vendría a favorecer un clima de seguridad y certeza jurídica tanto para la propia Administración como para los administrados.

En suma, como podemos observar, existe en nuestro país un importante camino por recorrer para lograr una mayor certeza jurídica y estabilidad en los permisos urbanísticos. Para transitar en la dirección correcta estimamos conveniente y necesario poder llevar a cabo las medidas correctivas antes propuestas, sin las cuales seguiremos navegando por caminos difíciles y que atentan contra la seguridad jurídica tan necesaria para el desarrollo de la industria inmobiliaria y de la construcción, junto con ayudar a poder tener un adecuado resguardo del Estado de Derecho en nuestro país.

## VII. Conclusiones

La certeza y seguridad jurídica son la base de cualquier Estado de Derecho y un requisito indispensable para la ejecución de proyectos inmobiliarios, y de construcción.

La facultad invalidatoria que ejerce la Administración sobre sus propios actos, en la medida que no tenga limitaciones claramente definidas, en especial en relación a los derechos adquiridos por peticionarios y terceros de buena fe, implica un grave atentado a los atributos de la certeza y seguridad jurídica.

Lo anterior, al alero de los pronunciamientos de nuestros propios Tribunales Superiores de Justicia, los que en las últimas décadas en nuestro país han ratificado y validado el comportamiento invalidatorio ejercido por la Administración, en ciertos casos traspasando los límites mínimos que impone la propia ley y la Constitución.

Estimamos que en razón de lo anterior la adopción de las medidas o soluciones propuestas, permitirían generar un espacio de mayor certeza y seguridad jurídica tan necesaria para la industria inmobiliaria y de la construcción y así enmendar el rumbo hacia la búsqueda del equilibrio y el respeto de los derechos de todos los involucrados.

## Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2005). El Principio de Confianza Legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho* 18 (2), 83-105.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002). *Derecho Administrativo. Tomo II*. LexisNexis.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1983). Autorización de edificación: naturaleza jurídica y efectos en BOTASSI, Carlos Alfredo [autor], *Derecho y Planeamiento Urbano*. Editorial Universitaria.
- COMISIÓN NACIONAL DE PRODUCTIVIDAD (2019). Calidad regulatoria en Chile: una revisión de sectores estratégicos. Disponible en: <https://devcnep.tchile.com/estudios/informe2019/#>
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2021). El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 33-70.

- CORDERO VEGA, Luis (2019). Alcance de las competencias del Minvu y Contraloría en materia urbanística, en el contexto de distintos fenómenos que influyen en la estabilidad de los actos urbanísticos y la ejecución de proyectos con el objeto de formular posibles vías de solución de los principales conflictos identificados. Informe en derecho (Santiago, Chile), 95 pp.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel y ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2015). La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos. *Revista Actualidad Jurídica* (31), 235-266.
- FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo (2014). Estabilidad de los Permisos Urbanísticos ante el Derecho Constitucional y Administrativo Chileno”, Informe en Derecho.
- FERNÁNDEZ, José y HOLMES, Felipe (2009). *Derecho Urbanístico Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2022). *Urbanismo y construcción, 3ª Edición*. DER Ediciones.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2023). *Revisión del Acto Administrativo: Recursos administrativos, invalidación, revocación, caducidad y decaimiento, 1ª Edición*. DER Ediciones.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2017). La caducidad de Los Actos Administrativos. *Revista de Derecho* 30 (2), 225-249.
- FUENTES MONDACA, Óscar (2021). La invalidación de los permisos de edificación. Criterios de la Jurisprudencia, en Bermúdez Soto, Jorge [director], *Revista Chilena de la Administración del Estado (CEA)* (4), 21-42.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2001). *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2022). Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 157-180.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (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.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (28), 5-175.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile de 1980 [CPR] de 21 de octubre 1980.
- Decreto N° 458 de 1976 [con fuerza de ley]. Aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de abril de 1975. D.O. No. 29.431.
- Decreto N° 47 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Fija el texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. 15 de junio de 1992.
- Ley N° 19.880 de 2003. Ley de Bases de Procedimiento Administrativo que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. 29 de mayo de 2003. D.O. No. 37.570.
- Ley N° 21.180. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 26 de julio de 2006. D. O. No. 38.535.
- Ley N° 19.300 de 1994. Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. 9 de marzo de 1994. D.O. No. 34.810.
- Ley N° 21.180 de 2019. Transformación digital del Estado. 11 de noviembre de 2019. D.O. No. 42.499.

## Jurisprudencia citada

- Inversiones y Asesorías GGF Limitada con Flores Osorio Alejandro* (2023): Corte Suprema, 14 de abril de 2023 (Rol N° 10.051-2022). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Donoso con Servicio de Evaluación Ambiental Región De Los Lagos* (2023): Corte Suprema, 1 de marzo de 2023 (Rol N° 1085-2022). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Eurocorp Dos S.A. con Ilustre Municipalidad de Estación Central* (2022): Corte Suprema, 14 de octubre de 2022 (Rol N° 81.065-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].

- Fundación Rompientes con Superintendencia del Medio Ambiente* (2022): Corte Suprema, 25 de julio de 2022 (Rol N° 14.568-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Inversiones y Asesorías GGF Limitada con Flores Osorio Alejandro* (2022) Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2022 (Rol N° 152-2021). Primera Sala. [Recurso de apelación].
- Coñuecar con I. Municipalidad de Puerto Montt* (2021): Corte Suprema, 23 de julio de 2021 (Rol N° 21.970-2021). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Comité Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña Del Mar con I. Municipalidad de Concón* (2019): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2019 (Rol N° 22.221-2018). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros contra Ilustre Municipalidad de Valparaíso* (2017): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017 (Rol N° 15.561-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. contra Contraloría Regional de Valparaíso* (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2016 (Rol N° 47.610-2016). Tercera Sala [Apelación Recurso de Protección].
- Aguilera Vera Luis Segundo H. con I. Municipalidad de La Unión* (2013): Corte Suprema, 23 de marzo de 2013 (Rol N° 5815-2011). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Odontólogos Asociados con Municipalidad de Chillán* (2013): Corte Suprema, 14 de octubre de 2013 (Rol N° 293-2013). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Luis Alberto Sanchez Medina con Sergio Zarzar Andonie* (2012): Corte Suprema, 11 de diciembre de 2012 (Rol N° 293-2013). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695* (2009): Tribunal Constitucional, 4 de diciembre de 2009 (Rol N° 1.228). [Control preventivo de constitucionalidad].
- Romero Tocornal Juan contra alcalde Municipalidad Vitacura* (2006): Corte Suprema, 16 de mayo de 2006 (Rol N° 3604-2005). Tercera Sala. [Reclamo de Ilegalidad].
- Sergio Rojas con Director de Obras Municipales de Viña Del Mar* (2002): Corte Suprema, 14 de noviembre de 2002 (Rol N° 3797-2002). Cuarta Sala [Apelación Recurso de Protección].
- Proyecto de Ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada*, Rol N° 207 (1995): Tribunal Constitucional, 10 de febrero de 1995 (Rol N° 207). [Control preventivo de constitucionalidad].

# Las tensiones entre el principio de libre competencia y el principio de estricta sujeción a las bases en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República

The tensions between the principle of free competition and the principle of strict subjection based on the jurisprudence of the Comptroller General of the Republic

Nelson Salazar Zapata<sup>1</sup>

El objetivo de este artículo es determinar si la Contraloría ha desarrollado criterios y razonamientos que permitan resolver en forma sistemática las tensiones que se generan entre el principio de estricta sujeción a las bases y el de libre competencia, en materia de contratación pública.

This article's objective is to determine if the Comptrollership has developed criteria and reasoning that allow to systematically resolve the tensions that are generated between the principle of strict subjection and the principle of free competition, in what public procurement matters.

**Palabras clave:** Derecho de la Contratación Pública, contratación administrativa, Contraloría General de la República, principios.

**Keywords:** public procurement, Comptroller General of the Republic, principles.

## Introducción

En la actualidad, Chile cuenta con un estatuto consolidado de contratación administrativa y compras públicas fijado por la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magister en Derecho con mención Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal calle Limache 3421, oficina 522, Viña del Mar, Chile, Correo electrónico [nelson.salazar.z@mail.pucv.cl](mailto:nelson.salazar.z@mail.pucv.cl).

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 3 de octubre de 2023.

Servicios (LBCA), y el Decreto Supremo N° 250, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, sobre Contrato de Suministro y Prestación de Servicios (RLBCA), con aproximadamente 16 años de vigencia. A su vez, forman parte de él la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), y la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA). La interpretación de estos cuerpos normativos ha confluído entre sentencias del Tribunal de la Contratación Pública (TCP) y dictámenes y oficios de la Contraloría General de la República (CGR), siendo estos últimos relevantes en la configuración de los principios que rigen la materia, en virtud de sus atribuciones, vinculadas al trámite de toma de razón y su potestad dictaminadora.

Uno de los problemas para la Administración del Estado y los oferentes ha sido la determinación de la aplicación de los principios de libre competencia de los oferentes al llamado administrativo, y de estricta sujeción a las bases, cuando en los procedimientos de licitación pública aparentemente ambos son concurrentes para solucionar un problema jurídico. El propósito de este artículo, entonces, es determinar si, en virtud de su control de legalidad, la CGR ha desarrollado criterios y razonamientos que permitan resolver en forma sistemática las tensiones que se generan entre estos principios, bajo una metodología dogmática y jurisprudencial.

En ese empeño, el primer acápite de este artículo expondrá el rol de la CGR en la interpretación del estatuto de la contratación administrativa en Chile y analizará el trámite de toma de razón y la potestad dictaminadora como materializaciones prácticas del control de legalidad. En el segundo apartado, se conceptualizarán y determinarán los alcances del principio de estricta sujeción a las bases y el principio de libre competencia, a la luz de la doctrina de los autores y la jurisprudencia administrativa. En tercer lugar, se expondrán y clasificarán los principales criterios y razonamientos de la CGR en la resolución de casos en donde se han generado tensiones entre estos principios, enunciando su aplicación en diferentes dictámenes. Finalmente, se entregará una propuesta de sistematización de los principales criterios y razonamientos de la CGR, buscando generar una guía que oriente a los operadores jurídicos al resolver un caso en el que se presente la discutida tensión.

## I. La Contraloría General de la República y los procedimientos de contratación administrativa

Respecto del estatuto de la contratación administrativa de la LBCA, hay que prevenir que no son pocos los órganos del Estado los que intervienen en su interpretación, ya que los operadores jurídicos tienen alternativas de aclaración, rectificación e impugnación dependiendo de: el estado en que se encuentre el respectivo procedimiento de contratación administrativa, el tipo órgano que esté contratando, el tipo de pronunciamiento que se requiera y, en último caso, la opción que elija el interesado. En lo concerniente a la im-

pugnación de actos administrativos, es posible señalar que la LBCA permite, mediante la aplicación supletoria del artículo 59° de la LBPA, su revisión por parte de la misma autoridad que dictó la respectiva resolución, a través del recurso de reposición, o bien, ante el superior de aquella jefatura, a través del respectivo recurso jerárquico, no difiriendo de la regla general en materia de procedimiento administrativo<sup>2</sup>. Conviene indicar que la interposición de dichos recursos interrumpirá los plazos legales para la interposición de acciones judiciales<sup>3</sup>. Sin embargo, marca diferencias respecto a la posibilidad de control judicial, ya que es de los casos excepcionales de nuestro sistema, al contar con un contencioso administrativo especial radicado en el TCP.

El TCP, de acuerdo al artículo 26° de la LBCA, es competente para conocer de la acción de impugnación en contra de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. El TCP es un tribunal especial, colegiado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con lo que establece el artículo 79° de la Constitución Política de la República (CPR)<sup>4</sup>.

Ahora bien, pese a que se ha establecido un tribunal especial en el procedimiento de contratación administrativa a nivel legal, este no es el único órgano que juega un rol especial, pues la CPR en su artículo 98° ha reservado a la CGR el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, el cual se configura como un control externo, que puede ser preventivo o represivo, según sea el caso, y se expresa, principalmente, a través de dos grandes potestades: el trámite de toma de razón y la potestad dictaminadora, las que tienen una influencia decisiva en los procedimientos de contratación administrativa que efectúa el Estado.

El trámite de toma de razón constituye una de las facultades más peculiares y singulares de la CGR chilena, en comparación a las demás entidades de fiscalización superior de otros países<sup>5</sup>. Cordero Vega lo traduce como “un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la

<sup>2</sup> En el ordenamiento jurídico chileno, como también ocurre en el Derecho comparado, existen vías administrativas y judiciales de impugnación de los actos administrativos. Las primeras, que las leyes chilenas denomina “recursos”, son los que la doctrina comparada identifica como “procedimientos administrativos” de impugnación y corresponden, en el Derecho chileno, a los denominados recursos administrativos (artículos 2 y 10 de la LOCBGAE). Estos recursos son, en nuestro Derecho, los recursos ordinarios de reposición y jerárquico, ambos mecanismos establecidos para impugnar el acto ante la misma autoridad que los dictó o ante el superior jerárquico, a través de los que se puede revisar no solo la legalidad de la actuación administrativa, sino la oportunidad o conveniencia de la misma (artículo 1° y 11 de la LOCBGAE y artículo 59 de la LBPA). Así lo indica FERRADA BÓRQUEZ 2011, 253.

<sup>3</sup> Este criterio se aplica incluso en procedimientos especiales de impugnación de acuerdo a la Sentencia de la Corte Suprema *María Correa y Cía. Ltda. con Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (2010)*, citada por FERRADA BÓRQUEZ 2011, 260-261.

<sup>4</sup> Este Tribunal no cuenta con una regulación orgánica propiamente tal, su regulación es escueta, breve y parca. VERGARA BLANCO 2016, 351.

<sup>5</sup> AYLWIN 2001, 602.

otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas”<sup>6</sup>. En lo relacionado a los procedimientos de contratación administrativa y el trámite de toma de razón, la Resolución N° 7 de 2019, de la CGR, en su artículo 13° dispone cuales actos están afectos a este trámite, siendo particularmente relevantes la toma de razón de bases administrativas, siempre que se refieran a contratos o adjudicaciones afectos, y de aquellos contratos o adjudicaciones, siempre que se encuentren por sobre el umbral establecido en la Resolución N° 8 de 2019, de la CGR.

La potestad dictaminadora, en cambio, está configurada como un control represivo de legalidad a solicitud de un interesado respecto de un determinado acto de la Administración del Estado. Su regulación está a nivel legal<sup>7</sup> –a diferencia del anterior trámite, que tiene consagración constitucional–, en el artículo 6° de la Ley N° 10.336, de Organizaciones y Atribuciones de la Contraloría General de la República (LOCGR). Aquel artículo expresa los siguientes límites para su ejercicio: (a) aquellos asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos; (b) aquellos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son competencia del Consejo de Defensa del Estado.

Pues bien, en materia de contratación administrativa, los interesados acuden a la CGR para efectos de hacer reparos e impugnaciones respecto de actos en que incurren los órganos de la Administración del Estado que dirigen un procedimiento de contratación. Estos pueden tener lugar en el trámite de toma de razón, a través de un escrito para hacer presente antecedentes y alegaciones con el objeto de que al momento de pronunciarse, la CGR represente, realice un alcance o bien tome razón de un acto<sup>8</sup>. Por otro lado, son muy habituales las solicitudes de pronunciamiento jurídico para que la CGR emita un dictamen, o bien oficie, según exista jurisprudencia administrativa o no, respecto de un determinado acto u omisión de la Administración del Estado que se considera ilegal o arbitrario, dando lugar de este modo a copiosa jurisprudencia administrativa en materia de contratación administrativa<sup>9</sup>. En este sentido, no son pocos los operadores jurídicos que consideran

<sup>6</sup> CORDERO VEGA 2006, 156.

<sup>7</sup> Preciso es señalar que la potestad dictaminante tiene fundamento en la propia Carta Fundamental, al tener la CGR el control de legalidad de los actos de la administración. NAVARRO BELTRÁN 2012, 439.

<sup>8</sup> Las presentaciones de particulares interesados han tenido un efecto práctico consistente en que la Corte Suprema ha ordenado entregar la bitácora de tramitación de la toma de razón (en el entendido que forma parte del proceso de tramitación de un acto administrativo afecto). En virtud de las presentaciones que había realizado la Sociedad Zañartu Ingenieros Consultores SpA en la CGR a propósito de la tramitación de la Resolución DGOP N° 65 de 2016, de acuerdo a la sentencia Consejo de Defensa del Estado (2018).

<sup>9</sup> Navarro Beltrán señala acertadamente que dicha atribución “encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 N° 14 que autoriza a cualquier persona a presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que de la proceder en términos respetuosos y convenientes”. NAVARRO BELTRÁN 2012, 438.

que, en lo que respecta a este último punto, la CGR invade la competencia que tiene el TCP para conocer de las impugnaciones por acciones ilegales o arbitrarias, toda vez que dicha solicitud de pronunciamiento jurídico sería por su naturaleza un asunto propiamente litigioso, debido a que es el propio legislador el que estableció un contencioso administrativo especial en la materia, por lo que la CGR en ejercicio de su potestad dictaminadora debería abstenerse de informar la materia<sup>10</sup>.

Para dar respuesta a esta controversia es menester determinar el sentido y alcance de la potestad dictaminadora que detenta la CGR, y cómo se inserta dentro de los esquemas de control administrativo y jurisdiccional en nuestro sistema. En efecto, su potestad para informar esta materia se sustenta en el artículo 98° de la CPR, los artículos 1°, 9° y 21° A de la LOCGR, referidos a la juridicidad de las actuaciones de la Administración, con el objeto de velar por el respeto a los preceptos y principios fundamentales que rigen los procedimientos de licitación y las respectivas contrataciones, de acuerdo a los dictámenes N° 61.067 de 2016 y 41.269 de 2014. Es decir, la CGR estima que el control de legalidad expresado a través de su potestad dictaminadora tiene un objeto más amplio que una acción de impugnación por ser ilegal o arbitraria, porque esta no se limita solo a lo alegado por el o los solicitantes, sino que se extiende a un examen íntegro de juridicidad. En este mismo sentido, la CGR ha argumentado que las materias de competencias del TCP no han sido sustraídas del ámbito sobre el cual la CGR ejerce sus potestades, criterio establecido en los dictámenes N° 22.024 de 2015 y 13.131 de 2013, entre otros. Así, la interpretación que sostenga la CGR de un precepto o principio relativo a la contratación administrativa en algún dictamen, siempre podrá ser objeto de revisión por parte de los tribunales de justicia mediante las acciones jurisdiccionales procedentes, ya sea mediante el ejercicio de un recurso de protección, o bien mediante el ejercicio de una acción de nulidad de derecho público<sup>11</sup>.

Coincidimos con la CGR, pues el control de legalidad no debe ser asimilado a una contienda de partes, propia de la actividad de los tribunales de justicia<sup>12</sup>. A su vez, consideramos, al igual que Moraga Klenner, que el área de compras públicas es una de las materias en las cuales el control externo nunca está demás, pues es una herramienta clave en el combate a la corrupción, siendo el ejercicio de la potestad dictaminadora un elemento funda-

<sup>10</sup> A partir de la creación del TCP, la Contraloría General de la República no puede intervenir en los casos que estén siendo conocidos por dicho tribunal, el que tiene competencia exclusiva y excluyente para resolver conflictos en los procedimientos de compras públicas (si bien con las limitaciones que establece la LBCA). Variados han sido los casos en que la Contraloría General de la República se ha pronunciado acerca de su incompetencia para conocer acerca de conflictos que se generen entre la Administración y el administrado en los procesos licitatorios, reafirmando que tal competencia corresponde al TCP. VERGARA BLANCO 2016, 364.

<sup>11</sup> SOTO KLOSS 2015, 289.

<sup>12</sup> Un trabajo reciente plantea que la doctrina no ha abordado en plenitud este tema, señalando que es un conflicto real y que amerita resolver la duda acerca de si la CGR es o no jurisdicción, y si en caso de serlo, dicha circunstancia es legítima o no. DE LA CRUZ MILLAR 2019, 96.

mental para otorgar certeza y seguridad jurídica a ciudadanos, funcionarios públicos y proveedores del Estado de las reglas, preceptos y principios que rigen a la contratación administrativa<sup>13</sup>.

## II. Principios de la licitación pública

Los principios de la contratación administrativa<sup>14</sup> inspiran todo el proceso de contratación, funcionando como un elemento de interpretación tanto en la formación como en la ejecución de los contratos que celebre la Administración del Estado. Estos buscan que se materialice la finalidad de los contratos administrativos, esto es, la satisfacción de una necesidad pública<sup>15</sup>. En Chile, estos principios encuentran consagración expresa en normas positivas, por lo que, al igual que el principio de buena fe en materia civil, hablaremos de principios que a su vez son normas.

Los principios de contratación administrativa consisten en: el principio de legalidad y ley del contrato, el principio de desigualdad, el principio de la mutabilidad del contrato administrativo, el principio de eficacia y economía, el principio de transparencia y el principio de equilibrio financiero del contrato<sup>16</sup>. Tienen directa relación con estos principios, pero con un campo de actuación más limitado, los principios de la licitación pública, donde encontraremos al principio de libre competencia, de igualdad ante las bases, de estricta sujeción a las bases, objetividad, publicidad y oposición<sup>17</sup>.

Para efectos de este trabajo, se profundizará acerca del principio de estricta sujeción a las bases administrativas y el principio de libre competencia.

### 1. El principio de estricta sujeción a las bases administrativas

La CGR ha declarado que la estricta sujeción a las bases

constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren<sup>18</sup>.

La consagración legal de este principio se encuentra en el artículo 10° de la LBCA que señala que: "Los procedimientos de licitación se realizarán

<sup>13</sup> MORAGA KLENNER 2013, 80-81.

<sup>14</sup> Cuando hablamos de contratación administrativa esta "comprende el análisis de la actividad de relación con terceros que la Administración Pública desarrolla recurriendo al módulo consensual, esto es, renunciando a la imposición unilateral y ejecutoria de sus decisiones". LOO GUTIÉRREZ 2018, 130.

<sup>15</sup> OELKERS CAMUS 1983, 151.

<sup>16</sup> OELKERS CAMUS 1983, 151-164.

<sup>17</sup> LARA 2018, 730.

<sup>18</sup> Dictamen N° 65.769 (2014).

con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen”<sup>19</sup>.

Este principio materializa el respeto al principio de legalidad en los procesos de contratación administrativa, pues las bases funcionan como parte integrante del estatuto de contratación administrativa que debe ser respetado tanto por la Administración como por los oferentes. En la misma línea, Bermúdez Soto señala que las bases constituyen la principal fuente de derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los contratistas, en consecuencia, no pueden ser modificadas una vez que las ofertas hayan sido abiertas, y las modificaciones que puedan sufrir los contratos solo pueden tener lugar en base a hechos imprevistos que surjan durante su ejecución<sup>20</sup>.

Por su parte, Valdivia, sostiene que este principio es correlato formal del principio de igualdad ante las bases, y se traduce en un respeto riguroso a las condiciones de la licitación. Para el autor citado, a diferencia de los demás procedimientos administrativos en donde la no formalización es una constante, acá en cambio nos encontramos con un procedimiento cuyas formalidades deben ser observadas de manera inflexible<sup>21</sup>. En esta misma línea, Moraga Klenner citando jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recoge que este principio constituye garantía de igualdad y de certeza jurídica que asegura que nadie puede ser excluido por consideraciones subjetivas, desconocidas u ocultas<sup>22</sup>.

Podemos ubicar este principio dentro del principio de legalidad y ley del contrato que rige la contratación administrativa, por lo que puede ser contemplado desde dos perspectivas. La primera referida a que la Administración debe estar previamente habilitada para contratar y deberá hacerlo sin contradicción con el derecho vigente, de este modo, esta no podría alterar jamás la norma jurídica y no podrá celebrar contratos que se encuentren prohibidos por ley. La segunda perspectiva está relacionada con la estricta sujeción a las bases, debido a que las partes

no solo están obligadas por el tenor del contrato, sino también por la normativa que lo regula, ordenamiento jurídico que se entiende que forma parte del contrato. De este modo, cuando se suscribe el contrato, no sólo se somete a las cláusulas en él contenidas, sino todo el ordenamiento jurídico que lo regula (bases de licitación, reglamento, etc.)<sup>23</sup>.

Oelkers Camus señalaba en este mismo sentido que “la ley obliga a la Administración a acatar el régimen interior dentro del cual debe moverse

<sup>19</sup> Ley N° 19.886, de 2003.

<sup>20</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 263.

<sup>21</sup> VALDIVIA, 2018, 305.

<sup>22</sup> MORAGA KLENNER 2019, 312.

<sup>23</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 249.

para la gestión del interés público, limitando su actuación válida"<sup>24</sup>. Es decir, las bases funcionan como un contorno para su actuación.

La doctrina también ha tratado al principio de estricta sujeción a las bases como una manifestación del principio de igualdad de los contratantes, como vimos antes, en virtud de la cual las interpretaciones que realicen los funcionarios públicos que intervienen en los procesos licitatorios deberán ser estrictamente apegadas a los términos establecidos y condiciones fijadas en las bases. Esto permitiría generar un parámetro objetivo de interpretación que condiciona el grado de discrecionalidad que tendría la entidad pública al respectivo pliego de condiciones<sup>25</sup>. Dicha postura permitiría garantizar una igualdad de trato entre los oferentes, pues todos los intervinientes se someten al mismo cedazo hermenéutico, uniforme, razonable, objetivo y fundado en las mismas bases de licitación.

Efectivamente, el principio de estricta sujeción a las bases opera como un criterio hermenéutico, sin embargo, no es consecuencia del principio de igualdad de los oferentes, sino que tiene valor en sí mismo y tiene por objeto proteger bienes jurídicos distinguibles del principio de igualdad, debido a que opera como garantía de certeza y seguridad jurídica para los participantes y la propia entidad licitante. Por otro lado, corresponde a un deber insoslayable de la Administración, en virtud de que es expresión del principio de legalidad, en cuanto forma parte del estatuto al que deberán atenerse ambas partes del contrato. De la misma forma, esta perspectiva desnaturaliza al propio principio, ya que, en la práctica, las bases administrativas reflejan la voluntad de la Administración al contratar, la cual puede establecer determinadas condiciones y características que materialmente impliquen una desigualdad razonable entre los posibles oferentes, pues ellas precisamente materializan su voluntad de ir en un determinado sentido.

En atención a lo anterior, es que correctamente la CGR ha señalado que este principio materializa el principio de transparencia, porque la Administración está obligada a publicar en el portal de contratación pública las respectivas bases, incluyéndose en estas publicaciones las aclaraciones, respuestas y modificaciones que incluya en tal documento, las que permiten que su contenido no solo sea conocido por los oferentes, sino que también reciban un escrutinio público. Otro objetivo perseguido en la consagración de este principio es el deber de imparcialidad que debe tener la Administración del Estado al examinar cada una de las propuestas, ya que no podrá interpretarlas de manera más favorable respecto de un oferente y de otro. Por lo anterior, el principio de estricta sujeción a las bases corresponde a aquel mandato legal por el cual la Administración y los oferentes de un determinado proceso de licitación pública se encuentran sujetos a lo dispuesto por el pliego de posiciones, el cual forma parte integrante del estatuto de compras públicas.

<sup>24</sup> OELKERS CAMUS 1983, 154.

<sup>25</sup> DÍAZ BRAVO 2016, 187.

## 2. El principio de libre concurrencia

La CGR indica que la libre concurrencia

es uno de los principios que rige las contrataciones que lleva a cabo la Administración (...), en cuya virtud se propende a la mayor participación de propuestas posibles, ya que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la más satisfactoria al interés público<sup>26</sup>.

Su consagración legal se encuentra en el artículo 9° de la LOCBGAE, que expresa en su inciso segundo que "el procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato"<sup>27</sup>. A diferencia del principio anterior, por encontrarse en la LOCBGAE, su aplicación excede incluso a los órganos que rigen sus compras en virtud de la LBCA, ampliándose de este modo a los órganos autónomos e incluso a aquellos que la propia LBCA excluye<sup>28</sup>. Por lo tanto, es un principio que se extiende a todos los procedimientos concursales que rigen a los órganos de la Administración del Estado, Moraga Klenner sostiene que se pretende regular la transparencia, legalidad y publicidad, por lo que no pueden permitirse excepciones a ellos, salvo caso fortuito o fuerza mayor<sup>29</sup>, cualquiera sea el marco estatutario que regule la contratación<sup>30</sup>.

Bermúdez Soto señala que este principio busca hacer asequible el proceso de licitación y permite abrir espacios a un mayor número de proponentes con el objetivo de tener una competencia real de ofertas<sup>31</sup>. De esta forma, el principio opera como un catalizador económico en la licitación pública, favoreciendo la formación de un precio razonable en la obtención de un determinado suministro. Valdivia, por su parte, sostiene que este principio imprime a la licitación pública su espíritu competitivo, un certamen en el que los distintos oferentes pueden participar sin que ninguno tenga una ventaja per se como condición para adjudicarse el concurso<sup>32</sup>. A su vez, Moraga Klenner indica que en virtud de este principio no se deben incorporar más restricciones, inhabilidades o limitaciones que las establecidas en la ley<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Dictamen N° 12.142 (2019).

<sup>27</sup> Ley N° 18.575 del 2000.

<sup>28</sup> Por ejemplo, las empresas públicas creadas por ley se encuentran fuera del marco de la LCP por expresa disposición, en atención al artículo 1° de aquella normativa. Sin embargo, su exclusión es parcial, ya que respecto al marco de aplicación del principio de probidad en materia de compras públicas y la contratación con parientes, se aplica por expresa disposición el inciso VII, del artículo 4° de la LCP, en consonancia a lo indicado por la CGR en el instructivo-dictamen N° 2.453 de 2018.

<sup>29</sup> MORAGA KLENNER 2019, 260.

<sup>30</sup> CELIS DANZINGER 2019, 43-44.

<sup>31</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 261.

<sup>32</sup> VALDIVIA, 2008, 304.

<sup>33</sup> MORAGA KLENNER, 2019, 260.

Una interesante perspectiva de este principio nos entrega Flores Rivas, que destaca que este principio hace énfasis en el imperativo de remover los obstáculos que dificulten un libre acceso a los ciudadanos a participar en igualdad de condiciones en las licitaciones públicas<sup>34</sup>.

Este principio tiene aplicación por excelencia en las licitaciones públicas, de las cuales el presupuesto fundamental para que pueda operar es el cumplimiento de las normas de publicidad del llamado administrativo. En la actualidad, el llamado se hace a través de medios de comunicación, principalmente diarios de circulación local y nacional, y el Sistema de Información de las Compras y Contrataciones de los Organismos Públicos, más conocido como Mercado Público.

En nuestro país, el principio de libre concurrencia se enmarca en aquellas herramientas que posee el Estado para prevenir prácticas que atenten contra la corrupción, pues obliga a las entidades licitantes a abrir los procesos a diferentes particulares, evitando así que existan licitaciones amañadas, o bien, concertadas con los funcionarios de aquellas. De esta forma, previene la aparición de conflictos de interés que se podrían generar en la relación cercana en determinados certámenes. Por otro lado, busca materializar aspectos del derecho de la libre competencia en la contratación administrativa, purgando prácticas tales como el abuso de la posición dominante que puedan ejercer determinados oferentes con tal de dejar fuera a otros competidores y los acuerdos colusorios entre dos o más competidores. Al mismo tiempo, permite que más participantes puedan transformarse en socios del Estado, pues evita la otrora práctica de las prórrogas sucesivas e indefinidas de los contratos administrativos<sup>35</sup>.

Este principio reconoce límites, fundados en inhabilidades para contratar establecidas en el artículo 4° de la LCP y la necesidad de inscribirse en el Registro de Contratistas<sup>36</sup>. La limitación del inciso primero del artículo 4° de la LBCA<sup>37</sup>, relacionada con aquellos participantes que hayan incurrido en prácti-

<sup>34</sup> FLORES RIVAS, 2021, 38.

<sup>35</sup> La CGR ha señalado que pugnan con el principio de libre concurrencia estas prácticas, ver los dictámenes N° 19.712 (2007) y N° 68.601 (2011).

<sup>36</sup> Celis Danzinger señala que estas obedecen a restricciones. Considero que el término límites es más apropiado, porque estas normas están establecidas fuera del principio de libre concurrencia, consagrando otros principios rectores tales como la imparcialidad y la probidad Administrativa en el caso de las inhabilidades. Por otro lado, la inscripción en el registro obedece a un presupuesto del oferente que tiene su origen en una práctica relacionada con el Sistema de Información. CELIS DANZINGER 2019, 45.

<sup>37</sup> Artículo 4°. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convenación, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

cas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, es una innovación de nuestro derecho de la contratación administrativa, favoreciendo un sano equilibrio entre las necesidades de tener un mercado más competitivo y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>38</sup>.

Finalmente, el principio de libre concurrencia permite que la Administración cuente con mejores ofertas que se materialicen en mejores elementos normativos, toda vez que, como vimos anteriormente, la oferta también formará parte del estatuto para el caso concreto.

### III. Tensiones y criterios de la Contraloría General de la República ante la confluencia de ambos principios

En este punto, nos referiremos a una serie de dictámenes de la CGR que contienen un pronunciamiento jurídico en donde se invoca la aplicación del principio de estricta sujeción a las bases y el principio de libre concurrencia. Aunque ambos principios son relevantes para garantizar la probidad administrativa, transparencia, eficacia y eficiencia en los procedimientos de contratación, es posible encontrar tensiones entre ellos en ciertos supuestos.

Entendemos por tensión entre estos principios a aquella situación en donde la aplicación estricta de uno puede implicar limitaciones o restricciones a la materialización del otro. En otras palabras, mientras uno de los principios teleológicamente busca la apertura y participación amplia de oferentes, el otro persigue una adhesión rigurosa al pliego de posiciones de determinado certamen.

Encontrados ambos principios su aplicación puede implicar una restricción en la participación de proponentes perjudicando las posibilidades de opción de la Administración (ya sea por ventajas de precio, experiencia o innovación), o bien una frustración de las expectativas de las entidades compradoras al permitir la participación de participantes en principio no idóneos. Lo último no es menor, sobretodo considerando mercados o industrias en donde las necesidades públicas requieren de servicios o productos cualificados.

De esta manera hemos detectado que la CGR, en casos prácticos ha logrado resolver esta tensión, para ello realizamos un listado de valoraciones jurídicas en distintos casos concretos, agrupándolas en criterios de solución que corresponden a los siguientes:

#### 1. Criterio finalista y el principio de trascendencia

Este criterio interpretativo ha sido reconocido desde antigua data por la CGR en sus dictámenes<sup>39</sup>. Obedece a un sistema de interpretación finalista que es entendido como

<sup>38</sup> DÍAZ BRAVO 2016, 191.

<sup>39</sup> En efecto, este criterio es aplicado por la CGR, al menos, desde el año 1977, según consta en el Dictamen N° 30.354 de ese año. Este oficio es interesante pues categorizó bajo ese nombre el sistema de interpretación que realizaba el ente de control en esa época.

aquel que sin perjuicio de partir del análisis de la textualidad del enunciado normativo, entiende que para arribar al más "correcto" de los posibles significados de un precepto es indispensable considerar, además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que este es parte<sup>40</sup>.

El mencionado sistema pretende una interpretación que considera a la norma como parte de un contexto normativo, por lo que su interpretación no está sujeta solo a su significación literal, sino que debe corresponderse con la finalidad propia del sistema jurídico.

Dicho sistema de interpretación es adoptado por la CGR especialmente para la contratación administrativa, señalando que

la solución de los problemas que se presenten en los procesos licitatorios en relación con las garantías exigidas, y la interpretación de las normas involucradas, debe considerar, sobre la base de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los proponentes, un criterio finalista, que trascienda una excesiva rigidez formal en aras de permitir cumplir el objetivo que se pretende con el establecimiento de esos requisitos<sup>41</sup>.

Cabe señalar que, en materia de compras públicas, dicho criterio buscó tener una aplicación restringida a los problemas que ocurren con ocasión de la presentación formal de las boletas de garantías exigidas, para luego proyectarse hacia otras exigencias establecidas en las bases de licitación, estableciéndose como una alternativa de solución a los conflictos entre la estricta sujeción a las bases y la libre concurrencia.

En sus inicios, este criterio aplicado a la contratación administrativa no tuvo una aceptación pacífica<sup>42</sup>. Para justificar esta afirmación, revisaremos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema en el caso *BellSouth Comunicaciones con Contralor General de la República*<sup>43</sup>, en el cual, a propósito del Concurso de Concesión de Servicio Público de Telefonía Móvil del año 2001, la Subsecretaría de Telecomunicaciones habría excluido a *Smartcom S.A.* por no cumplir sus boletas de garantía con los requisitos establecidos en las bases del concurso. Frente a ello, *Smartcom S.A.* decidió acudir a la CGR para solicitar un pronunciamiento jurídico que dejara sin efecto la decisión de la entidad licitante, la cual bajo el Dictamen N° 38.144 de 2001, señaló que su exclusión no se habría ajustado a derecho y ordenó reintegrar al

<sup>40</sup> ZAPATA LARRAÍN 2012, 336.

<sup>41</sup> Dictamen N° 24.287 (2002). También en los dictámenes N° 14.005 (2011) y N° 58.646 (2013).

<sup>42</sup> Pese a que como bien señala Cordero Vega, esta ya había tenido un reconocimiento en la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 111-1991, al indicar que el interés público adquiere una mayor relevancia para una elección óptima más conveniente que la simple satisfacción de formalidades al momento de presentar una oferta. CORDERO VEGA 2015, 370.

<sup>43</sup> *BellSouth Comunicaciones S.A. y Smartcom S.A. con Contralor General de la República* (2002), confirmada por la Corte Suprema en causa Rol N° 1248-2002.

concurso a la mencionada empresa. Frente a ello, BellSouth Comunicaciones dedujo un recurso de protección en contra de aquel dictamen.

La sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada luego por la Corte Suprema, indicó que la interpretación finalista en los concursos públicos no puede aceptarse, pues el control que realiza la CGR tiene el carácter de formal, de esta manera, el ente de control no puede alterar ni jerarquizar las normas y los procedimientos sometidos a su consideración, señalando que dicha tarea corresponde a la Administración y al Legislador, indicando que si ello se aceptara, produciría una profunda incerteza jurídica, debido a que el órgano Contralor podría relativizar sus decisiones. Indica, finalmente, que ello atentaría contra los principios de publicidad y transparencia de las actividades administrativas con implicancias económicas<sup>44</sup>.

La argumentación de los tribunales de alzada es errada, pues equivoca el sentido del control de legalidad y expresa una errónea idea de su alcance. En primer lugar, porque los considerandos de aquellos fallos parecen confundir el trámite de toma de razón con la potestad dictaminadora. En efecto, cuando señala que es un control meramente formal del acto, se refiere a que es un contraste entre el acto administrativo y los requisitos de procedimiento del mismo<sup>45</sup>. En segundo lugar, la potestad dictaminadora es, precisamente, un pronunciamiento de la CGR que tiene por objeto informar acerca de la correcta interpretación y aplicación de las normas materias de su competencia y su objeto es establecer la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen, no limitándose a develar su sentido y alcance, sino que atribuyendo y fijando un sentido a las normas administrativas<sup>46</sup>. En tercer lugar, respecto al problema de seguridad jurídica señalado, es del caso indicar que las decisiones de la CGR, a diferencia de las sentencias judiciales, generan un verdadero precedente administrativo vinculante<sup>47</sup> si es que goza de la adecuada publicidad<sup>48</sup>, por lo que no es factible en la práctica sostener tal argumento.

En la actualidad, al contar con un contencioso administrativo especial y un estatuto de la Contratación Administrativa, ha cambiado el formalismo que se desprendía de la sentencia que hemos citado, de acuerdo a lo que se señala en la sentencia Rol N° 311-2014 del Tribunal de la Contratación Pública<sup>49</sup>, permitiendo la entrada del criterio finalista, al modo en como lo entiende la CGR, ya sin muchas objeciones.

<sup>44</sup> SOTO KLOSS y MENDOZA ZÚÑIGA 2003, 180.

<sup>45</sup> Este tema era una cuestión superada por la doctrina, así Aróstica señala que la toma de razón es un control jurídico en el más sentido amplio de esa palabra. ARÓSTICA 1991, 132.

<sup>46</sup> En efecto, la actividad interpretativa desde la teoría del derecho no se puede restringir al primer significado enunciado, sino que al definir el ¿qué es interpretar? Es posible referirnos al menos a esos tres momentos o lugares. PEÑA GONZÁLEZ 1995, 185.

<sup>47</sup> CÉSPEDES PROTO 2001, 153.

<sup>48</sup> PHILLIPS LETELIER 2020, 173.

<sup>49</sup> En efecto, el párrafo final del considerando décimo séptimo de la sentencia señala: Junto a éste, existen además otros principios que regulan el procedimiento administrativo de licitación pública que convergen en el mismo propósito, que es elegir la mejor oferta para satisfacer el

Es del caso indicar que Soto Kloss y Mendoza (previo a ser Contralor General de la República) informaron en aquella causa defendiendo la postura de la recurrente BellSouth Comunicaciones, señalando en lo que importa, relativo al artículo 9° de la LOCBGAE, que

Gracias a la norma transcrita, mayor coherencia y obligatoriedad adquiere la normativa expuesta en este Informe, ya que de ella se desprende que ambos postulados –libre competencia e igualdad ante las bases– deben tener cabida en cualquier proceso de propuesta pública, no siendo posible liberar o eximir de algún requisito propuesto en el pliego de condiciones a ningún interesado, bajo ningún pretexto o razón, ya que de esa manera se constituye y acepta una arbitrariedad que vicia el acto terminal que consiente y acepta tal arbitrio, el cual, entonces, adolecerá indiscutiblemente, de nulidad de derecho público al contravenir palmaria-mente el principio de legalidad<sup>50</sup>.

Indican que ello se desprende pues la Administración no tendría libertad y debería siempre proceder de conformidad al mandato de la ley.

Dicha postura permite reflejar claramente el panorama doctrinal que existía en aquella época, previa a la dictación de la LBCA, en donde el principio de legalidad era el eje absoluto de ponderación y su vulneración en materia de compras públicas implicaba, a juicio de aquellos autores, un vicio que no admitía ponderación. Es preciso indicar que tampoco existía a esa fecha el artículo 13° de la LBPA, crucial para sustentar este criterio interpretativo, norma que incorpora la consagración del principio de conservación de los actos administrativos<sup>51</sup>.

El principio de conservación ubicado dentro de la no formalización<sup>52</sup> por la propia LBPA, refiere a que “el acto administrativo debe poder mantenerse en vigor en la mayor medida posible con el objeto de que pueda alcanzar el fin práctico conseguido”<sup>53</sup>. De aquella definición, se aprecia su conexión con el sistema de interpretación finalista, pero estableciendo un mandato para la Administración. Aquel principio, según lo que ha fallado la Corte Suprema,

---

interés público comprometido, que se encuentran establecidos en otros cuerpos legales, cuyos objetivos además del indicado, es asegurar en algunos de ellos, que la entidad licitante actúe dentro del campo de sus atribuciones, sin excederse de las potestades de que está investida, conocido como el principio de legalidad; el principio de igualdad de los oferentes, que obliga a la Administración a dar un trato igualitario a todos los licitantes y sanciona las discriminaciones, el principio de libre competencia que protege la participación de todos los interesados en una licitación, evitando la existencia de barreras de entrada, además de otros principios como el de no formalización, que nos señala que el procedimiento administrativo debe ser simple y sencillo y las formalidades exigidas, sean aquellas mínimas necesarias para dejar constancia indubitada de los actos administrativos, todos principios que tienen acogida tanto en la Ley N° 19.886, de 2003, como en las leyes N° 18.575, de 2001 y N° 19.880, de 2003.

<sup>50</sup> SOTO KLOSS y MENDOZA ZÚÑIGA 2003, 194.

<sup>51</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 189. En el mismo sentido, CORDERO VEGA 2015, 370.

<sup>52</sup> FLORES RIVAS, 2021, 50-52.

<sup>53</sup> DOMENECH PASCUAL 2002, 216-217.

contiene el principio de trascendencia, idea tomada de las nulidades procesales al Derecho Administrativo<sup>54</sup>. Por su parte, el principio de trascendencia, insertado en el principio de conservación, corresponde a aquel que demanda que un acto administrativo sea dejado sin efecto solo cuando el vicio que se invoca como parte del mismo tiene la cualidad tal de ser grave y esencial<sup>55</sup>.

Las ideas descritas tienen inmediata relación con los dictámenes de la CGR que han resuelto la aparente contradicción que significa dar lugar, por un lado, a las exigencias que se desprenden necesariamente del texto del pliego de posiciones, y por otro, a la participación de un oferente que no cumpliría en rigor lo señalado estrictamente en las bases, bajo una clave finalista y considerando el error del participante como simplemente formal. Pues bien, este criterio es el más frecuente en la jurisprudencia de la CGR, y la casuística<sup>56</sup> nos permite destacar los razonamientos que se desprenden a continuación.

a) *Una exigencia formal para que sea considerada relevante debe ser, por lo menos, evaluable*

En el Dictamen N° 23.313 de 2018<sup>57</sup>, a propósito de un reclamo presentado en un proceso de licitación en donde se objetó, entre otras, la respectiva asignación de puntajes, en los ítems personal, remuneraciones y, finalmente, no se habría entregado por parte del oferente favorecido el respectivo certificado de deuda de la Tesorería General de la República, la CGR indicó que "(...) el principio de libre concurrencia de los participantes persigue considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, sin que por errores sin trascendencia queden fuera de concurso"<sup>58</sup>. En virtud de ello, como los errores aritméticos en la evaluación de los ítems mencionados no influían en el resultado del certamen, es que señaló que no vician el procedimiento concursal. Respecto a la no entrega del mencionado certificado de deuda, como no era un ítem evaluable en sí, se señaló que su omisión no afectaba la validez de la oferta, de este modo se desestimaron todas las objeciones al concurso.

<sup>54</sup> Por otro lado, el principio de trascendencia, gobierna la declaratoria de nulidad "pas de nullité sans grief", según el cual no hay nulidad sin perjuicio. Aquél determina que no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en un proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales. Tal principio, si bien ha sido desarrollado a propósito de vicios de procedimientos de carácter jurisdiccional, indudablemente tiene una vinculación con aquel principio desarrollado en el párrafo precedente, esto es, en la teoría de la nulidad administrativa. Según se desprende del considerando trigésimo segundo de la sentencia *Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019).

<sup>55</sup> CORDERO QUINZACARA 2013, 189.

<sup>56</sup> En esta parte coincidimos con Juan Carlos Flores, que señala que la mejor forma de analizar el principio de estricta sujeción a las bases es en forma casuística. FLORES RIVAS, 2021, 51.

<sup>57</sup> Otros dictámenes en el mismo sentido. Ver Dictámenes N° 25.330 (2013); N° 62.483 (2004); N° 70.019 (2011).

<sup>58</sup> Dictamen N° 23.313 (2018).

Este razonamiento también queda de manifiesto en el Dictamen N° 67.377 de 2016, que señaló que la circunstancia de no incluir un coordinador de mantenimiento a nivel nacional en las propuestas es meramente formal al no guardar relación con los aspectos objeto de la evaluación.

*b) Si la Administración dispone de medios o herramientas para superar el error u omisión, el vicio no es esencial*

El Dictamen N° 7.948 de 2018 resolvió una solicitud de reconsideración de una entidad licitante que cuestionaba el criterio de la CGR al declarar como error meramente formal la propuesta de un oferente declarada inadmisibles que habría sido formulada con IVA incluido, siendo que el pliego de posiciones exigía que fuera en precio neto. Ante ello, la CGR reiteró el criterio expuesto en el Dictamen N° 23.313 de 2018, en lo relativo al principio de libre competencia, e indicó que "atendido que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la oferta más satisfactoria al interés público"<sup>59</sup>. Señaló, finalmente, que era posible calcular el monto sin IVA mediante una simple operación matemática, por lo que aquel error no tendría trascendencia.

El Dictamen N° 82.062 de 2013<sup>60</sup> llegó a la misma conclusión al indicar que, pese a que una oferta no se había presentado en idioma español como requerían las bases, aquello no configura en sí un impedimento para entender que se dio cumplimiento a lo exigido en ellas y, por lo tanto, declaró que no correspondía que se declarara inadmisibles tal oferta.

*c) Si el error es simplemente administrativo, pudiendo ser corregido y aclarado, no es esencial*

A esta conclusión llegó el Dictamen N° 30.904 de 2017, ante el reclamo de uno de los participantes en un concurso, ya que se habría admitido la participación de un oferente que no habría acompañado en tiempo y forma los documentos que acreditaban su personería y representación, por lo que la entidad licitante exigió que se acompañaran. La CGR reiteró lo señalado, respecto al principio de libre competencia de los dictámenes ya citados, y expresó que respecto a este incumplimiento, las bases permitían en la fase de evaluación no otorgar el puntaje al oferente que no los presentara, que fue lo que ocurrió, por lo que no constituía una omisión relevante que permitiera excluirlos del proceso de contratación.

*d) La circunstancia de no presentar el documento exigido por las bases para demostrar alguna cualidad del oferente, no lo excluye si lo acredita por otros medios idóneos*

Dicha afirmación aparece en el Dictamen N° 72.203 de 2016, sobre el reclamo de un oferente que indicaba que el favorecido no habría presentado el

<sup>59</sup> Dictamen N° 23.313 (2018).

<sup>60</sup> Mismo criterio en Dictamen N° 75.915 (2011).

certificado de anotaciones vigentes de un vehículo con el objetivo de demostrar su propiedad. Vale mencionar que en un principio la entidad licitante lo habría excluido del concurso, sin embargo, retrotrajo el procedimiento e, incluso, dicho oferente se adjudicó el certamen. Para resolver este caso, el dictamen menciona que la adjudicataria habría presentado la factura del vehículo y el certificado de primera inscripción en el Registro Civil, pues era un automóvil cero kilómetro y no tenía el citado certificado, ya que a la fecha no era posible obtenerlo. Así, se habría cumplido la finalidad que tenía la exigencia, que era demostrar el dominio del vehículo, por lo que su inobservancia en los términos de las bases no implicaba necesariamente la exclusión del concurso.

A igual conclusión llegó la CGR en el Dictamen N° 70.924 de 2015, en el caso de una empresa que fabricaba contenedores de basura y que no acreditó por los medios establecidos en las bases la calidad de los contenedores, indicando que la documentación y certificaciones acompañadas eran suficientes para dar por acreditado tal requisito.

A su vez, la aplicación del criterio finalista también tuvo lugar en el dictamen N° 32.810 de 2015, ante el error de transcripción en el anexo de las bases en que habría incurrido uno de los oferentes en los documentos técnicos, señalándose que este no sería esencial y grave, pues la entidad licitante habría probado su calidad en la prueba práctica, y con esto bastó para dar por cumplido lo exigido en el anexo de las bases.

e) *La presentación de anexos sin firma del oferente o su representante no constituye un error esencial*

Esta afirmación se desprende del Dictamen N° 72.362 de 2014, que ante la exclusión de un oferente por no presentar los anexos exigidos por las bases firmados, observó

que la omisión esgrimida, en definitiva, por la indicada repartición pública como causal para no evaluar la oferta presentada por la antedicha empresa, consistente en la presentación de determinados anexos exigidos por las bases sin la firma del oferente, reviste un carácter formal y no constituye un error esencial que afecte la validez de la oferta, pues no guarda relación con aspectos objeto de evaluación<sup>61</sup>.

Los razonamientos anteriores son una clara prueba de la aplicación del criterio finalista y el principio de trascendencia al momento de controlar el cumplimiento de lo exigido en las bases de un concurso público. Asimismo, es del caso señalar que dichas afirmaciones dan cuenta de que la finalidad de utilidad pública perseguida en la concurrencia de varios participantes, la cual es escoger la propuesta más satisfactoria para el interés público.

<sup>61</sup> Dictamen N° 72.362 (2014).

## 2. Criterio de la utilidad

El criterio de la utilidad dice relación con la conveniencia que se reporta para el interés público o la Administración del Estado, más allá de si se han cumplido los requisitos exigidos en el pliego de condiciones de una determinada licitación. Se distingue del criterio anterior, pues el primero busca cumplir un objetivo pretendido por el ordenamiento jurídico, esto es, una mayor participación de oferentes como un fin en sí mismo, en cambio, el presente busca maximizar los beneficios obtenidos por el Estado en la contratación con un determinado oferente<sup>62</sup>.

Este criterio no funciona en forma autónoma, ya que demanda la aplicación de otros principios con el objetivo de atenuar la discrecionalidad de la autoridad administrativa<sup>63</sup>. De esta manera, la entidad licitante deberá considerar elementos como la eficacia, la eficiencia y el ahorro en sus contrataciones para efectos de fundar la decisión de contratar a un oferente.

El criterio de la utilidad se desprende del dictamen N° 61.067 de 2016 que, a propósito de una licitación pública convocada por la Municipalidad de Independencia, indicó que el establecimiento de limitaciones a la oferta económica –menores al 95% disponible, era el caso– contraviene los principios de eficiencia y de ahorro que debe observar la Administración en sus contrataciones, toda vez que al restringir la competencia respecto del factor económico, impide alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del servicio y sus costos asociados<sup>64</sup>.

En el mismo sentido, la admisión de más de una oferta por parte de un mismo oferente guarda relación con el criterio de utilidad. Por extraño que parezca, un oferente puede presentar más de una oferta, por diversas razones: ya sea porque se estructura en diversas sucursales que utilizan el mismo rol único tributario, adoptan el sistema de franquicias, o bien corresponden a una universidad, en donde, por ejemplo, varias facultades pueden ofertar.

La CGR ha declarado que la decisión de incluir en los procesos licitatorios la posibilidad de que un mismo oferente pueda presentar más de una oferta es una atribución que el ordenamiento jurídico ha conferido al respectivo ente licitante, en una atribución que el ordenamiento jurídico

<sup>62</sup> La conceptualización acá referida se inspira en las disquisiciones realizadas por Richard A. Posner, al explicar la expresión utilitarismo y diferenciarla de la economía normativa. POSNER 1998, 210.

<sup>63</sup> Un acto administrativo discrecional “alude a aquellos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respeto al principio de legalidad”. NAVARRO 2013, 201. Respecto a la complejidad que conlleva la discrecionalidad administrativa, recomiendo revisar el artículo Discrecionalidad y Potestades Sancionadoras de la Administración de Gómez González, quien reconoce desde las primeras líneas de aquel artículo la complejidad en el Derecho Administrativo que tiene la Discrecionalidad Administrativa, diagnóstico que puede ser claramente exportable a la contratación administrativa. GÓMEZ GONZÁLEZ 2020, 194.

<sup>64</sup> Este criterio también se ha seguido en los dictámenes N° 71.953 (2011), N° 53.650 (2014), N° 55.416 (2015) y N° 62.716 (2015).

ha conferido al respectivo ente licitante, en cuyo ejercicio debe respetar las disposiciones de la ley N° 19.886 y su reglamento, así como los principios generales que informan la contratación pública, tales como la estricta sujeción a las bases, la igualdad de los oferentes y la libre concurrencia a participar de la licitación<sup>65</sup>.

Otra manifestación de este criterio viene dada por la consideración del factor experiencia, debido a que esta solo puede ser considerada como un requisito para calificar las ofertas, mas no como un requisito mínimo para postular. De esta forma, las bases no pueden exigir una determinada experiencia como requisito de admisibilidad (principio de libre concurrencia), pero este sí se puede evaluar (estricta sujeción a las bases) conforme al artículo 38° del RLBCA, de acuerdo a los dictámenes N° 61.067 de 2016, 78.775 de 2015 y 19.554 de 2013.

Lo anterior es particularmente relevante para resolver las tensiones entre los dos principios que trata este trabajo, pues el criterio de la utilidad permite admitir a oferentes sin experiencia, al mismo tiempo que permite valorar las propuestas, asignándoles un puntaje. Así, dependiendo del servicio o producto a licitar, es que la Administración puede satisfacer y maximizar los beneficios esperados al ejecutar un contrato que puede demandar un oferente calificado para satisfacer una necesidad pública, a través de una ponderación.

De esta manera, es posible concluir que, en relación con este criterio, la utilidad no está necesariamente relacionada a un menor precio, sino que también permite privilegiar otros aspectos, tales como, por ejemplo, la experiencia como factor relevante en la evaluación de un concurso<sup>66</sup>. Por otra parte, permite en la práctica escoger entre el principio de libre concurrencia, cuando este reporta mayor utilidad en la búsqueda de un precio más bajo, o la estricta sujeción a las bases cuando se busca contratar un oferente calificado.

<sup>65</sup> Dictamen N° 17.584 (2018). Con todo conviene indicar que esta posibilidad se verá limitada en razón del nuevo inciso del artículo 9° recientemente modificado por el Proyecto de Ley Boletín 14.037-5, que declara inadmisibles las ofertas presentadas respecto de un mismo bien por parte de un grupo empresarial o relacionadas entre sí. A la fecha de edición del presente artículo el proyecto de ley se encuentra despachado su oficio al ejecutivo.

<sup>66</sup> Debo reconocer que esta apertura a la experiencia como criterio de evaluación puede ser problemática, pues puede derechamente funcionar para validar vulneraciones al principio de libre concurrencia, so pretexto de asignar un puntaje importante y desequilibrante en la fase de evaluación de las ofertas. Esta situación se agrava pues la Contraloría General de la República ha señalado que la determinación de las condiciones que se plasmen en las bases corresponde a una facultad que debe ejercer la Administración activa en su ámbito de competencia, materia sobre la cual esta Contraloría General se encuentra impedida de pronunciarse, por cuanto el artículo 21 B de la Ley N° 10.336, de 1964 dispone que con motivo del control de legalidad o de las auditorías que realice, no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativa, de acuerdo al Dictamen N° 61.067 (2016) y 18.473 (2013), lo que implica dejar fuera de control externo esta práctica.

### 3. Criterio de la no restricción

El criterio de la no restricción funciona como un armonizador entre la estricta sujeción a las bases y el principio de libre concurrencia, de tal forma que un caso o supuesto de hecho de arbitrariedad en la actuación de la Administración licitante permite resolver en base a la aplicación conjunta de ambos principios.

La CGR indica que las bases administrativas de los procedimientos licitatorios integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oferentes de un certamen. Siendo así, la autoridad competente no puede desechar una propuesta de adjudicación por motivos ajenos a los contemplados en el correspondiente pliego de condiciones. El establecimiento de alguna restricción o causal para rechazar una oferta, debe necesariamente haberse determinado por la entidad licitante, de acuerdo a las bases, según Dictamen N° 1.279 de 2015<sup>67</sup>.

El dictamen antes citado es interesante, pues se impugnaba un certamen realizado por la Municipalidad de Lota, en el cual el concejo municipal decidió rechazar la propuesta de adjudicación sin entregar razones o fundar en alguna causal establecida en las bases administrativas para rechazar tales ofertas. En este caso, lo hizo porque la empresa adjudicataria había presentado reclamos de ilegalidad previos contra esa entidad edilicia relacionada con la misma actividad que se estaba licitando. Esta situación, claramente, es exportable a aquellas Administraciones Públicas en que los procesos de licitación están gobernados en sus etapas decisorias por órganos de carácter colegiados que cuentan con facultades de administración. Pues bien, la CGR determinó que al rechazar la propuesta de adjudicación, la Municipalidad de Lota no se ajustó a derecho, por cuanto los argumentos invocados no corresponden a lo establecido en las bases respectivas, afectando los principios de libre concurrencia de los oferentes (en la práctica, crearon un requisito para que ni siquiera pudiera participar el oferente) y por otro lado, vulneraron el principio de estricta sujeción a las bases (no rechazaron en base a un requisito establecido en el pliego de condiciones). Así, es dable señalar que los fundamentos para restringir la participación y/o adjudicación de un determinado oferente deben necesariamente estar establecidos en las bases, y cualquier otra consideración vulnera ambos principios.

### 4. Criterio de las condiciones técnicas

Este criterio es una consecuencia de los puntos uno y dos abordados en este apartado, ya que, si la Administración establece en las bases administrativas condiciones y puntajes para evaluar un determinado oferente en las cuales se detallan aspectos técnicos o servicios adicionales, estas no afectan en sí mismo el principio de libre concurrencia, resolviéndose la aparente tensión en clave de principio de estricta sujeción a las bases. Dicha conclusión pareciera

<sup>67</sup> Este criterio también es aplicado en los Dictámenes N° 60.739 (2011) y N° 48.512 (2012).

ser evidente, sin embargo, es necesario este breve apartado para tratar en forma específica algunos casos en los que se ha aplicado este criterio.

El Dictamen N° 32.994 de 2015<sup>68</sup> resuelve una presentación realizada por Genzyme Chile Limitada, la cual cuestionaba la legalidad de las bases administrativas, adjudicación y contrato de una licitación pública del Servicio de Salud Coquimbo, correspondiente al Convenio de Tratamiento de Fármacos Enfermedad de Fabry<sup>69</sup>, donde se incluía un criterio de evaluación denominado "tratamiento adicional", al cual le asignaba una valoración del 20%. De acuerdo al dictamen, el Servicio de Salud Coquimbo indica en su informe que dicho criterio de evaluación no constituía una barrera de entrada, debido a que este se iba a calificar precisamente en la etapa de evaluación, tomando en consideración que el principal factor para evaluar era el precio del medicamento (40% de la evaluación). Pues bien, resulta interesante lo que señala la CGR a propósito del artículo 38 del RLBCA, recordando que hace un llamado no solo a atender el posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio, considerando cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante. Así, la CGR indica que

el parámetro de evaluación denominado "tratamiento adicional" se incluyó desde el inicio en las respectivas bases administrativas como una variable a ser considerada por los eventuales interesados, la que, por la ponderación que se le asignó en aquéllas, a juicio de esta Contraloría General, no constituyó un elemento que afectara el principio de libre concurrencia de los oferentes consignado en el artículo 9° de la Ley N° 18.575. De este modo, es dable concluir que el señalado servicio público no incurrió en una ilegalidad al incorporar en el respectivo pliego de condiciones el criterio de evaluación denominado "tratamiento adicional", ya que éste fue incluido en el marco de una adquisición a título oneroso del respectivo medicamento como un elemento más a ponderar<sup>70</sup>.

Este criterio permite a la Administración satisfacer en forma eficiente y eficaz las necesidades públicas a través del concurso público, sin excluir a ningún posible oferente, porque, si bien estos pueden, en principio, no cumplir con estos criterios adicionales de la evaluación, podrían ofrecer un mejor

<sup>68</sup> Mismo criterio en Dictamen N° 21.887 (2018).

<sup>69</sup> Las licitaciones públicas de la CENABAST tienen una circunstancia particular que amerita un estudio especial, ya que estas cuentan con posibles oferentes que deben tener inscritos previamente sus productos en el Registro Sanitario (artículo 18° del Decreto Supremo N° 3 de 2010, del Ministerio de Salud, que Aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano), de modo que la descripción de los productos en las bases puede inducir a necesariamente excluir a proveedores, cuando por "principio activo" hay casos en que no se llegan a más de tres o cuatro posibles oferentes, los cuales presentan formatos de presentación y entrega diversos entre sí, lo que genera problemas desde el principio de libre concurrencia.

<sup>70</sup> Dictamen N° 32.994 (2015).

precio para efectos de adjudicarse la misma. Por otro lado, permite a los particulares anticiparse y ajustar en forma transparente los beneficios y cualidades del producto o servicio a ofertar a la entidad licitante. Como se puede apreciar, este criterio realza el principio de estricta sujeción a las bases frente al principio de libre competencia, pues el ente contralor nos recuerda que siempre podemos establecer y precaver en los mecanismos de evaluación las características especiales que debe cumplir un determinado producto o servicio.

Los criterios abordados permiten elaborar una propuesta sistemática para que el operador jurídico pueda afrontar las tensiones que se pueden producir entre los principios que trata el presente artículo frente a la acción de la CGR, cuestión que abordaremos en las siguientes líneas.

#### IV. Propuesta de sistematización

Del apartado anterior, hemos logrado detectar algunos de los principales criterios que observa la CGR para efectos de resolver un supuesto de hecho que puede aparentemente ser resuelto en clave del principio de libre competencia, o bien, del principio de estricta sujeción a las bases. Ahora es necesario proponer una sistematización que justifique la aplicación de estos criterios en forma prevalente, conjunta o de manera excluyente en casos concretos.

Para elaborar esta propuesta, hemos tenido en consideración el diagnóstico realizado por Barra Gallardo y Celis Danziger que indican que

El derecho de la contratación pública no ha recibido en nuestra legislación un tratamiento sistemático. La normativa se encuentra dispersa y generalmente aborda las diversas hipótesis contractuales de manera casuística, correspondiendo a la dogmática iusadministrativa la tarea de sistematización de sus contenidos<sup>71</sup>.

Lo anterior se proyecta a la tarea de los operadores jurídicos, al momento de aplicar los principios que trata este artículo, pues los bordes se ven diluidos en las situaciones concretas a las cuales se ven enfrentados. Por lo anterior, lo primero que debemos recordar es que la CGR, al resolver un supuesto de hecho como el que se presenta en este trabajo, lo abordará desde la perspectiva del control de legalidad, que no es otra cosa que asegurar que el ejercicio de las competencias públicas de los funcionarios administrativos no sobrepase sus límites legales<sup>72</sup>. En otras palabras, el foco en el que se centrará la actuación de la CGR, es el proceder de las entidades licitantes en contraste con las exigencias del ordenamiento jurídico, sin que aborde necesariamente los intereses de parte que tienen los reclamantes en un proceso de licitación pública, cuestión que sí importa, por ejemplo, en el proceso ante el Tribunal de la Contratación Pública.

<sup>71</sup> BARRA GALLARDO y CELIS DANZIGER 2018, 1.

<sup>72</sup> JIMÉNEZ 2018, 221.

Teniendo claro el horizonte de actuación de la CGR, corresponde entender que lo que se busca con la contratación administrativa y, particularmente, el estatuto de compras públicas, es satisfacer necesidades públicas a través de la formación de un contrato. Esta noción realza la aplicación del artículo 1560 del Código Civil, el cual es la prevalencia de la intención de los contratantes al momento de la formación del consentimiento<sup>73</sup>. Por lo tanto, en este trabajo proponemos realizar este test, que permita al funcionario al tener una tensión o incluso al momento de elaboración de las bases, tener criterios que le permitan resolver conflictos futuros, considerando la prevalencia de algunos criterios o su aplicación en conjunto.

Aspecto clave para determinar lo anterior, es la descripción del interés de la Administración<sup>74</sup> en la contratación, reflejada en las bases administrativas. Esto se materializa en la adopción del criterio de las condiciones técnicas, como mecanismo que permite a la Administración describir qué bienes o servicios necesita en relación a una necesidad pública en el pliego de condiciones, y que permite, a su vez, valorizar tal interés en los criterios de evaluación<sup>75</sup>. De esta manera, el principio de estricta sujeción a las bases permite entender la voluntad de la Administración.

En segundo lugar, es necesario considerar el criterio de utilidad que permite maximizar los beneficios que busca el Estado en la contratación administrativa. Por ello, pese a que la entidad licitante describa en forma correcta lo que necesita en las bases administrativas, puede que la misma se pueda satisfacer con una valoración económica más rentable o en un oferente con menor experiencia.

En tercer lugar, la fricción que pueda significar la aplicación del criterio anterior puede ser resuelta en virtud del criterio de la no restricción, es decir, considerar como criterio de exclusión solo aquellas condiciones establecidas expresamente en las bases, sin acudir a otros razonamientos y criterios para lo mismo, armonizando el principio de estricta sujeción y libre competencia.

En cuarto lugar, se debe considerar la aplicación del criterio finalista y el principio de trascendencia, en orden a permitir las ofertas de proponentes que no cumplieron en forma rigurosa con todos los requisitos legales su participación dentro del concurso, atendiendo a que la finalidad de la licitación pública es la participación de más oferentes que permitan a esta optar. Des-

<sup>73</sup> BARRA GALLARDO y CELIS DANZIGER 2018, 199.

<sup>74</sup> Acá seguiremos la noción realista del contrato desarrollada en el derecho privado, que define a este como mecanismo de organización y satisfacción del interés de las partes, no solo como un dispositivo de creación de relaciones jurídicas. VIDAL OLIVARES 2011, 257-258.

<sup>75</sup> Pese a que las bases tipos han permitido avanzar más rápido en las contrataciones públicas, estas tienen por defecto en que no entregan incentivos positivos para describir como se señala cual es la necesidad pública que tiene la entidad licitante que cubrir a través de la contratación administrativa. La práctica indica que muchas veces se termina por reducir a un anexo la descripción del producto en particular, lo que favorece la tensión entre el acceso a la licitación y la estricta sujeción. Sobre los beneficios de las Bases Tipos véase el Dictamen N° 8769 (2018).

de luego, se deberá considerar los razonamientos casuísticos que abordamos en el apartado II de este artículo.

Finalmente, la aplicación de esta sistematización no necesariamente entiendo que en los casos concretos puedan darse la aplicación de cada uno de los criterios relevados por la CGR. En algunos casos, dependiendo del objeto de la licitación pública, veremos que es posible razonar en base a uno o varios de ellos para resolver la aparente contradicción entre la estricta sujeción a las bases y la libre concurrencia. Por otro lado, no pretende acabar toda la nomenclatura de conclusiones y criterios que se pueden desprender de la actuación de la CGR, pero sí otorga luces de una solución eficaz y eficiente ante las tensiones problematizadas a lo largo de estas líneas.

## Conclusiones

En virtud de lo anterior, es posible concluir lo siguiente:

1. La CGR ejerce un control de legalidad sobre los actos de la Administración del Estado, incluyendo los relacionados con la contratación administrativa y compras públicas, a través del trámite de toma de razón y, principalmente, de su potestad dictaminadora.

2. La estricta sujeción a las bases y la de libre concurrencia constituyen, a la vez, principios y normas de la licitación pública, siendo el primero de ellos expresión del principio de legalidad en el procedimiento concursal y, el segundo, una herramienta que permite a la Administración combatir la corrupción, favorecer la libre competencia y mejorar el marco jurídico aplicable a la relación contractual con el oferente.

3. De los dictámenes de la CGR en que han existido tensiones entre el principio de libre concurrencia y estricta sujeción a las bases, se desprenden criterios, tales como el criterio finalista, de la utilidad, de la no restricción y de las condiciones técnicas, que permiten entender como aquella entidad de fiscalización superior decide, primando uno de estos dos principios.

4. Es posible sistematizar dichos criterios y razonamientos, considerando, en primer lugar, la naturaleza del control de legalidad que realiza la CGR, la necesidad pública que orienta el interés de la Administración en celebrar el contrato, reflejado en el criterio de las condiciones técnicas que permite hacer operativo el principio de estricta sujeción a las bases. Luego, es posible resolver en base a los criterios de utilidad, permitiendo un máximo desempeño en los beneficios para la Administración, y no restricción, armonizando ambos principios en tensión. Finalmente, el criterio finalista permitirá despejar las contradicciones de menor relevancia permitiendo la participación de oferentes que han incurrido en errores no esenciales o sin trascendencia.

## Bibliografía citada

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1991). El trámite de toma de razón de los actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho Público* (49), 132-168.

- AYLWIN, Arturo (2001). Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República. En E. Navarro Beltrán [Ed.], *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Editorial Jurídica Conosur.
- BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel (2018). *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*. Thomson Reuters.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2019). *El Tribunal de Contratación Pública y la solución de controversias en la Contratación Administrativa*. Editorial Hammurabi.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2001). La fuerza vinculante de la Jurisprudencia Administrativa. *Revista Chilena de Derecho* 28(1), 149-159.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). *La nulidad de los actos administrativos y sus causales*. En J. Ferrada Bórquez [Coord.], *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo (195-203)*. Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2006). La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. *Revista de Derecho Público* (69), 153-166.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- DE LA CRUZ MILLAR, Alicia (2019). *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. Der Ediciones Limitada.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2002). *La invalidez de los reglamentos*. Editorial Tirant lo Blanch.
- DÍAZ BRAVO, Enrique (2016). Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (22), 177-194.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). Los procesos administrativos en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (36), 251-277.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Thomson Reuters.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis* 26(2), 193-218.
- JIMÉNEZ, Guillermo (2018). *Nonjudicial administrative justice in Latin America: A case study of the chilean Comptroller-General*.
- LARA, José Luis (2018). Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio. En I. Aninat y S. Razmili [Eds.], *Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su modernización (715-752)*. Centro de Estudios Públicos.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (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.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2013). La Contraloría General de la República y la contratación administrativa. *Revista de Derecho Público* (78), 79-96.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa*. Thomson Reuters.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012). Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 19(2), 431-446.
- NAVARRO, María (2013). Discrecionalidad Administrativa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (3), 200-205.
- OLKERS CAMUS, Osvaldo (1983). Los principios informadores de la Contratación Administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (7), 151-164.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1995). Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin. *Themis Revista de Derecho* (32), 183-191.
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020). La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de stare decisis. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 149-176.
- POSNER, Richard (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Estudios Públicos* (69), 207-257.

- SOTO KLOSS, Eduardo y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro (2003). Informe de derecho: Presentación de una boleta de garantía errónea en un concurso público. *Revista Chilena de Derecho* 30(1), 179-199.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2015). Acerca de los dictámenes de la Contraloría: un error supremo es un supremo error. *Derecho Público Iberoamericano* (6), 283-296.
- VALDIVIA, José Miguel (2018), *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016). Tribunal de la Contratación Pública: Bases institucionales, Organización, Competencia y Procedimiento. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (46), 347-378.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011). El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho Privado* (16), 243-302.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2012). Los límites del finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. *Anuario de Derecho Público UDP* (1), 334-356.

### Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.575 del 2000. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. No. 41.984.
- 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. No. 43.240.
- Resolución N° 7 de 2019 [Contraloría General de la República]. Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón. 29 de marzo de 2019.
- Resolución N° 8 de 2019 [Contraloría General de la República]. Determina los montos en Unidades Tributarias Mensuales, a partir de los cuales los actos que se individualizan quedarán sujetos a toma de razón y a controles de reemplazo cuando corresponda. 29 de marzo de 2019.

### Jurisprudencia citada

- Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2019 (Rol N° 12.907-2018). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- BellSouth Comunicaciones S.A. y Smartcom S.A. con Contralor General de la República* (2002): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de marzo de 2002 (Rol N° 6.085-2001). [Recurso de protección].
- Consejo de Defensa del Estado* (2018): Corte Suprema, 22 de enero de 2018 (Rol N° 36.587-2017). Tercera Sala. [Recurso de queja].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.354-1977, de 13 de mayo de 1977.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.144-2001, de 16 de octubre de 2001.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 24.287-2002, de 28 de junio de 2002.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.483-2004, de 20 de diciembre de 2004.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 19.712-2007, de 4 de mayo de 2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.005-2011, de 8 de marzo de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 60.739-2011, de 26 de septiembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 68.601-2011, de 28 de octubre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 70.019-2011, de 08 de noviembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 71.953-2011, de 17 de noviembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 75.915-2011, de 05 de diciembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.512-2012, de 9 de agosto de 2012.

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.131-2013, de 27 de febrero de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.473-2013, de 25 de marzo de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.330-2013, de 25 de abril de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 58.646-2013, de 10 de septiembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 82.062-2013, de 13 de diciembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 41.269-2014, de 10 de junio de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.650-2014, de 14 de julio de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.769-2014, de 27 de agosto de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.362-2014, de 17 de septiembre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.279-2015, de 8 de enero de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.024-2015, de 20 de marzo de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 32.810-2015, de 24 de abril de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 32.994-2015, de 24 de abril de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 55.416-2015, de 10 de julio de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.716-2015, de 6 de agosto de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 70.924-2015, de 4 de septiembre de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.067-2016, de 18 de agosto de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.377-2016, de 13 de septiembre de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 72.203-2016, de 4 de octubre de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.904-2017, de 24 de agosto de 2017.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.453-2018, de 22 de enero de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.948-2018, de 22 de marzo de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.769-2018, de 3 de abril de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 21.887-2018, de 03 de noviembre de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.313-2018, de 14 de septiembre de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.142-2019, de 3 de mayo de 2019.
- María Correa y Cía. Ltda. con Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2010): Corte Suprema, 30 de junio de 2010 (Rol N° 7.412-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Siemens S.A. con Hospital Dr. Rafael Avaria Valenzuela De Curanilahue*. Tribunal de la Contratación Pública, 24 de marzo de 2015 (Rol N° 311-2014).



# El interés público como elemento determinante de la nueva fisonomía legal de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile

## Public interest as a determining element of the new legal physiognomy of water use rights in Chile

Tatiana Celume Byrne<sup>1</sup>

Se analizan los efectos que, sobre los objetivos de la publicación del recurso hídrico, han producido los cambios en la configuración del derecho de aprovechamiento de aguas. Para ello se estudian la temporalidad del derecho, la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la obligación de inscribir, el uso efectivo de las aguas y la variable ambiental incorporada al derecho de aprovechamiento, bajo la órbita del concepto del interés público incorporado, recientemente, en la legislación nacional.

**Palabras clave:** derecho de aprovechamiento de aguas, publicación, priorización, temporalidad, uso efectivo.

The effects that, on the objectives of the publication of the water resource, have produced the changes in the configuration of the right of water use are analyzed. For this, the temporality of the right, the prioritization of the use of water for human consumption and sanitation, the obligation to register, the effective use of water and the environmental variable incorporated into the right of use are studied, under the orbit of the concept of the public interest incorporated, recently, in the Chilean legislation.

**Keywords:** water right, publication, prioritization, temporality, effective use.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Santiago de Chile. Dirección postal: Bellavista, 7, Recoleta, Santiago de Chile. Correo electrónico: tatiana.celume@uss.cl.

Este artículo se enmarca dentro del proyecto anillo de investigación, ATE 220047, denominado: "La crisis social del agua: desarrollo de modelos de gobernanza colaborativa en el contexto de la mega-sequía en la zona centro-sur de Chile", del cual la autora es Investigadora Principal.

Artículo recibido el 13 de septiembre de 2023 y aceptado el 20 de noviembre de 2023.

## Introducción

En los últimos cuarenta años, el derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) ha sido considerado una titularidad perpetua, cuya asignación no era priorizada, no estaba afecta a la condición de uso efectivo (salvo para el pago de un tributo ya que el pago de la patente por no uso de las aguas se incorporó al ordenamiento jurídico de las aguas a partir de la Ley N° 20.017 de 2005), no se contemplaba la obligación de su registro y no estaba sujeto a condiciones ambientales (sino sólo a partir de 2005).

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.435 de 2022, esta situación se modifica sustancialmente y los nuevos DAA que se conceden a partir del 6 de abril de 2022 son temporales (de conformidad al artículo 6°, inciso primero, del Código de Aguas, tienen una duración definida de 30 años, prorrogable, sucesivamente); se asignan prioritariamente al consumo humano y al saneamiento (artículo 5° bis, inciso segundo del Código de Aguas); todas las titularidades están afectas al uso efectivo de las aguas a la construcción de las obras necesarias y aptas para su captación y restitución, en su caso)<sup>2</sup>, so pena su extinción<sup>3</sup>, con excepción de los derechos de agua no extractivos (DANE)<sup>4</sup>; se sanciona con la caducidad su falta de inscripción<sup>5</sup>; y están sujetos a ciertas limitaciones ambientales como el caudal ecológico que, incluso, puede ser retroactivo<sup>6</sup>. A primera vista, se podría sostener que ha cambiado la esencia del DAA.

Sin embargo, como veremos, la obligación de uso efectivo de las aguas trasunta la connotación del DAA como un derecho público subjetivo y ha estado, a intervalos, inmersa en su calificación.

La priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, con una modalidad actualmente acentuada, puesto que se aplica tanto en el otorgamiento de DAA como en su limitación, ha estado presente en la legislación de aguas de 1951 y de 1967, por lo que no altera la configuración del DAA.

A contrario sensu, la temporalidad, es un elemento innovador que había estado presente en la legislación de aguas chilena en ciertos casos muy excepcionales (derechos para energía eléctrica, usos industriales o para la generación de fuerza motriz)<sup>7</sup> al igual que la obligación de su registro catastral, so pena su caducidad.

Por su parte, las condicionantes medioambientales que se fueron incorporando a partir de 2005, se han intensificado con la reforma de 2022 al

<sup>2</sup> Código de Aguas. Artículo 129 bis, inciso noveno.

<sup>3</sup> Código de Aguas. Artículos 129 bis 4 y bis 5.

<sup>4</sup> Código de Aguas. Artículo 129 bis 1°.

<sup>5</sup> Ley N° 21.435 de 2022. Artículo 2° transitorio.

<sup>6</sup> Código de Aguas. Artículo 129 bis 1°.

<sup>7</sup> ROSSSEL 1960, 103.

punto de afectar derechos adquiridos a través de un caudal ecológico que podemos caracterizar como retroactivo.

Todo lo anterior se materializa a través del nuevo concepto de interés público que condiciona el otorgamiento de DAA por parte de la autoridad. El artículo 5º, incisos segundo y tercero, del CA disponen que:

En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código. // Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.

Dicho concepto si bien se refiere a las acciones de la Administración en la gestión de las aguas, tiene un alcance mayor y traspasa o permea la configuración de los DAA. En este sentido, los DAA se encuentran hoy condicionados a la satisfacción de un interés público en su otorgamiento. Como refuerza Rodríguez-Arana:

[...] en el debate sobre el origen del Derecho Administrativo se reconoce que, teniendo carácter científico a partir de la Revolución francesa, el interés público ha existido siempre que ha habido necesidad de regular asuntos de orden público, siempre que ha sido menester tratar desde el Derecho, desde la justicia, los asuntos públicos<sup>8</sup>.

Entonces, si bien es un concepto que recién se recoge en la legislación, debemos suponer que siempre ha estado presente en la regulación de las aguas.

Sustentamos el presente trabajo en la siguiente hipótesis: el DAA se constituye como una titularidad afectada al interés público y por tal motivo, la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la obligación de uso efectivo de las aguas y de registro catastral, la temporalidad y sus limitaciones ambientales, son elementos de su esencia que modulan la finalidad de la publicación de las aguas. Resume esta idea Precht, quien señala que “[...] nos encontramos de lleno en los límites naturales del ejercicio del dominio, por cuanto así como el derecho ajeno puede ser privado, también existen intereses públicos ajenos al propietario, y ellos también son condiciones legales de ejercicio”<sup>9</sup>.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar cómo afecta al carácter patrimonial del DAA la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la temporalidad, el uso efectivo de las aguas, la obligación de registro y las limitaciones ambientales, alterando la finalidad de

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ-ARANA 2012, 144.

<sup>9</sup> PRECHT 1968, 15.

la publicación de las aguas. Aclaremos que esta investigación versa sobre el DAA, como titularidad y como dimensión regulatoria de las aguas en su vertiente patrimonial y no sobre el concepto de dominio público del recurso hídrico, el cual ya ha sido objeto de estudio<sup>10</sup>.

Algunos de estos elementos, como la temporalidad del DAA, serán analizados desde la órbita del Derecho civil, ya que debemos tener en consideración el carácter patrimonial privado del DAA. Como puntualiza García “[...] en lo que dice relación con el carácter perpetuo o transitorio, el Código de Aguas coloca a la concesión en la misma calidad que la propiedad civil”<sup>11</sup>. Lo anterior, es sin perjuicio de comprender que el interés público ha ido produciendo cambios en la finalidad de la afectación pública de las aguas a partir de la cual dicha titularidad se origina, de modo tal que los demás los demás caracteres del DAA quedan teñidos por tal dimensión. Como sintetiza Martín:

[e]l nuevo contenido y la reconfiguración de ese interés público, debe hacerse a partir de la integración de las transformaciones acaecidas en la base del derecho de aguas. La sola consideración de la dimensión ambiental del agua ha hecho tambalear el contenido de la concepción decimonónica del interés público implicada en muchas concesiones, como se evidencia, por ejemplo, en la conflictividad entre usos consuntivos y caudales ecológicos. De allí, la importancia central que los mecanismos de modificación, revisión y extinción concesional adquieren en la readecuación del contenido del interés público a las necesidades actuales. O la reconsideración de la dimensión social de ese interés público, en relación con un hecho muy concreto, como es la consagración de la ineludible responsabilidad estatal por la satisfacción progresiva de un derecho humano al agua [...]<sup>12</sup>.

En este sentido, podemos señalar que la lógica de la publicación de los años ochenta era la asignación y la reasignación de DAA a sus usos de mayor valor, es decir, una finalidad de eficiencia, en cambio hoy, esa lógica ha variado a la asignación priorizada del DAA, a la protección de los usos ecosistémicos de las aguas, al resguardo de su uso efectivo y a la certeza jurídica, lo que podríamos circunscribir dentro de una finalidad de equidad.

## I. Perpetuidad y temporalidad

Como aclara Arancibia, “[e]n virtud del carácter inmueble sobre el que se ejercen los derechos concesionados, estos derechos son también inmuebles y patrimoniales”<sup>13</sup>, de lo que se concluye que a los DAA se les aplica el estatuto del dominio o la propiedad en términos estrictamente civiles. Dentro de los atributos del dominio encontramos una regla general de perpetuidad,

<sup>10</sup> Para un estudio exhaustivo de esta materia, *vid.* CELUME 2013, *passim*.

<sup>11</sup> GARCÍA 2019, 246.

<sup>12</sup> MARTÍN 2013, 19-20.

<sup>13</sup> ARANCIBIA 2019, 331.

que se refiere a que el derecho de propiedad no está sujeto a una limitación en el tiempo y que puede extenderse por todo el tiempo que dure la cosa sobre la que se ejerce<sup>14</sup>. Así fue concebido el derecho de aprovechamiento en la lógica del Código de Aguas de 1981. Como indicábamos “[...] como rechazo a la concepción anterior del derecho de aprovechamiento, en el CA [Código de Aguas de 1981] se articula un nuevo derecho subjetivo público, al que se dota de ciertos caracteres especiales, tales como la definición, la exclusividad, la libre transferibilidad, la separación de la tierra y su desvinculación a cualquier actividad productiva; y la perpetuidad”<sup>15</sup>. Creemos que la perpetuidad surge como la respuesta a las concesiones temporales que contenía el Código de Aguas de 1951. En este sentido, Figueroa indicaba que:

[...] la merced con carácter perpetuo es la norma general, ya que el legislador señaló expresamente cuáles eran las mercedes que forzosa-mente debían otorgarse en forma temporal [...]. Estas mercedes, como su nombre lo indica, se otorgan sólo por un espacio determinado de tiempo. Detentan este carácter, las mercedes de agua para bebida de los habitantes, usos domésticos y saneamiento de poblaciones que se concedieren a particulares para servicios públicos, cuya duración no puede exceder de 37 años; son temporales, además las mercedes para usos industriales, fuerza motriz u otros usos<sup>16</sup>.

El Código de Aguas de 1981 desarraiga el concepto de temporalidad de la legislación y a partir de él sólo se concederán derechos de aprovechamiento perpetuos, sin distinguir entre los distintos usos de las aguas<sup>17</sup>.

Con la modificación del año 2022, se produce un giro en esta materia. Los nuevos DAA pasan a ser temporales. Debemos hacer presente que en la indicación sustitutiva del Ejecutivo ya se disponía que “[s]e establece para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas un cambio de concepción, pasando de ser un derecho perpetuo, a un derecho con una extensión tem-

<sup>14</sup> Cabe indicar que, en el plano civil, el carácter generalmente perpetuo del dominio no es intrínseco al mismo. Como expresa PEÑAILILLO 2006, 131-132, “los ordenamientos jurídicos suelen contemplar situaciones de dominio sin perpetuidad o, al menos, sin perpetuidad cierta; dicha esta última posibilidad en sentido inverso, con eventual determinación, que implica un dominio temporal. Se trata de un dominio revocable. [...] El dominio es revocable cuando se asume su eventual extinción y, por lo mismo, carece de su vocación de perpetuidad”.

<sup>15</sup> CELUME 2013, 216.

<sup>16</sup> FIGUEROA 1960, 238.

<sup>17</sup> Cosa muy diferente ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el español, en que el derecho de aprovechamiento se extingue por el término del plazo de su concesión el que no podrá ser superior a setenta y cinco años. Artículos 53 y 59 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. A este respecto, EMBID 2013, 35, sostiene que “[...] ese plazo máximo de 75 años (u otro ligeramente inferior) es, creo, una fuerte rémora en las condiciones actuales para que pueda pivotar sobre la concesión como mecanismo único de asignación (y reasignación) de recursos, una política de aguas, pues la modificación concesional (la adaptación a la rapidísima evolución de las circunstancias, económicas, sociales y ambientales) es mucho más difícil (y costosa) de realizar con títulos jurídicos de larga duración y ya no digamos, obviamente, proceder a su revisión”.

poral limitada a un máximo de 30 años, que siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso”<sup>18</sup>.

La idea central de la introducción de un derecho temporal que no afectaría a los derechos ya constituidos (los que seguirían siendo perpetuos) era que el plazo fuese prorrogable sucesivamente. Durante la tramitación legislativa de la Ley 21.435 de 2022, se hizo hincapié en que la prórroga fuera sucesiva y automática, ya que, de no verificarse estos requisitos, el derecho de aprovechamiento no daría las certezas jurídicas necesarias para la inversión.

Se discute doctrinariamente la conveniencia o no de la perpetuidad de los DAA y, como señala Marienhoff “[...] no todos los autores aprueban la “perpetuidad” de las concesiones. Si bien hay muchos que consideran dicho sistema como legalmente inobjetable, otros creen que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos”<sup>19</sup>.

Creemos que el carácter público de las aguas se relaciona más bien con su elemento teleológico, es decir, la satisfacción de los intereses generales de la nación, por lo que la perpetuidad o la temporalidad del DAA no afecta la connotación pública de las aguas y sólo dependerá de una decisión político-legislativa.

Para Novoa, “[l]a idea de la perpetuidad del dominio se basa en que un señorío destinado a cesar y efímero, contrasta con la plenitud de poder reconocido al *dominus*; esto explica que en sí mismo no haya de llevar nota de caducidad. [...] De aquí que la duración de la propiedad en manos del dueño no puede ser previamente establecida con eficacia real, antes del momento en que vaya a cesar”<sup>20</sup>. Esto es justamente lo contrario a lo que ocurrirá con los nuevos DAA (otorgados a partir del 6 de abril de 2022). Según lo dispone el artículo 6°, incisos segundo y tercero del CA:

[e]l derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el que se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. // La duración del derecho de aprovechamiento se prorrogará por el solo ministerio de la ley y sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas acredite, mediante una resolución fundada, el no uso efectivo del recurso o que existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente [...]”<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Indicación sustitutiva del Boletín 7543-12 de fecha 8 de septiembre de 2014.

<sup>19</sup> MARIENHOFF 2011, 632.

<sup>20</sup> NOVOA 1979, 29.

<sup>21</sup> Código de Aguas. Art 6.

Ahora bien, como expresan Alessandri *et al.*, “[l]a perpetuidad del dominio es objeto hoy de discusión. Muchos autores sostienen que el derecho de propiedad es *generalmente* perpetuo; agregan que tal requisito pertenece a la *naturaleza* y no a la existencia o esencia del derecho, pues nada obsta a que surja un derecho temporal”<sup>22</sup>. En otras palabras, no afecta la esencia del dominio que el derecho de aprovechamiento se conciba como un derecho temporal.

En este sentido, será el legislador quien determine si el derecho es temporal o perpetuo y, en cualquier caso, no va a afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad sobre el DAA. Sobre este aspecto, Fuentes reflexiona que:

[...] queda a la regulación legislativa el reconocimiento o constitución del bien incorporal conformado por los derechos sobre las aguas pero no así la propiedad que es atribuida por la propia Constitución. De esta forma, no hay una delimitación legislativa sobre la cual deba operar la garantía del contenido esencial del artículo 19 N° 26 de la CPR, ya que la propiedad sobre bienes incorporales, [...] está constituida por la titularidad exclusiva<sup>23</sup>.

De esta forma, el único límite que tiene el legislador al regular el DAA es la exclusividad con que el titular del DAA aprovecha (usa y goza) las aguas.

Si bien, como hemos dicho en trabajos anteriores, nada obsta bajo la lógica de la publicación chilena que un DAA sea perpetuo, por cuánto lo que justifica dicha demanialidad es el elemento teleológico y no el subjetivo o dominical<sup>24</sup>, la estabilidad del DAA se ve afectada con esta nueva naturaleza. Lo anterior, si consideramos que su renovación va a depender de circunstancias subjetivas como la afectación de la fuente o el no uso del derecho. Será la Administración la que entre a calificar dichas incidencias, restándole seguridad jurídica al DAA.

Sin perjuicio de lo anterior, la temporalidad del DAA no altera la finalidad de la publicación. El elemento teleológico de la demanialidad se mantiene indemne frente a este cambio. La temporalidad del DAA no afecta la configuración esencial del derecho y la lógica pública de las aguas no se altera. Como veremos, ello no ocurre con el uso efectivo, la priorización del

---

<sup>22</sup> ALESSANDRI *et al.*, 2001, 39.

<sup>23</sup> FUENTES 2018, 306.

<sup>24</sup> En este sentido, hemos señalado que “[...] siendo la afectación el punto central del demanio en el Derecho chileno, toda fórmula de uso (privativa o no privativa) debe ajustarse al interés general que ha justificado la publicación. De este modo, no parecen haber impedimentos para que los sistemas concesionales se configuren de cualquier modo y se manifiesten incluso como mecanismos de creación de derechos con una extensión muy similar a la que usualmente se asigna a los derechos de propiedad si con ello se cumple la finalidad pública antes señalada, que, adelantamos, creemos que se ajusta perfectamente a la amplitud de los derechos de aprovechamiento de agua en relación con las razones de su publicación al amparo del Código de Aguas” CELUME 2013, 188-189. A contrario sensu, la prerrogativa para aprovechar las aguas puede quedar legalmente configurada como una titularidad temporal si es que dicha delimitación obedece a los objetivos de la publicación.

uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento y con las cargas ambientales.

## II. Uso efectivo y derechos ociosos

Previo a la legislación de aguas de 1951, la ley reconocía a los propietarios ribereños “[...] el derecho de servirse de las aguas sucesivamente durante su curso dentro de sus heredades o en común con los propietarios de la ribera opuesta cuando corren por entre dos heredades”<sup>25</sup>. Diversa era la condición de los propietarios no ribereños, quienes debían “[...] obtener una merced especial de aguas de la autoridad competente, para sacar un canal del río y hacer efectiva la servidumbre de acueducto que la ley ha impuesto obligatoriamente a las propiedades interpuestas entre la bocatoma del canal y la propiedad a que las aguas del canal se destinan”<sup>26</sup>.

Con respecto a las mercedes de aguas de que trataba el Código Civil, Lira *et al.* señalaban que dichos títulos no eran más que “[...] simplemente, una de las muchas manifestaciones del derecho de uso que la ley concede a los particulares sobre los bienes nacionales de uso público, o sea un derecho de uso de carácter sui generis”<sup>27</sup>.

El Código de Aguas de 1951 intensificó este uso, de esta forma, como expresa Rossel, “[...] el detentador del derecho no puede dejar de ejercer en forma efectiva el derecho no empleando el agua que le corresponde, ya que, en dicho caso, puede el Presidente de la República, una vez transcurrido un plazo de cinco años de desuso, declarar la caducidad de la merced y con ello la del derecho”<sup>28</sup>. En este sentido, Bauer complementa que:

[...] los solicitantes de nuevos derechos de agua tenían que especificar el uso pretendido, así como describir las obras físicas que serían necesarias. A tales solicitantes, la Dirección General de Aguas (DGA) les otorgaba derechos provisorios, que se hacían definitivos sólo ante pruebas posteriores de que las obras habían sido completadas y que el agua había sido puesta en uso<sup>29</sup>.

El concepto de uso efectivo estaba arraigado en la legislación de 1951. El DAA se verifica a través de las obras necesarias para ejercerlo.

<sup>25</sup> CLARO 1930, 216.

<sup>26</sup> CLARO 1930, 217.

<sup>27</sup> LIRA *et al.*, 1940, 73.

<sup>28</sup> ROSSEL 1960, 93. En este mismo sentido VERGARA 1960, 19, quien fundamenta que “[...] como lo hace ver el Mensaje de la Ley N° 9909, es un hecho que existen mercedes llamadas meramente de papel, o sea, que nunca han sido aprovechadas y que, en cualquier momento podrían constituir un peligro para legítimos derechos en ejercicio; en resguardo de éstos, el Código [de Aguas de 1951] faculta en su artículo 280 al Presidente de la República para declarar caducada en todo o parte, aquella merced que en todo o parte no se ejercitare durante cinco años consecutivos”.

<sup>29</sup> BAUER 2004, 66-67.

Esta concepción se atenúa en 1981. Con respecto al DAA contenido en el CA, Figueroa lo conceptualizaba como “[...] la facultad de acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado u ocupar en el cauce mismo un cuerpo de agua para, en ambos casos, usar esas aguas en forma exclusiva”<sup>30</sup>, destacando que el elemento esencial del DAA es su exclusividad. De la definición transcrita se desprende que el DAA es una prerrogativa de “uso” de las aguas, pero este uso no va unido a la construcción de obras. En este sentido, Vergara aclara que “[...] en cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo”<sup>31</sup>.

Sin embargo, creemos que todos los conceptos anteriores tienen una matriz común: hay una acción material que se incorpora en el DAA, cual es, la extracción de aguas de una fuente natural. Ello implica que es de la esencia del DAA su uso efectivo, como pasaremos a ver.

Como expresan Alessandri *et al.*:

[e]n contra de la facultad de inacción del titular, que le permite dejar improductivos sus bienes, se han levantado las corrientes socializadoras del derecho, es decir, las tendencias que ponen énfasis, en cualquier grado, mayor o menor, en la utilidad que debe reportar para la sociedad todo el ejercicio de un derecho, especialmente los patrimoniales. Afirman esas corrientes que es un deber ineludible del propietario de un bien que es capaz de proporcionar beneficios a la colectividad, ejercer este derecho activamente, porque de lo contrario priva de riquezas a la sociedad o menoscaba los legítimos intereses de ella<sup>32</sup>.

Es lo que sucede con el DAA. El legislador ha previsto que este derecho, de carácter patrimonial, debe ser ejercido. Rivera alude a lo anterior indicando que “[e]l derecho de aguas requiere, para su concreción, ser ejercido, ya que sin ejercicio el derecho es mera potencia. Y ejercer el derecho implica, indudablemente, usar el agua”<sup>33</sup>.

De este modo, el DAA está condicionado a su uso efectivo por cuanto constituye una prerrogativa que habilita a su titular para extraer las aguas de una corriente pública o de un acuífero y no puede ser ejercido sin dicha acción material, a menos que se trate de un DANE.

Corroboramos esta idea Duguit, quien sostiene que, “[...] la propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependen-

<sup>30</sup> FIGUEROA 1997, 18.

<sup>31</sup> VERGARA 1998, 316.

<sup>32</sup> ALESSANDRI *et al.*, 2001, 39.

<sup>33</sup> RIVERA 2013, 187.

cia social. [...] La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario es la función social del tenedor de la riqueza"<sup>34</sup>.

Lo que se pretende por el legislador con el uso efectivo de las aguas es que no existan derechos ociosos susceptibles de especulación. El dueño del DAA debe emplearlo y con ello no sólo aumentar su riqueza, sino que contribuir a crear condiciones sociales superiores, tales como, el desarrollo de la economía y la productividad. Como expresa Novoa, "[d]e esta manera se procura evitar que la propiedad se transforme en un instrumento de privilegio para su titular"<sup>35</sup>.

Cuando señalamos que existe un interés público en el otorgamiento del DAA (artículo 5, inciso tercero, del CA), lo que queremos reivindicar es que dicho interés se traduce en la satisfacción de necesidades públicas, en la concreción de una compensación social.

Refuerza esta idea García, al referir que existe "[...] la presencia innegable de un interés público subyacente en toda explotación privativa del dominio público. Si la "publicatio" pretendió desde sus orígenes sustraer ciertos bienes del tráfico jurídico privado, es esa misma constatación de la demanialidad la que habilita a la Administración para controlar y planificar su explotación productiva [...]"<sup>36</sup>.

En otras palabras, la comunidad (la nación), a través de la Administración, otorga a un particular una prerrogativa que le es propia, para que éste despliegue acciones materiales que le retribuyan en su beneficio particular pero que redunden en el provecho social. Como reflexiona Montory "[...] las obligaciones impuestas al derecho de propiedad son el complemento del poder del dueño. De ahí a que muchas de ellas vayan unidas a la situación de propietario (*propter rem*). Es decir, al dominio se le imponen obligaciones como consecuencia y accesorio del poder que el derecho le confiere al propietario"<sup>37</sup>.

Así, podríamos sostener que la condición de uso efectivo de las aguas es el equilibrio a la connotación propietaria que existe sobre el DAA. De este modo, si bien el titular de un DAA goza de las máximas prerrogativas sobre su derecho, estará, como contrapartida, obligado a ejercerlo construyendo las obras necesarias y aptas para su captación y restitución, en su caso.

Lo anterior no quiere significar que el único objetivo del DAA sea realizarse extractivamente. El legislador contempla la posibilidad de que su titular no las extraiga de la fuente "[...] ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo"<sup>38</sup>, por medio del otorgamiento de un DANE. Este nuevo derecho

<sup>34</sup> DUGUIT 1975, 240.

<sup>35</sup> NOVOA 1979, 61.

<sup>36</sup> GARCÍA 1997, 344.

<sup>37</sup> MONTORY 2019, 54.

<sup>38</sup> Artículo 129 bis 1A, del Código de Aguas.

conlleva más limitaciones que un DAA (salvo el supuesto de DAA priorizado para uso de consumo humano o saneamiento) puesto que queda condicionado a su no uso o a su categoría de derecho *in situ*, so pena de que su titular deba pagar retroactivamente la patente por no uso de las aguas con un incremento en su monto.

La obligación de uso efectivo de las aguas altera profundamente los objetivos de la publicación. El DAA deja de concebirse como un derecho abstracto en el que no importa si su titular hace uso de las aguas o no o especula con su tenencia. A diferencia de lo que ocurría con la versión original del CA de 1981 en que, como reflexionaba Vergara, era “[...] posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una aun mejor condición de mercado, y transferirlo a quien dese[ara] adquirirlo”<sup>39</sup>. Con la reincorporación del concepto del uso efectivo, se modifica la estructura del DAA y con ello, la afectación de las aguas al uso público.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha fallado que:

[...] en un sistema cuya distribución opera bajo la lógica del mercado, con el establecimiento de la patente por no uso se busca que quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento sean quienes efectivamente lo usen, minimizando fallas de mercado derivadas de la acumulación, acaparamiento o especulación que se traducen –en esta lógica– en genuinas barreras de entrada<sup>40</sup>.

De esta forma, el DAA pasa a estar condicionado a su uso efectivo. Al legislador no le es indiferente el no uso de las aguas ya que las aguas constituyen un recurso escaso, que, habiéndose asignado a un particular, es de toda lógica que éste lo utilice tanto en beneficio propio como social.

Esta idea se desprende de la función social de la propiedad. Así lo ha sostenido el TC al fallar que “[...] el establecimiento de patentes por el no uso y, consecuentemente, la interpretación restrictiva de las exenciones a su pago obedece a limitaciones legítimas y constitucionales al derecho del titular, con el fin de contribuir al bien común y la conservación del patrimonio ambiental”<sup>41</sup>.

La noción de función social, como señala Obando:

[...] persiguió constituirse en una alternativa a la propiedad individualista clásica, basada en la tradición liberal revolucionaria francesa, dadas las críticas que aquélla experimentó en el siglo XIX, producto de la creciente diversificación de las sociedades occidentales más avanzadas. Ella justificó la adopción de limitaciones a la propiedad privada, bajo una

<sup>39</sup> VERGARA 1998, 316.

<sup>40</sup> Considerando décimosexto de la Sentencia del TC Rol N° 13.539 (2022).

<sup>41</sup> Considerando vigésimosegundo de la Sentencia del TC Rol N° 2.693 (2014).

concepción de la propiedad-función, pero sin pretender su abolición, a diferencia de las corrientes socialistas marxistas<sup>42</sup>.

Nuestra Constitución Política (CP) recoge la función social de la propiedad (la cual ya se había contemplado en la Constitución Política de 1925) como la exigencia impuesta al legislador para limitar u obligar el derecho de propiedad. Una de dichas exigencias, está constituida por la conservación del patrimonio ambiental. Entonces, la obligación de uso efectivo de las aguas constituye una limitación u obligación impuesta por el legislador al DAA con el objetivo de conservar el medio ambiente.

A partir de ello, se verifica que el DAA constituye una titularidad que ostenta la carga del uso efectivo y como tal, no puede concebirse como un derecho a ejercerse con total libertad por parte de su titular. Como decíamos previamente, el uso efectivo viene a concebirse como un elemento sustancial del DAA. Su estructura se conforma a partir del uso (aprovechamiento) que una persona hace de las aguas al extraerlas de la fuente natural.

Además, conviene señalar que, la noción de uso efectivo está incorporada en toda la lógica concesional. En este sentido, el TC ha fallado que:

[...] el derecho de dominio del concesionario sobre la concesión de un bien nacional, cual es el caso, presenta determinadas características específicas que derivan de su especial naturaleza y de las obligaciones que asume el concesionario de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés general de la Nación que justifica su otorgamiento, las cuales, por lo demás, son conocidas y aceptadas por el respectivo petionario al solicitar la concesión. De allí que sea perfectamente lícito al legislador regular su ejercicio y disponer [...], que el juez competente tiene atribuciones para declarar la extinción de la concesión de explotación si el concesionario no desarrollare las actividades de explotación de su concesión [...]<sup>43</sup>.

Se desprende del fallo que el interés público que existe detrás del otorgamiento de concesiones sobre bienes nacionales de uso público sea el uso efectivo. Como señalamos antes, el Estado otorga a un particular un derecho exclusivo y excluyente de terceros el cual tiene ciertas cargas, entre ellas, el uso efectivo, con la finalidad de que dicha concesión privativa compense el perjuicio social o comunitario de su cesión.

Un objetivo de la publicación de las aguas, que ya comienza a verificarse el 2005, es que los titulares de DAA den uso efectivo a sus derechos. Con la reforma introducida el año 2022, esta característica del DAA se intensifica, puesto que, el no uso por un período prolongado de tiempo, da origen a un procedimiento de extinción del DAA. Pero, como hemos sostenido hasta ahora, con excepción de los DANE, los DAA, en virtud del interés público,

<sup>42</sup> OBANDO 2019, 435-468.

<sup>43</sup> Considerando octavo de la Sentencia TC Rol N° 300 (1999).

han estado siempre sujetos al uso de las aguas por el hecho de tratarse de una concesión sobre bienes nacionales de uso público.

### III. Obligación registral

Los DAA se originan por concesión administrativa o por el sólo ministerio de la ley. Los derechos reconocidos, por su parte, se originan en el uso ancestral que se materializa en una resolución judicial<sup>44</sup> o en la determinación que el Servicio Agrícola y Ganadero efectuaba respecto de los DAA provenientes de predios expropiados por la Corporación de Reforma Agraria en virtud de las leyes 15.020 y 16.640<sup>45</sup>.

El DAA no nace a la vida jurídica por la inscripción conservatoria ya que constituye una prerrogativa que se crea *ex novo*. En este sentido, Vergara reafirma que:

[...] debe tenerse presente que las inscripciones de los títulos de aguas son más que nada una garantía y prueba de la posesión. [...] La inscripción, que es, entonces, una garantía probatoria, por lo tanto, no tiene una estrecha relación con la existencia misma del derecho. La inscripción cumple otro rol, un rol de certeza jurídica, pues la inscripción no es el requisito de existencia de los derechos. Para que exista un derecho de aprovechamiento de aguas es necesario que haya sido constituido o reconocido<sup>46</sup>.

La obligación de registro conservatorio nace en la Ley N° 2.139 de 1908, sobre Asociación de Canalistas, para todos los derechos constituidos en Asociación, pero es el Código de Aguas de 1951 el que amplía esta obligación al someter a todas las aguas al régimen de la propiedad inscrita<sup>47</sup>.

La pregunta que surge es qué efectos produce la no inscripción conservatoria, atendido a que el DAA nace *ex novo*. Esta respuesta estaba explícitamente dispuesta en el Código de Aguas de 1951, que en su artículo 278, inciso segundo, señalaba que “[m]ientras no se cumplan los requisitos indicados en el inciso anterior [reducción a escritura pública del decreto de concesión definitiva y su inscripción conservatoria], el concesionario no podrá transferir sus derechos”<sup>48</sup>. A juicio de Rossel, “[d]e ello se infiere que, sin los requisitos en cuestión, se adquiere el derecho, con la sola dictación del decreto, siendo éste única y exclusivamente el modo de adquirir, pero no se

<sup>44</sup> Esta circunstancia sólo rigió hasta 2022. A partir de esa fecha las regularizaciones fueron trasladadas a la DGA. Ver artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

<sup>45</sup> A partir de 2022, la determinación de DAA expropiados se realiza por la DGA. Ver artículo 5° transitorio del Código de Aguas.

<sup>46</sup> VERGARA 1998, 325-326.

<sup>47</sup> VERGARA 1960, 20.

<sup>48</sup> Art. 278, inciso segundo, Código de Aguas.

puede transferir a un tercero el derecho ya adquirido, lo que constituye la sanción por el incumplimiento<sup>49</sup>.

Entonces, la finalidad de la inscripción conservatoria es la mantención de la historia de la propiedad raíz (los DAA) y obtener una adecuada publicidad. En otras palabras, contribuir a la seguridad jurídica de las aguas.

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.435 de 2022, se obliga a los titulares de DAA a inscribir su derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, so pena su caducidad<sup>50</sup>. El TC, con ocasión de un requerimiento de inaplicabilidad por la obligación de registrar los DAA en el Catastro Público de Aguas, sostuvo que:

[...] si bien impone un deber a los propietarios cuyo incumplimiento condiciona el ejercicio de facultades del dominio, tiene su justificación en exigencias de interés público, por lo que no merece el calificativo de arbitrario o caprichoso en su establecimiento, y además, para su cumplimiento, no impone exigencias desmesuradas que pudieran entenderse como impeditivas del libre ejercicio de un derecho<sup>51</sup>.

La misma sentencia añade luego que, “[...] si bien con esta exigencia se limita el ejercicio de los mismos, ella deriva de la función social que es inherente a la propiedad que se tenga sobre tales derechos”<sup>52</sup>.

Creemos que el inconveniente que esta norma genera se relaciona más bien con los conflictos que acarrea el sometimiento de los DAA a la posesión inscrita al tratarse éstos de derechos reales administrativos. Resume esta idea Viguera, al indicar que “[l]a “teoría de la posesión inscrita” requiere un alto grado de abstracción de los conceptos jurídicos, en que las instituciones se separan de su materialidad; el punto se agrava cuando en determinados momentos históricos el legislador vigoriza los elementos subjetivos de las instituciones (ej. *animus*), o sanciona las tradiciones *fictas* con un efecto posesorio. Esta es la base del problema”<sup>53</sup>.

Claramente el DAA es una prerrogativa que permite a su titular usar y gozar de las aguas, extrayéndolas de su fuente natural de abastecimiento.

<sup>49</sup> ROSSEL 1960, 151.

<sup>50</sup> De conformidad al artículo 2° transitorio de la Ley N° 21.435 de 2022, modificado por la Ley N° 21.586 de 2023, “[l]os derechos de aprovechamientos de aguas constituidos por acto de autoridad competente, y que a la fecha de publicación de esta ley no estuvieren inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, deberán ser inscritos, a petición de sus titulares, en el referido registro, antes del 6 de abril de 2025. Transcurrido este plazo, los Conservadores de Bienes Raíces no admitirán a trámite la inscripción de los derechos de aprovechamiento de que trata este inciso, los cuales caducarán por el solo ministerio de la ley. La caducidad a que se refiere este inciso no será aplicable a los usos actuales de las aguas respecto de los cuales se inicie el procedimiento de regularización, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo anterior.

<sup>51</sup> Considerando noveno de la Sentencia TC Rol N° 1.578 (2009).

<sup>52</sup> Considerando décimosegundo de la Sentencia TC N° Rol N° 1.578 (2009).

<sup>53</sup> VIGUERAS 2019, 304.

Pero este derecho no se materializa en una cantidad de aguas determinada, como si fuera la parte de un río sobre la que se puede ejercer posesión material. La posesión de este derecho, que es *ficta*, se verifica en la correspondiente inscripción, la que puede no necesariamente reflejar la actitud del titular en cuanto al ejercicio del DAA, es decir, en cuanto a su uso efectivo.

La obligación de inscribir los DAA so pena su caducidad, altera la finalidad de la publicación de las aguas. Como decíamos al comienzo, el objetivo de la demanialización de 1981 era obtener eficiencia en las reasignaciones de los DAA. Con la reforma de 2022, uno de los objetivos que se persigue es la seguridad jurídica. Al legislador no le es indiferente que el titular del DAA no inscriba su derecho (aun cuando ello signifique la sanción que disponía el Código de Aguas de 1951).

La ley persigue que exista certeza jurídica e información clara y precisa de los DAA que se han otorgado o reconocido y que dicha información sea de fácil acceso por parte de los usuarios como por parte del Estado. Ello quedó sintetizado en el Mensaje que fundó la indicación sustitutiva al Boletín 7.543-12, sobre Reforma al Código de Aguas, de fecha 8 de septiembre de 2014, que dispuso que “[c]on el objetivo de resguardar los derechos de los actuales dueños de derechos de aprovechamiento, los artículos transitorios les reconocen vigencia y otorgan un plazo para su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas de los respectivos Conservadores de Bienes Raíces”. Con ello queda de manifiesto que existe un interés público por parte del legislador en obtener la seguridad jurídica de los DAA.

#### IV. Priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento

Uno de los cambios más sustantivos a la legislación de aguas de 2022 está constituido por la incorporación de la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento. En primer lugar, conviene destacar que se reconoce legalmente que éste es un derecho humano. El artículo 5°, inciso cuarto, del CA dispone que:

[e]l acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”. En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurría bajo el Código de Aguas de 1951, que establecía una prelación en el otorgamiento de DAA prefiriendo a aquellas solicitudes efectuadas para: 1.o Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2.o Usos domésticos y saneamiento de poblaciones<sup>54</sup>.

El CA prioriza la función de subsistencia tanto en el otorgamiento como en la limitación de los DAA. Ello es totalmente coherente con lo que reflexionan Embid *et al.* al señalar que “[Los regímenes de prioridades se establecen

<sup>54</sup> Artículo 30 del Código de Aguas de 1951.

normalmente para el otorgamiento de derechos en función de los usos, pero algunas leyes contienen además órdenes de prioridades para el abastecimiento de los derechos ya otorgados en casos de insuficiencia o escasez<sup>55</sup>.

Como hemos sostenido, “[e]n el modelo original del CA de 1981 existía una absoluta neutralidad legislativa en cuanto a los usos que los particulares quisieren otorgar a los derechos de agua, eliminando todo vestigio de prelación de usos tanto para su otorgamiento como para tiempos de sequía<sup>56</sup>”. Esta neutralidad legislativa es consecuencia del modelo de la publicación de las aguas de los años ochenta: lo que se pretendía era que el mercado asignara y reasignara los derechos de aprovechamiento a sus usos de mayor valor. En este sentido, Boettiger reafirma que:

[l]a lógica detrás de esta regulación era que serían los propios usuarios los que definirían la mejor o más óptima utilización de las aguas –quienes se supuso decidirían mejor que el Estado la forma de usar el agua disponible–, realizando una asignación eficiente del uso del recurso mediante un mercado de derechos, en el que los interesados en actividades en que fuera más necesaria el agua invertirían más recursos en obtener derechos o usarlos más eficientemente<sup>57</sup>.

Rojas corrobora esta idea, al puntualizar que, en el modelo original, “[...] el derecho de aprovechamiento de aguas no se encuentra ligado específicamente a un uso determinado (como podría ser el agrícola, minero, industrial, sanitario u otro) ni tampoco a un orden de prelación de usos específico o vinculante, sino que sólo en la medida que un uso –en el ámbito fáctico– requiera de volúmenes, otro de ellos en la misma corriente podrá satisfacerlo por la vía de su transferencia temporal (por ejemplo por vía de arriendo del derecho, o venta de dotación anual) o definitivo (una venta u otro título traslativo del dominio)”<sup>58</sup>.

Como se puede apreciar, la piedra angular de dicho modelo descansa en la eficiencia y se enmarca dentro de la idea de un Estado mínimo, todo ello bajo la lógica del orden público económico que inspira la CP a través del principio de subsidiariedad. En este sentido, Fernandois recuerda que “[e]l principio de las autonomías sociales es la primera cara de la moneda llamada subsidiariedad. Ambos se sostienen en una misma piedra angular, fundacional de todo el ordenamiento constitucional chileno: la primacía del hombre sobre la sociedad”<sup>59</sup>. Los llamados a reasignar los DAA serán los particulares, de conformidad a sus intereses, los que no necesariamente privilegiarán el uso de las aguas para el consumo humano o para la protección de los usos ecosistémicos de ésta.

<sup>55</sup> EMBID *et al.*, 2017, 53.

<sup>56</sup> CELUME 2013, 230.

<sup>57</sup> BOETTIGER 2019, 42.

<sup>58</sup> ROJAS 2016, 26.

<sup>59</sup> FERNANDOIS 2001, 67.

Para Costa, “[e]l problema de acceso tiene tres variables fundamentales: El derecho humano al agua, la disponibilidad jurídica del agua y la protección del patrimonio ambiental”<sup>60</sup>. Compartimos con el autor que tanto el derecho humano al agua como la protección de los usos ecosistémicos de éstas constituyen dimensiones que escapan a la lógica de los mercados, por este motivo, tiene que ser el legislador quien ordene su priorización y protección. El Mensaje de la indicación sustitutiva del Ejecutivo al Boletín 7.543-12, de fecha 8 de septiembre de 2014, se hace cargo de este planteamiento al indicar que:

[n]uestra legislación, desde muy temprano, ha considerado que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. Sin embargo, no es concebible que esta declaración sea letra muerta: es necesario dotarla de un contenido sustantivo. La regulación de los recursos hídricos requiere de un cambio que intensifique el régimen público de las aguas, reforzando las facultades de la Administración en la constitución y limitación de los derechos de aprovechamiento; y dando cabida, protegiendo y priorizando los usos de la función de subsistencia<sup>61</sup>.

La priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento rompe o transgrede la lógica del mercado de derechos de aprovechamiento. Como hemos indicado en otras ocasiones, “[d]e este modo, la reforma legal [de 2022] reconoce la polifuncionalidad de las aguas y le concede prevalencia a la función de subsistencia. Con ello, el paradigma del libre uso de las aguas de que daba cuenta el mercado de los derechos de aprovechamiento queda absolutamente desvirtuado, al menos en lo que atañe a la asignación del recurso”<sup>62</sup>.

La neutralidad en la asignación de los DAA queda suplantada por una norma de preferencia que se hará valer a través de diversos mecanismos legales (exención del remate para las solicitudes de la función de subsistencia y otorgamiento directo del DAA, constitución de reservas de aguas para otorgar DAA para el consumo humano y el saneamiento, derechos por el sólo ministerio de la ley, otorgamiento de DAA contra disponibilidad, entre otros).

Por su parte, en la reasignación de DAA también se contemplan herramientas para hacer valer la referida preferencia (limitaciones en las transferencias de los DAA constituidos para la función de subsistencia, nuevas atribuciones de la Administración en la reducción proporcional del ejercicio de los DAA y en la redistribución de aguas en épocas de escasez hídrica).

De esta forma, la publicación de las aguas se ve esencialmente modificada. Como decíamos al comienzo de este trabajo, los objetivos de la demanialización de 1981 que se relacionaban con la asignación y reasignación eficiente se desdibujan para relucir propósitos de equidad. La priorización

---

<sup>60</sup> COSTA 2016, 344.

<sup>61</sup> Mensaje de la indicación sustitutiva del Ejecutivo al Boletín 7.543-12, de fecha 8 de septiembre de 2014.

<sup>62</sup> CELUME 2022, 44.

del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento se plantea a partir de otro vértice, relacionado con el interés público en el otorgamiento de los DAA y el acceso al agua como derecho humano.

Se desvirtúan los fundamentos del mercado para dar origen a la cabida, protección y priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento. El interés público juega un rol primordial en este cambio de paradigma. En este sentido, durante la tramitación legislativa de la ley 21.435, el Ejecutivo sostuvo que “[e]n cuanto a la noción de interés público que contiene el proyecto, [...] no contempla la incompatibilidad con la propiedad privada, sino, más bien, propone la necesidad de conciliar ambos bienes”<sup>63</sup>.

Se trata, entonces, de un concepto que cohonesta la lógica de los bienes nacionales de uso público de las aguas con el carácter patrimonial del DAA, permitiendo a la Administración intervenir para efectos de priorizar el uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento y proteger los usos ecosistémicos de las aguas.

## V. Limitaciones ambientales al DAA

A diferencia de lo que ocurre con las reglas de priorización de uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, la protección de los usos ecosistémicos de las aguas se enmarca dentro del reconocimiento de la polifuncionalidad del recurso. El propio legislador ha establecido en el artículo 5° bis, inciso primero, que “[l]as aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas”. Se trata así de una norma de protección, más no de priorización.

El texto original del CA de 1981 no contemplaba mecanismos de preservación ecosistémica. El articulado normativo no contenía normas para instrumentalizar el deber estatal de tutelar por la preservación de la naturaleza, no imponía requisitos para la obtención de los derechos de aprovechamiento, ni condicionaba su ejercicio al respeto de caudales ecológicos o ambientales. Lo anterior, a pesar de que hasta el año 1981, Chile ya había suscrito relevantes instrumentos internacionales en materia de biodiversidad<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación del Senado, Historia de la Ley N° 21.435, 24.

<sup>64</sup> Destacan la Convención para la protección de la flora, fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, promulgada en 1967; la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, promulgada en 1975; la Convención relativa a las zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, promulgada en 1981; la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, promulgada en 1980; y el Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna silvestre, promulgado en 1981. Con posterioridad a 1981, Chile también ha suscrito la Convención internacional para la regulación de la caza de ballenas, promulgada en 1979; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, promulgado en 1994, cuya implementación debe

Creemos relevante mencionar que la primera norma sobre preservación ecosistémica que se incorporó en la legislación de aguas data de 1992 y fue incorporada por la Ley N° 19.145 de 1992 que modificó los artículos 58 y 63 del CA, referentes a la protección de las vegas y de los bofedales (humedales de la zona norte del país). Como hemos señalado con anterioridad:

[e]sta primera modificación al CA de 1992 restringió el acceso a la propiedad de los derechos de aprovechamiento, en el sentido de prohibir la exploración y explotación de aguas subterráneas en los acuíferos que alimentan las vegas y los bofedales de las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. Lo anterior, debido a que los acuíferos son el sustento de las actividades agroganaderas y de sobrevivencia de las comunidades andinas. Estos cambios en la legislación permitieron establecer medidas de protección para estos ecosistemas y para el uso ancestral que las comunidades indígenas habían hecho de ellos<sup>65</sup>.

Desde el momento en que se creó en Chile la institucionalidad ambiental en 1994, a través de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley N° 19.300 (LBGMA), gradual y muy lentamente, las decisiones y los criterios que la DGA fue implementando fueron impregnados por los principios ambientales de la LBGMA.

En la reforma del CA reciente, se alcanza una expresión legislativa mucho más consistente entre los textos normativos, de tal forma que, al abrigo de la Ley ambiental el nuevo CA y la DGA han sido dotados de facultades tanto en materia de conservación como de sustentabilidad. Como reflexiona Soro:

[...] el avance del Derecho Ambiental, y en especial del que se ha venido en denominar Derecho de los recursos naturales, está incidiendo de manera decisiva sobre instituciones básicas del Derecho de aguas como la distribución de competencias, la planificación hidrológica y sus relaciones con el resto de instrumentos planificadores, las técnicas jurídicas para el control de avenidas e inundaciones y los títulos habilitantes de su uso como bien de dominio público natural<sup>66</sup>.

En la actualidad, el principio rector de estas atribuciones lo encontramos en el artículo 5° bis, inciso cuarto del CA, que dispone que “[l]a autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas”. Como se desprende de esta disposición, no se trata de una norma de priorización de la función ecosistémica, sino que de la protección de los servicios ecosistémicos que proveen las aguas. El CA no ha querido desconocer los usos productivos de las aguas, sino que, por el contrario, darle amparo a todos aquellos usos que quedan fuera de la lógica del mercado.

---

verse reflejada en una adecuada protección de la biodiversidad; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, promulgada en 1997.

<sup>65</sup> CELUME 2020, 391-392.

<sup>66</sup> SORO 2016, 153.

Como sostiene Embid, “[...] los usos que lleven a cabo los particulares de las aguas deben ser “racionales”, y la misma decisión pública sobre atribución de usos deberá ser presidida por el criterio de la racionalidad, entendiéndose por tal racionalidad la presente en los proyectos que supongan una mejor utilización del recurso desde el punto de vista de su conservación”<sup>67</sup>.

Para otorgar esta protección, el legislador recurre a diversas herramientas tales como el establecimiento de reservas estatales sobre aguas disponibles, la implementación de caudales ecológicos retroactivos, la prohibición de la exploración y la explotación en sitios protegidos y la prohibición de drenar turberas en la zona austral del país, entre otras normas como la creación de DANE o *in situ*. Revisaremos las normas atinentes a caudal ecológico mínimo, a reservas de caudal y a DANE o derechos *in situ*.

### 1. Caudal ecológico mínimo

Hasta el año 2005, la legislación chilena no contemplaba una norma expresa para establecer un caudal ecológico mínimo en los cauces. La ley permitía otorgar a los particulares todo el caudal disponible teniendo sólo la obligación de respetar los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad. Sin embargo, desde 1995 la DGA, consciente del problema, y sin contar con los medios legales pertinentes, comenzó con los primeros intentos para aplicar un caudal ecológico de facto, en la asignación de derechos de aprovechamiento. Posteriormente vino la consagración jurídica definitiva y en consecuencia la obligación legal para la Autoridad de establecer un caudal mínimo ecológico mediante la modificación al Código de Aguas realizada por la Ley N° 20.017, de 2005. A diferencia de lo que ocurre en España en que, como señala Embid, “de acuerdo a su naturaleza jurídica los caudales ecológicos se configuran en la normativa vigente como una limitación previa a los flujos del sistema de explotación o como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación y no como un uso”<sup>68</sup>, la exigencia de establecer un caudal ecológico en Chile, no está enfocada al cauce mismo, es decir, no se impuso a la Autoridad la obligación de medir los caudales promedios de un cauce y establecer un caudal mínimo a respetar por todos los usuarios de la fuente involucrados en el uso o la gestión del cauce. Por el contrario, el caudal ecológico se dirigió a restringir las solicitudes de nuevos derechos de aprovechamiento, estableciéndose que, cada vez que se otorgara un nuevo derecho, éste debía considerar la obligación de “dejar pasar” ciertos caudales asociados a su título, los que no podría utilizar.

En palabras de Boettiger, “[e]l caudal ecológico se ha definido como el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales<sup>69</sup>”. Para la Dirección General de

<sup>67</sup> EMBID 2001, 65.

<sup>68</sup> EMBID 2010, 60.

<sup>69</sup> BOETTIGER 2013, 2.

Aguas (DGA) existen dos instancias para la determinación de caudales ecológicos. La primera es su atribución sectorial, que le permite establecer caudales ecológicos mínimos a través del CA, dentro del proceso de otorgamiento de derechos de aguas (artículo 129 bis 1 del CA). La segunda facultad de la DGA para establecer caudales ecológicos denominados, en estos casos “caudales ambientales”, es a través de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300 o LBGMA), la cual dispone que los proyectos incluidos en el artículo 10 de dicho cuerpo normativo deberán someterse al Sistema de Estudio de Impacto Ambiental (SEIA)<sup>70</sup>. En este punto es importante señalar que, en el caso de Estudios de Impacto Ambiental, el caudal ambiental se aplica o se determina como una medida de mitigación, frente a los impactos que pueda provocar el proyecto. Para Tala:

“[e]s indudable que la intervención legislativa más gravitante de la Ley 19.300 en el régimen de aprovechamiento hidráulico, consiste en la introducción de la planificación como instrumento de gestión ambiental, particularmente bajo la modalidad de plan de manejo, que está orientada al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables de modo que se asegure su capacidad de regeneración (no sólo genética o reproductiva sino también de recarga), y que, fiscalizado por el organismo público pertinente, conforme al artículo 42, letra a), de la Ley 19.300, debe incluir como consideración ambiental, la “mantención de caudales de agua y conservación de suelos”. Esto es, ni más ni menos, que la regulación jurídico-positiva del llamado caudal ecológico, [...]”<sup>71</sup>.

El caudal ecológico mínimo, hasta 2022, no se aplicaba a los derechos de aprovechamiento ya otorgados que en su título no tenían incorporada esta obligación. De esta forma, existen cauces que están totalmente desprovistos de la medida. Con la aprobación de la Ley N° 21.435 de 2022, se aprobaron diversos caudales ecológicos retroactivos, es decir, aplicables a derechos de aprovechamiento ya constituidos<sup>72</sup>. Esta segunda posibilidad de la Administración para disponer la creación de caudales ambientales a derechos de aprovechamiento que, en su constitución originaria, no lo tenían impuesto, ha venido a suplir la imposibilidad de afectar derechos otorgados

<sup>70</sup> En particular, los artículos 41 y 42 de la Ley N° 19.300, de 1994, disponen que “[e]l uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas” y que “[e]l organismo público encargado por ley de regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá la presentación y cumplimiento de planes de manejo. Los planes de manejo incluirán entre otras consideraciones ambientales: la mantención de caudales de aguas, mantención del valor paisajístico y la protección de especies en peligro de extinción, vulnerables o insuficientemente conocidos”.

<sup>71</sup> TALA 1999, 81.

<sup>72</sup> Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 21.435, el Ejecutivo expresó que “[...] se trata de una figura introducida unánimemente durante el primer trámite constitucional de la iniciativa, conforme a cuatro criterios específicos que evitan una hipótesis de discrecionalidad, los que recogen los lineamientos jurisprudenciales relativos a los traslados de derechos”.

con anterioridad a la ley 20.017 de 2005, desde una perspectiva práctica, legítima y constitucionalmente válida.

Las hipótesis de caudales ecológicos retroactivos son las siguientes (artículo 129 bis 1 del CA):

- a) La Dirección General de Aguas podrá establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de aquellos derechos de aprovechamiento ya otorgados en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y los sitios prioritarios de primera prioridad<sup>73</sup>.
- b) La Dirección General de Aguas siempre podrá establecer, en el nuevo punto de extracción, un caudal ecológico mínimo en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales<sup>74</sup>.
- c) La Dirección General de Aguas podrá, en su calidad de organismo sectorial con competencia ambiental, y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, proponer un caudal ecológico mínimo o uno superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que éstos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294 (obras mayores). Con todo, la resolución de calificación ambiental no podrá establecer un caudal ambiental inferior al caudal ecológico mínimo definido por la Dirección General de Aguas<sup>75</sup>.

## 2. Reservas de caudales de agua

Esta figura se incorpora en la legislación de aguas con ocasión de la reforma de la Ley N° 20.017 de 2005, sobre la base de una denegación parcial de solicitudes pendientes. Hemos reflexionado con anterioridad que:

[...] en su historia legislativa, la reserva de caudales estuvo orientada a suplir la falta de recurso hídrico para el abastecimiento de la población y para impulsar el desarrollo de actividades productivas relevantes en el

<sup>73</sup> Para efectos de determinar el sentido y alcance de esta norma, el artículo tercero transitorio de la Ley N° 21.435 dispuso que “[...] mientras no se definan conforme a la referida ley los sitios prioritarios de primera prioridad, para la aplicación del artículo 129 bis 1°, se entenderá que son aquellos los 68 sitios definidos en la Estrategia para la Conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad, de 2003 y que tienen efectos para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

<sup>74</sup> Esta práctica ya se venía ejerciendo por la autoridad administrativa y había sido ratificada por la Corte Suprema. Ver Corte Suprema Rol N° 9654-2009.

<sup>75</sup> Esta norma formaliza una práctica que la DGA, como organismo con competencia ambiental, ha venido ejecutando en el SEIA. La disposición sólo tiene aplicabilidad respecto de las obras mayores del artículo 294 del CA, que se encuentran en un cauce. Lo anterior, debido a que estas obras provocan el efecto de modificar su régimen hidrológico. El proceso de evaluación ambiental se encarga de definir o de redefinir los caudales ecológicos (caudal ambiental), esta vez, asociados a la obra. Por medio de esta disposición se le reconoce a la DGA su competencia en materia ambiental, en tanto ésta puede valorar las medidas de mitigación, reparación o compensación.

contexto regional. Hoy por hoy, la institución de la reserva ha ido mudando tímidamente a un concepto más bien amplio y susceptible de ser utilizado con objetivos de carácter social, tales como el desarrollo local o el turismo de intereses especiales, pero todavía de forma bastante restringida<sup>76</sup>.

Como puede apreciarse, no se trata de un instrumento limitado a consideraciones ambientales ni tampoco ha sido creado para ello. Creemos que el objetivo de esta norma estaba más bien ligado a la posibilidad de que el Estado pudiese reservar aguas con la finalidad de propender al fortalecimiento de las iniciativas económicas particulares, dando cabida al desarrollo de grandes proyectos estratégicos. Sin embargo, la institución de la reserva mudó a un concepto más bien amplio y susceptible de ser utilizado con objetivos de marcado carácter ambiental<sup>77</sup>.

La reserva de caudales ambientales se estructuró como un mecanismo eventual y residual en virtud del cual, la DGA podía evitar la constitución de nuevas titularidades privativas para aprovechar las aguas, tanto consuntivas como no consuntivas<sup>78</sup>. En el primer caso, sólo con la finalidad de abastecer a la población. En el segundo, en circunstancias excepcionales y basándose en consideraciones de interés nacional. Ambos términos son muy amplios y permiten la introducción de diversas justificaciones, tanto ambientales como sociales o geopolíticas. Sin embargo, las consideraciones de "interés nacional" han sido estrictamente definidas por la jurisprudencia y no han sido consistentes en dar paso a razones ambientales para reservar el recurso.

Hasta antes de la reforma de la Ley N° 21.435 de 2022, la reserva de caudales constituía una herramienta de escasa aplicación práctica para preservar la naturaleza y conservar el recurso hídrico. Además, su aplicación extensiva para dar cumplimiento a los deberes estatales en materia de conservación ambiental quedaba entregada a la interpretación que de la norma hicieran los Tribunales Superiores de Justicia con motivo del recurso de reclamación judicial. Producto de la antes mencionada reforma, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas con el objetivo de asegurar la función de preservación ecosistémica (artículo 5° ter del CA). En específico, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, previo informe de la DGA, reservar el recurso hídrico, bastando que exista disponibilidad de aguas (artículo 147 bis del CA).

---

<sup>76</sup> CELUME 2021, 42.

<sup>77</sup> En algunos casos especiales, se autorizó a la DGA para denegar ciertas solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos pendientes con fundamentos de conservación ambiental. Ver Sentencias de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2395-2015 y 2396-2015 y Rol N° 352-2010.

<sup>78</sup> Para la Dirección General de Aguas 2010, 1, "[l]a figura de la reserva de caudales para ciertos usos, consiste en denegar en parte determinadas solicitudes, de modo que exista disponibilidad de recursos para la constitución de solicitudes que se encuadren dentro de las hipótesis que señala la norma".

### 3. Derechos de agua no extractivos (DANE) o *in situ*

La Ley N° 20.017 de 2005 incorporó una “patente por no uso de las aguas”. En la exposición de motivos de ese proyecto de ley, se advirtió la necesidad de incorporar causales de caducidad a los derechos de aprovechamiento de aguas, por su no uso efectivo. Durante la tramitación legislativa de la reforma al CA y dadas las circunstancias políticas y sociales de la época, la patente por no uso surge como una alternativa a la figura de la caducidad por no utilización de las aguas y al establecimiento de una tarifa por tenencia de los DAA. De la historia legislativa y del momento político en que se gestó la reforma podemos señalar que la posibilidad de establecer un gravamen general a la tenencia de los DAA se descartó debido a que no existía ningún catastro o registro único y completo de los DAA existentes en la época. Mal podría gravarse a los titulares de DAA si la Autoridad no tenía conocimiento de su existencia. La caducidad, por su parte, fue desechada por el símil que tenía con la figura contenida en el CA de 1951 y por la fragilidad institucional que dicho cuerpo supuso en la época de la reforma agraria. La patente por no uso implica la imposición de un gravamen (o de una sanción) en caso de que un titular de un DAA no esté dando un uso efectivo a las aguas, entendiéndose por tal, si no ha construido las obras suficientes y aptas para captar y restituir las aguas, en su caso. Para Domper, la patente por no uso de las aguas, es un tributo. En este sentido, indica que “cabe señalar que constituye más bien un impuesto al no uso del agua, el cual se aplicará sobre derechos ya constituidos y que su titular se encuentra a la espera de la oportunidad de utilizar”<sup>79</sup>.

Esta norma si bien tuvo por objetivo evitar el acaparamiento ocioso de derechos y la consecuente especulación con ellos –especialmente, de los derechos no consuntivos–, generó un incentivo perverso consistente en gravar (o sancionar) a aquellos titulares de DAA que deseaban promover un uso ecológico o turístico a las aguas, dejándolas correr. En este sentido, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han sentenciado que “[...] para esta Corte, resulta muy importante y relevante, que el objeto de la petición de aprovechamiento pedido y otorgado a la Municipalidad de Pucón con ‘la única finalidad de preservar el medio ambiente, el turismo y desarrollar deportes náuticos’<sup>80</sup>. Lo cual denota que no existe un fin patrimonial o empresarial, para lo cual la reclamada lo debió tener en consideración, ya que el mismo Código de Aguas en su artículo 129 bis 1 ordena a la Dirección General de Aguas al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, ‘velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente...’ Norma que está conforme con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política”<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> DOMPER 2003, 393.

<sup>80</sup> Considerando quinto, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 726-2015.

<sup>81</sup> Considerando quinto, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 726-2015.

Como puede apreciarse, la patente por no uso de las aguas no incentiva un uso más racional y sostenible del recurso hídrico, sino que, por el contrario, consagra un uso ineficiente de las aguas. Para dar solución a este problema, la Ley N° 21.435 dispuso en el artículo 129 bis 1A que:

[a] solicitarse un derecho de aprovechamiento de aguas o mientras se tramita dicha solicitud, el titular podrá declarar que las aguas serán aprovechadas en su propia fuente sin requerirse su extracción, ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo lo cual deberá haberse declarado de ese modo en la memoria explicativa de que da cuenta el numeral 7 del artículo 140, o por acto posterior acompañando dicha memoria actualizada". Se crea así una nueva titularidad no extractiva de las aguas, cuya fisonomía da cuenta de los objetivos del legislador por preservar la naturaleza<sup>82</sup>. Como se aprecia de estas normas, la incidencia ambiental en la legislación se ha intensificado, con lo que la finalidad de la publicación de las aguas también se ve afectada. Los objetivos de la demanialización en la actualidad ya no sólo tienen relación con el reconocimiento de la función ecosistémica de las aguas, sino que, por medio de sujetar al DAA a cargas ambientales, la normativa propende a su protección y a su fomento. Ello se encuentra en plena armonía con el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19, número 8, de la CP).

A este respecto, Guzmán ha sostenido que esta obligación se configura como "[...] un refuerzo de la idea conforme a la cual, más allá de las hipótesis infraconstitucionales que efectivamente imponen comportamientos de preservación, al Estado, en tanto tutor, le cabe establecer acciones, medidas y políticas regulatorias que acudan al amparo de bienes ambientales relevantes"<sup>83</sup>. Compete, por tanto, al Estado y de acuerdo con el interés público, actuar protegiendo los usos ecosistémicos de las aguas, ya que éstos, entregados únicamente a la lógica del mercado, quedarían desamparados.

<sup>82</sup> Durante la tramitación parlamentaria de esta norma, el Ejecutivo señaló que se "[...] incorpora el concepto de los derechos de aguas para fines no extractivos, para destinarlos a la conservación o a fines turísticos, como puede ser el rafting que se practica en el río Trancura. Hoy, apuntó, deben solicitar derechos de aguas y construir una obra de captación para evitar el pago de patente por no uso. Resaltó que se propone crear esta figura de protección in situ que se configura como una obligación de no hacer, que se materializa en la obligación de no extraer agua superficial y subterránea. Al efecto, explicó que se trataría de un gravamen voluntario y que de no cumplir con esta carga el titular deberá pagar todas las patentes por no uso que correspondiere si hubiere tenido un derecho de agua de carácter extractivo. Lo anterior, consideró, generará un instrumento para devolver el agua a los ríos y a las napas subterráneas y una exención del pago de patentes con fines de no extractivos". Historia de la Ley N° 21.435. Comisión de Agricultura del Senado, 511.

<sup>83</sup> GUZMÁN 2010, 100.

## Conclusiones

Se ha verificado un cambio profundo en la finalidad de la afectación de las aguas. Observando retrospectivamente podemos sostener que en la configuración del DAA hemos pasado de un derecho neutro y absoluto, a un derecho afectado (a priorización, a su uso efectivo y a su inscripción obligatoria) y limitado (en el tiempo y sujeto a cargas ambientales). Esta modulación del DAA ha impactado en los objetivos de la demanialización. La sujeción de las aguas a un régimen público obedece a razones distintas de aquellas esgrimidas en los años ochenta. Hace cuatro décadas el legislador se inclinaba por lograr una asignación y reasignación de los DAA conforme a las lógicas del mercado, sin importar sus fallos (como lo constituyen los bienes públicos). En la actualidad, el legislador, respondiendo más bien a objetivos de equidad –que de eficiencia– en la distribución de las aguas, ha dispuesto una estructura distinta para el DAA.

En primer lugar, ha priorizado su asignación y limitaciones a la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento, transgrediendo la neutralidad legislativa. En segundo lugar, ha retomado el concepto del uso efectivo de las aguas, intensificando sus efectos, basándose en la función social de la propiedad. En tercer lugar, ha dispuesto la duración temporal del DAA, sin que ello lo afecte esencialmente. En cuarto lugar, ha ordenado la inscripción obligatoria de los títulos, justificándose en la seguridad jurídica. En último lugar, ha sujetado los DAA a diversas cargas ambientales, evidenciando la incidencia ambiental del recurso hídrico y proveyendo una adecuada tutela estatal a los servicios ecosistémicos de las aguas. Esta nueva conformación del DAA responde al interés público a que hoy quedan sometidos los DAA.

## Bibliografía citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2001). *Tratado de los derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En Jaime ARANCIBIA MATTAR y Patricio PONCE CORREA [Ed], *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (327-375). Editorial Tirant Lo Blanch.
- BAUER, Carl (2004). *Canto de sirenas*. Editorial Bakeaz.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2019). Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma. *Actualidad Jurídica* (40), 29-59.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2013). Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos. *Actas de Derecho de Aguas* (3), 1-12.
- CELUME BYRNE, Tatiana. (2022). Reconocimiento legal del derecho humano al agua y sus implicancias en los principios que informan el Código de Aguas. *Revista De Derecho Ambiental* (18), 35-61. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.67944>.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2021). Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación. *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático, 15-58.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2020). Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua en M. GARCÍA PACHÓN

- (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (362-403). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CELUME BYRNE, Tatiana (2013). *Régimen Público de las Aguas*. Editorial Thomson Reuters.
- CLARO SOLAR, Luis (1930). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Tomo Sexto*. Imprenta Cervantes.
- COSTA CORDELLA, Ezio. (2016). Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile. *Revista Chilena de Derecho* (1), 335-354. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100014>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (Marzo 2010). *Análisis de metodología y determinación de caudales de reserva turísticos*. Ministerio de Obras Públicas. <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5269v1.pdf>.
- DOMPER RODRÍGUEZ, María de la Luz (2003). La eficiencia en el mercado de derechos de agua: ¿Patente por no uso o por tenencia? *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2), 381395. <https://doi.org/10.7764/redae.11.11>.
- DUGUIT, León (1975). *Las transformaciones del Derecho. Público y privado*. Editorial Heliasta.
- EMBED IRUJO, A. (2013). La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua. En A. EMBED IRUJO [Dir.], *Usos del agua (concesiones, autorizaciones y mercados del agua)* (25-82). Editorial Aranzadi.
- EMBED IRUJO, A. (2010). El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico. En A. EMBED IRUJO [Dir.], *Agua y Energía* (13-81). Editorial Thomson Reuters.
- EMBED IRUJO, Antonio (2001). Evolución del Derecho y de la política de aguas en España. *Revista de Administración Pública* (156), 59-99. <file:///C:/Users/franc/Downloads/Dialnet-EvolucionDelDerechoYDeLaPoliticaDelAguaEnEspana-17553.pdf>.
- EMBED IRUJO, A. y MARTIN, Liber (2017). El nexo agua - energía - alimentación. Planificación, marco normativo e interconexiones en América Latina y el Caribe. En Pinto y M. Liber [Dir.], *Ambiente, agua y energía: Aportes jurídicos para su relación* (21-108). Editorial Lajouane.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). *Derecho constitucional económico, Tomo I*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FIGUEROA CONTRERAS, Demetrio (1960). De las mercedes de agua en general y en particular. En A. Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (221-279). Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA DEL RÍO, Luis (1997). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Ediciones Universidad Gabriela Mistral.
- FUENTES OLMOS, Jessica (2018). *El derecho de propiedad*. Ediciones Der.
- GARCÍA MACHMAR, William (2019). Reglados, gratuitos y perpetuos: críticas a la asignación de títulos habilitantes sobre el dominio público. En Jaime Arancibia Mattar y Patricio Ponce Correa [Ed.], *El Dominio Público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (227-252). Editorial Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1997). La naturaleza jurídica de la autorización y de la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña*, 337-351.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2010). *La regulación constitucional del ambiente en Chile*. Editorial Legal Publishing.
- LIRA URQUIETA, Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo (1940). *Régimen legal de las aguas en Chile*. Editorial Nascimento.
- MARIENHOFF, Miguel (2011). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo VI*. Editorial Abeledo Perrot.
- MARTIN, Liber (2013). Aguas disputadas. Transformaciones del interés público (y privado) en el uso del agua pública. *Passagens* (1) 3-28.
- MONTORY BARRIGA, Gonzalo (2019). *La propiedad constitucional: limitaciones, privaciones, contenido esencial*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1979). *El derecho de propiedad privada*. Editorial Temis.

- OBANDO CAMINO, Iván (2019). La función social de la propiedad: un análisis de sus antecedentes doctrinales, históricos y jurisprudenciales. En R. FUENTES GUÍÑEZ y V. OPAZO DE LA FUENTE [Coord.], *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados* (435-468). Editorial Tirant Lo Blanch.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1968). *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razón de interés público*. Editorial Jurídica de Chile.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2013). *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Editorial Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2012). *Interés general, Derecho administrativo y Estado de bienestar*. Editorial Iustel.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2016). *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Editorial Thomson Reuters.
- ROSSEL COWPER, Sergio (1960). Del dominio y aprovechamiento de las aguas en Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (57-220). Editorial Jurídica de Chile.
- SORO MATEO, Blanca (2016). La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (47-48), 151-179.
- TALA JAPAZ, Alberto (1999). *Derecho de Recursos Naturales*. Ediciones Jurídicas La Ley.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998). *Derecho de Aguas*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960). Generalidades. En A. Hederra Donoso [Dir.], *Comentarios al Código de Aguas* (1-56). Editorial Jurídica de Chile.
- VIGUERAS SALAZAR, Rubén (2019). Inconsistencias dogmáticas de la "teoría de la posesión inscrita" en la teoría de los derechos y acciones reales. En R. FUENTES GUÍÑEZ y V. OPAZO DE LA FUENTE [Coord.], *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados* (297-344). Editorial Tirant Lo Blanch.

## Normativa citada

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1122. Fija el texto del Código de Aguas. 29 de octubre de 1981. D.O. No. 31.102.
- Ley N° 21.435 de 2022. Reforma Código de Aguas. 25 de marzo de 2022. D.O. No. 43.212.
- Ley N° 19.300 de 1994. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 01 de marzo de 1994. D.O. No. 34.803.

## Jurisprudencia citada

- Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre concesiones de energía geotérmica. Tribunal Constitucional (1999): Tribunal Constitucional, 02 de diciembre de 1999 (Rol N° 300-1999). Pleno [Control de constitucionalidad].
- HidroAysén S.A con Ministerio de Obras Públicas* (2017) Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de mayo de 2017 (Rol N° 2395-2015).
- Ilustre Municipalidad de Pucón con Director General de Aguas* (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de marzo de 2017 (Rol N° 726-2015). [Recurso de reclamación].
- R C Tuxford Exports Limited con Commpart Repuestos Ltda* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de agosto de 2010 (Rol N° 2396-2010). [Recurso de apelación].
- Requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas, introducidos por la Ley N° 20.017 y referidos a la obligación de pago de patente por derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados, así como la exención de la misma (2015): Tribunal Constitucional, 13 de octubre de 2015 (Rol N° 2.693-2014). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 129 bis 5 del código de aguas (2022): Tribunal Constitucional, 02 de agosto de 2023 (Rol N° 13.539-2022). Pleno [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso séptimo del artículo 122 del Código de Aguas (2011): Tribunal Constitucional, 02 de junio de 2011 (Rol 1.578-2009). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

*Sergio Menichetti Cuevas con Dirección General de Aguas* (2012): Corte Suprema, 24 de mayo de 2012 (Rol N° 9654-2009). [Recurso de casación].

*Sur electricidad y energía S.A. con Ministro de Obras Públicas* (2013): Corte de apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 2013. (Rol N° 352-2010). [Recurso de reclamación].



# Instrumentos de gestión hídrica para la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos

## Water management instruments for the conservation of the hydrologic legal system of the urban wetlands

Sergio Jaque Bopp<sup>1</sup>  
Claudio Jiménez Valenzuela<sup>2</sup>

El presente artículo tiene por objeto identificar, sistematizar y exponer los instrumentos normativos aplicables para la conservación directa e indirecta del régimen hidrológico de los humedales urbanos, en el contexto de la Ley N° 21.202 de 2020 y de la Ley N° 21.435 de 2022, que reformó al Código de Aguas, concentrándose principalmente en este último cuerpo normativo que es el que principalmente regula la explotación del agua en Chile.

**Palabras clave:** derechos de aguas, humedales urbanos, régimen hidrológico, ecosistema, conservación, sustentabilidad.

The purpose of this article is to analyze the regulatory instruments for the conservation of the hydrologic legal system of urban wetlands, in accordance with Law N° 21.202 of 2020, and the legal reform of the Water Code through Law N° 21.435 of 2022. The main emphasis is on the latter regulatory framework, which primarily regulates the exploitation of water resources in Chile.

**Keywords:** Water rights, urban wetlands, hydrological legal system, ecosystem, conservation, sustainability.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Magister en Derecho, mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida El Golf N° 40, piso 20, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: sergiojaque@gmail.com

<sup>2</sup> Magister en Derecho, mención en Derecho Regulatorio Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Chile. Dirección postal: Escandinavia N° 298, Las Condes, Santiago de Chile Correo electrónico: claudiojimenezval@gmail.com

Artículo recibido el 25 de agosto de 2023 y aceptado el 19 de diciembre de 2023.

## I. Introducción

Como introducción al presente trabajo, podemos indicar que la Ley N° 21.202, de 2020, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos ("LHU"), ha relevado la importancia de los humedales urbanos y su incidencia en la conservación de la biodiversidad, evidenciándose como una norma particularmente influyente tanto en sus efectos normativos como en la capacidad de convocar interés en la ciudadanía para el cuidado y conservación de dichos humedales.

Desde una mirada normativa, ha sido relevante en cuanto a sus efectos, en particular respecto de la modificación de los supuestos para ingreso de determinados proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"), así como también, en cuanto al estudio de las normas sectoriales pertinentes para determinar los humedales a los cuales resulta aplicable la citada normativa y su protección<sup>3</sup>.

En la doctrina nacional, progresivamente se han incorporado estudios sobre estos ecosistemas, concordante con las funciones que prestan y su relevancia, ya que, al tratarse de "sistemas intermedios entre ambientes permanentemente inundados y ambientes normalmente secos, que muestran una enorme diversidad de acuerdo a su origen, localización geográfica, su régimen acuático y químico, características del suelo o sedimento y vegetación dominante"<sup>4</sup>, son fundamentales para la conservación de la biodiversidad que habita en ellos<sup>5</sup>.

Las anotadas características son importantes, toda vez que la conformación de los humedales involucra una serie de elementos que normativamente han sido estudiados en forma independiente y regulados segmentadamente, lo que conlleva la necesidad de considerar para su preservación, el estudio y regulación de diversos factores con la intervención de numerosos Órganos de la Administración del Estado ("OAE"), los que, además, dependen de entidades diversas y responden a objetivos e intereses distintos, resultando de particular importancia para la eficacia de su actividad, la coordinación entre ellos.

---

Siglas empleadas: CPR.: Constitución Política de la República; LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575; OAE: Órganos de la Administración del Estado; CA: Código de Aguas; LBMA: Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300; LHU: Ley N° 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos; Ley D.S.: Decreto Supremo; D.F.L.: Decreto con Fuerza de Ley; MMA: Ministerio del Medio Ambiente; MOP: Ministerio de Obras Públicas; DGA: Dirección General de Aguas; SEA: Servicio de Evaluación Ambiental; SMA: Superintendencia del Medio Ambiente; LOSMA: Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente contenida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417; RCA: Resolución de Calificación Ambiental; CMS: Criterios Mínimos para la Sustentabilidad; CEM: Caudal Ecológico Mínimo; DAA: Derecho de Aprovechamiento de Aguas; PAT: Plan de Alerta Temprana.

<sup>3</sup> Vid. JIMÉNEZ 2020, 123-144.

<sup>4</sup> HAUENSTEIN *et al.* 2002, 87-88.

<sup>5</sup> ROTTMANN y PIWONKA 1990, 76-77. HAUENSTEIN *et al.*, 2002, 88. ESTADES *et al.* 2012.

En efecto, en los humedales existe una relación entre los distintos elementos que los componen: tierra, subsuelo, agua, bosques, aire, flora y fauna<sup>6</sup>; circunstancia que se condice con la definición de enfoque ecosistémico, en los términos contenidos en el Decreto N° 15, del MMA del año 2020, que establece el reglamento de la Ley N° 21.202 de 2020, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos (el “Reglamento”)<sup>7</sup>, presupuesto que, además, tiene importantes implicancias respecto de su regulación.

En este caso en concreto, atendida la morfología de los humedales urbanos, la importancia del recurso hídrico y la alta afectación antrópica de la que son objeto<sup>8</sup> al tratarse un cuerpo de agua y estar vinculados a zonas urbanas, resultan aplicables diversas normas relacionadas con su protección<sup>9</sup>, así como también es posible identificar diversos organismos que tienen competencia técnica en la gestión de dicho recurso<sup>10</sup>. Lo anterior, permite plantear la procedencia de cuestiones relacionadas con la explotación de los derechos de aprovechamiento de aguas ubicados aguas arriba o próximos al humedal, por cuanto su ejercicio debería estar encaminado a mantener las condiciones que permiten la existencia del humedal urbano que sea declarado como tal<sup>11</sup>.

En este sentido, la descripción de tales ecosistemas deja de manifiesto la importancia e influencia del componente hidrológico para su conservación, el cual será abordado en el presente estudio, con el objeto de analizar aquellos instrumentos de gestión hídrica que, eventualmente, pueden tener incidencia, directa o indirecta, en la conservación de las condiciones que permitan la subsistencia de un humedal, considerando para aquello los fines establecidos en la Ley N° 21.202 de 2020 y los vínculos existentes con la reciente reforma al CA<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> GUERRA y LARA 2017, 188.

<sup>7</sup> Artículo 2°.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: ... e) Enfoque ecosistémico: estrategia para la gestión integrada de la tierra, agua y recursos vivos que promueve la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica de forma equitativa.

<sup>8</sup> ROJAS *et al.* 2015, 182.

<sup>9</sup> Vid. GUERRA y LARA 2017, 198.

<sup>10</sup> BERGAMINI *et al.* 2019, (pp. 255-288). Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. DELGADO SCHNEIDER, Verónica. La ley de humedales urbanos en Chile: El tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración). Anuario de Derecho Público, N° 1, 2021, ISBN 978-956-314-506-9, p. 564.

<sup>11</sup> GUERRA y LARA 2017, 190.

<sup>12</sup> Sobre el particular es pertinente precisar en cuanto a la conservación de los humedales, que, si bien el presente trabajo abordará el componente hidrológico, existen otros aspectos relevantes a considerar y que se encuentran contemplados en la propia LHU y en el mencionado Reglamento, teniendo especial incidencia la actividad de las municipalidades y la aplicación de las normas contenidas en los diversos Instrumentos de Planificación Territorial –IPT– asociados al componente suelo, materias que atendida su extensión y a que exceden el objeto del presente trabajo, serán materia de estudios posteriores.

## II. La Ley de Humedales Urbanos y su Reglamento

Habiendo introducido la temática en análisis, relevando la importancia de los humedales urbanos y enunciando algunas cuestiones normativas y fácticas asociadas a los mismos, en el presente apartado se indicarán de manera breve algunas normas de la LHU y su Reglamento que buscan dar protección a estos ecosistemas, estableciendo un marco general.

En Chile, existe un número importante de humedales que reúnen las características para ser declarados como “humedales urbanos”. La morfología de los humedales exige numerosas consideraciones para su resguardo, entre ellas, la correcta determinación de los componentes que la conforman y, en particular, en cuanto al recurso hídrico, toda vez que del estado de aquel dependerá la subsistencia del humedal, razón por la cual en este trabajo se abordan instrumentos de gestión hídrica relacionados con dicho componente hídrico, el que se encuentra regulado principalmente en el CA.

En este contexto, la LHU insta un nuevo régimen regulatorio para los humedales ubicados total o parcialmente en las zonas urbanas<sup>13</sup>, dotándolos de un mecanismo para su determinación y protección en un contexto regulatorio que, con anterioridad a su dictación, resultaba precario<sup>14</sup>. Si bien existían diversas normas que, en su conjunto, permitían su protección, la nueva ley, en general, otorga certezas para la promoción de la protección de dichos ecosistemas y la generación de una mejor relación con el crecimiento urbano.

Es así como la LHU estableció en su artículo 2° la dictación de un reglamento que “definirá los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos, a fin de resguardar sus características ecológicas y su funcionamiento, y de mantener el régimen hidrológico, tanto superficial como subterráneo”, el que fue publicado en el Diario Oficial el 24 de noviembre de 2020, encontrándose actualmente vigente.

Luego, en su artículo 4°, la LHU prevé una serie de modificaciones normativas para la protección efectiva de estos ecosistemas y su adecuada inserción en la regulación medioambiental vigente, particularmente a partir de la modificación del artículo 10 de la Ley N° 19.300, de 1994, incorporando en la letra p) a los “humedales urbanos”, pero, además, al modificar la letra s)<sup>15</sup>, cuyo tenor amplió los supuestos por los cuales se debe ingresar proyectos al SEIA<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Artículo 2°.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: ... h) Humedal parcialmente dentro del límite urbano: humedal que presenta alguna porción de superficie dentro del límite urbano, no estando la totalidad del área contenida en él, indistintamente de su superficie.

<sup>14</sup> Vid. PRAUS et al. 2011, 103-106.

<sup>15</sup> En cuanto al alcance de la norma, véase: Oficio N° 20229910238, de 17 de enero de 2022, que imparte instrucciones en relación con la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, del Servicio de Evaluación Ambiental, [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/01/18/instructivo\\_p\\_y\\_s.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/01/18/instructivo_p_y_s.pdf)

<sup>16</sup> Deben ingresar al SEIA, los proyectos o actividades o su modificación, relacionada con un humedal urbano reconocido por el MMA, cuando se trate de obras, programas o actividades que

Bajo tales premisas, y considerando los fines de la LHU, se dictó el Reglamento cuyo contenido es posible asociar a diversos instrumentos regulatorios que tienen incidencia en el régimen hidrológico, y que pueden ser útiles para la adecuada protección de los humedales urbanos. En efecto, el Reglamento establece un instrumento de gestión específico denominado Caudal Ecológico Mínimo (“CEM”) destinado únicamente a aguas superficiales. Lo anterior, denota la necesidad de, además, identificar otros instrumentos para la gestión de recursos hídricos que permiten colaborar con ese fin, siendo de relevancia retomar su estudio a partir de la reforma al CA, materializada a través de la Ley N° 21.435, de 2022, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 2022 y que cómo se verá, dotó a la Dirección General de Aguas (“DGA”), principal autoridad con competencia en la administración de los recursos hídricos, de una serie de instrumentos para restringir, limitar, suspender e incluso extinguir derechos de aprovechamiento de aguas (“DAA”)<sup>17</sup>.

### III. El régimen hidrológico en el Reglamento de la LHU

Mediante el D.S. N° 15, de 2020, del MMA, se cumplió con el mandato legal referido precedentemente, al promulgarse y publicarse el “Reglamento de la Ley N° 21.202, de 2020, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos”, el que en su artículo 1° dispone que “establece los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos, para el resguardo de sus características ecológicas y su funcionamiento, y la mantención del régimen hidrológico, tanto superficial como subterráneo, integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales”.

Acto seguido, en el artículo 2°, establece una serie de definiciones, interesando para fines del presente artículo, principalmente las siguientes: “d) Caudal ambiental: cantidad, estacionalidad y calidad de los flujos de agua que se requiere para mantener los ecosistemas de humedales, así como los medios de subsistencia y bienestar de las personas que dependen de estos ecosistemas” y “o) Régimen hidrológico de un humedal: comportamiento hidrológico del humedal que considera el nivel del agua, la variabilidad de los caudales, balances y tiempos de residencia del movimiento del agua a través del humedal”.

---

se encuentran localizadas dentro del perímetro del humedal urbano, fuera del perímetro del humedal urbano, o bien, inclusive, si se trata de un proyecto o actividad, o su modificación, relacionados con un humedal urbano que no ha sido reconocido por el MMA. Oficio N° 20229910238, de 17 de enero de 2022, que imparte instrucciones en relación con la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300., del Servicio de Evaluación Ambiental. Vid. [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/01/18/instructivo\\_p\\_y\\_s.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2022/01/18/instructivo_p_y_s.pdf)

<sup>17</sup> Cabe señalar que, además, la DGA es un OAE con competencia ambiental y por tal motivo, recientemente actualizó el Manual de Normas y Procedimiento para la Conservación y Protección de Recursos Hídricos (que databa del año 2007), mediante la Resolución Exenta N° 1.752 de 7 de julio de 2023. En dicho acto se indica que la actualización tiene por fin ejercer un correcto funcionamiento e implementación de las labores de fiscalización de la DGA y consolidar lineamientos y criterios actualizados en todas las materias relacionadas con la conservación y protección de los componentes ambientales de competencia de dicho Servicio.

De igual modo, prevé el procedimiento mediante el cual el MMA declarará humedales urbanos a solicitud de los municipios o de oficio, de conformidad con los preceptos de la Ley N° 21.202, de 2020, siendo relevantes para la regulación de dichos criterios, los conceptos contenidos en el artículo 2°, las letras c), d), e), f), h), i), m), o), r) y s).

Ahora bien, como se ha señalado, los humedales constituyen ecosistemas en los que el suelo concurre en conjunto con el recurso hídrico, siendo este último esencial para el adecuado funcionamiento del ecosistema, tanto en su cantidad como en su calidad, por lo que se vuelve esencial la protección de sus respectivas cuencas hidrográficas<sup>18</sup>. En este sentido, el Reglamento recepciona adecuadamente dicha circunstancia para la determinación de los criterios mínimos de sustentabilidad ("CMS"), toda vez que el artículo 3° dispone que, éstos se establecen: "A fin de resguardar las características ecológicas de los humedales urbanos y su funcionamiento, mantener su régimen hidrológico tanto superficial como subterráneo, y velar por su uso racional"<sup>19</sup>.

Luego, el Reglamento detalla una serie de criterios, destacando aquellos contenidos en las letras a), respecto de las características ecológicas y el funcionamiento de los humedales urbanos<sup>20</sup>, y la letra c), sobre criterios mínimos para el uso racional de los humedales urbanos<sup>21</sup>.

Al respecto, el Reglamento en el punto i) de la referida norma, se refiere a la mantención del régimen y conectividad hidrológica de los humedales urbanos, indicando que la gestión de los humedales debe permitir mantener su régimen hidrológico y balance hídrico, esto es, su volumen de entrada, acumulación y salida de agua desde y hacia el humedal, y los patrones de inundación, procurando evitar la modificación de la cantidad, niveles y volumen de agua, su estacionalidad, el régimen de sedimentos y la conectividad hidrológica dentro y entre humedales adyacentes, y entre el agua superficial y subterránea que lo constituye.

Enseguida, el punto ii prevé: "La gestión de los humedales urbanos deberá considerar el manejo integrado de los recursos hídricos superficiales y subterráneos como base para su conservación. Asimismo, considerará que son parte de un sistema más amplio e interconectado hidrológicamente. Se deberá dar un uso racional a estos humedales procurando mantener la cali-

<sup>18</sup> LEIVA y FERNÁNDEZ 2023, 114.

<sup>19</sup> Artículo 2°.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: ... o) Régimen hidrológico de un humedal: comportamiento hidrológico del humedal que considera el nivel del agua, la variabilidad de los caudales, balances y tiempos de residencia del movimiento del agua a través del humedal.

<sup>20</sup> En cuanto a la letra a), debemos destacar: i. Conservación, protección y/o restauración de las características ecológicas del humedal. ii. Mantención de la conectividad biológica de los humedales urbanos. iii. Mantención de la superficie de humedales urbanos.

<sup>21</sup> No obstante la importancia de estos últimos criterios para comprender la totalidad de las consecuencias de la aplicación del reglamento en estudio, su contenido excede el objeto de este trabajo, en el cual revisaremos la letra b) del citado artículo 3, relativa a los CMS, que permiten mantener el régimen hidrológico superficial y subterráneo de los humedales urbanos.

dad de los recursos hídricos existentes y los flujos y patrones de disponibilidad del agua que sustenta estos ecosistemas, incluyendo el caudal ambiental necesario para su conservación y la mantención de los humedales (...)”.

Cabe señalar que, el hecho de que se considere el manejo integrado de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, teniendo presente que estos recursos son parte de un sistema más amplio e interconectado hidrológicamente, es consistente con el denominado principio de unidad de la corriente, contenido en el artículo 3° del CA<sup>22-23</sup>.

Finalmente, respecto a este criterio de sustentabilidad, se indica que “... ) los humedales urbanos serán considerados para efectos del informe establecido en el artículo 7, letra b), del D.S. N° 14, de 2012, del MMA y sus modificaciones, que aprueba el Reglamento para la determinación del CEM en los términos del artículo 6° del reglamento indicado”. Sobre este punto volveremos más adelante.

Luego, el Reglamento dispone que se deberá dar un uso racional<sup>24</sup> a estos humedales procurando mantener la calidad de los recursos hídricos existentes y los flujos y patrones de disponibilidad del agua que sustenta estos ecosistemas, incluyendo el caudal ambiental necesario para su conservación y la mantención de humedales. Es necesario mencionar que el SEA considera al “caudal ambiental” como un instrumento distinto del CEM, pudiendo ser considerado como una “limitación concreta al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas que acceden a proyectos de generación que deben someterse al SEIA”<sup>25</sup>.

Estos criterios mínimos de sustentabilidad se aplicarán a los proyectos o actividades que ingresen al SEIA, para efectos de determinar la existencia de impactos ambientales significativos<sup>26</sup>, de conformidad con el artículo 11, letras b) y d), de la LBMA, y la propuesta de medidas de mitigación, reparación o compensación, según corresponda.

Por último, cabe mencionar lo previsto en el artículo 8° del Reglamento, el que establece “Las solicitudes de reconocimiento de humedal urbano

<sup>22</sup> Esta norma dispone que: “Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

<sup>23</sup> LEIVA y FERNÁNDEZ 2023, 96.

<sup>24</sup> Sobre esta exigencia de racionalidad, se ha señalado su importancia en relación con el “enfoque de desarrollo sustentable” y su integración como “infraestructura ecológica”, aspectos que han de ser ponderados al momento en que las autoridades competentes adopten decisiones, por ejemplo, relativas a la planificación territorial, particularmente considerando los objetivos de conservación y protección de los humedales en un contexto de cambio climático. Vid. DELGADO 2021, 566.

<sup>25</sup> ABOGABIR et al. 2019, 512.

<sup>26</sup> Al respecto, véase: SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL 2023, Guía para la predicción y evaluación de impacto ambiental en los humedales en el SEIA, 2023, 23.

deberán contener, a lo menos, lo siguiente: II. Antecedentes generales del humedal y su localización, indicando: (i) la presencia de vegetación hidrófita; (ii) la presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje; y/o (iii) un régimen hidrológico de saturación ya sea permanente o temporal que genera condiciones de inundación periódica”, siendo particularmente relevante para aquello, lo previsto en la guía metodológica del MMA, denominada “Guía de Delimitación y Caracterización de Humedales Urbanos de Chile”<sup>27</sup>, de acuerdo con los criterios definidos en el artículo 8° del Reglamento, y los documentos elaborados por él SEA durante el año 2023, “Guía para la predicción y evaluación de impacto ambiental en humedales en el SEIA”<sup>28</sup>, “Guía Área de influencia de humedales en el SEIA”<sup>29</sup>, y la “Guía de evaluación de efectos adversos sobre recursos renovables”<sup>30</sup>.

Así las cosas, expuestos los principales contenidos que el Reglamento aborda respecto del régimen hidrológico de los humedales urbanos, corresponde analizar los instrumentos de gestión hídrica que resultan relevantes para que dicho régimen exista y subsista en el tiempo, cuestión ésta última que naturalmente depende de la existencia del recurso hídrico.

#### IV. Instrumentos de gestión del recurso hídrico relevantes para la conservación de los humedales urbanos y la efectiva aplicación de los CMS

Si bien es posible señalar que, con anterioridad a la reforma del CA introducida mediante la Ley N°21.435, dicho texto ya establecía normas que podían ser utilizadas para la protección de las aguas contenidas en un humedal, con la mencionada reforma se robusteció la regulación, contemplando normas sustantivas para su protección<sup>31</sup>.

Cabe destacar que la reforma del CA instauró una serie de cambios, que van desde cuestiones procedimentales hasta temas sustantivos como la prioridad de los usos del agua para consumo humano y saneamiento, nuevas atribuciones de la DGA para limitar y suspender el ejercicio de DAA<sup>32</sup>, la existencia de causales de extinción y caducidad de dichos derechos o la tempo-

<sup>27</sup> MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE 2022, Guía de Delimitación y Caracterización de Humedales Urbanos de Chile. Disponible en: [https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/GUIA\\_HUMEDALES\\_2022\\_BAJA.pdf](https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/GUIA_HUMEDALES_2022_BAJA.pdf)

<sup>28</sup> SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL 2023, Guía para la predicción y evaluación de impacto ambiental en los humedales en el SEIA.

<sup>29</sup> SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL 2023, Guía para la influencia en humedales en el SEIA.

<sup>30</sup> SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL 2023, Guía de evaluación de efectos adversos sobre recursos renovables.

<sup>31</sup> LINAZASORO 2021, 489.

<sup>32</sup> Adicionalmente, la DGA cuenta con una serie de facultades relacionadas con la cantidad y calidad de las aguas—incluyendo las subterráneas—, las que se encuentran contenidas en el artículo 299 del Código de Aguas.

ralidad de aquellos que se constituyan o reconozcan con posterioridad a su entrada en vigencia.

Se introduce, además, un concepto de sustentabilidad, que atraviesa toda la reforma, asociado tanto a aguas superficiales como subterráneas y que le permitirá a la DGA tomar medidas relacionadas con la función ecosistémica de las aguas<sup>33</sup>, algunas de las cuales se analizarán a continuación, producto de su incidencia en la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos.

Para efectos metodológicos, las referidas medidas se analizarán distinguiendo si resultan aplicables a las aguas superficiales, subterráneas o bien a ambas categorías.

## 1. Aguas superficiales

### a) *Caudal Ecológico Mínimo*<sup>34</sup>

Actualmente, la regulación del CEM está prevista en el artículo 129 bis 1°, del CA, sin que establezca una definición legal de qué debe entenderse por tal. Al respecto, se ha señalado que corresponde “al flujo de agua con que debe contar todo cuerpo de agua superficial que pueda ser aprovechable a través de la constitución de derechos de agua para garantizar la preservación de los ecosistemas acuáticos”<sup>35</sup>; “...aquel caudal mínimo para la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente”<sup>36</sup>; “... el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales”<sup>37</sup>; o como “...aquella cantidad de agua mínima que debe tener una determinada fuente natural para mantener y conservar adecuadamente todo el ecosistema que existe y se desarrolla a su alrededor”<sup>38</sup>; y cuyo objeto principal es la protección del medio ambiente<sup>39</sup>, pero sin que el legislador haya establecido en forma clara el alcance de dicho objeto<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Vid. JAQUE 2023, 195-224.

<sup>34</sup> Es importante tener presente que, existen al menos dos instrumentos que pueden apuntar al resguardo de los recursos hídricos de manera de conservar el medio ambiente en general y una determinada fuente en particular: i) el caudal ecosistémico fijado en el marco de la evaluación ambiental de un determinado proyecto, el que puede ser superior al fijado por la DGA en el marco de la determinación del caudal ecológico mínimo asociado a un determinado DAA; y ii) el caudal ecológico mínimo en análisis, conceptualizado exclusivamente para aguas superficiales y con un enfoque centrado principalmente en la cantidad de los recursos hídricos. Estos instrumentos integradamente pueden contribuir a mantener el caudal ambiental al que hace referencia la LHU.

<sup>35</sup> SOTO 2019, 406-407.

<sup>36</sup> SOTO 2021, 246.

<sup>37</sup> BOETTIGER 2013, 2.

<sup>38</sup> RIVERA 2011, 546.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ 2019, 314.

<sup>40</sup> “En la regulación que hace el Código de Aguas en el artículo 129 bis 1, se menciona que el CEM apunta a la preservación de la naturaleza y protección del medio ambiente. Dado que la

A nivel administrativo, el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, elaborado por la DGA en el año de 2008, lo define como: “caudal que debe mantenerse en un curso fluvial o en específico en cada sector hidrográfico, de tal manera que los efectos abióticos (disminución del perímetro mojado, profundidad, velocidad de la corriente, incremento en la concentración de nutrientes, entre otros, etc.) producidos por la reducción de caudal no alteren las condiciones naturales del cauce, impidiendo o limitando el desarrollo de los componentes bióticos del sistema (flora y fauna), como tampoco alteren la dinámica y funciones del ecosistema”<sup>41</sup>.

En forma previa a la reforma, el caudal ecológico por disposición legal solo se aplicaba a los nuevos derechos que se constituyeran. Sin embargo, tras la reforma, queda de manifiesto que el caudal ecológico se podrá fijar respecto de los nuevos derechos que se otorguen, de aquellos ya constituidos o reconocidos en caso de traslados, e incluso de éstos últimos sin necesidad de que medie un traslado, si se ubican en áreas declaradas bajo protección oficial, alcanzando entre otros a santuarios de la naturaleza y humedales de importancia internacional<sup>42</sup>.

A su vez, la DGA con ocasión de la evaluación ambiental de ciertas obras hidráulicas mayores, podrá proponer caudales ecológicos mínimos o superiores al mínimo establecido al momento de la constitución del derecho<sup>43</sup>.

Por regla general, la DGA es la que fija los caudales ecológicos mínimos en las instancias antes mencionadas, no pudiendo ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial, mientras que, de manera excepcional, el Presidente de la República podrá en casos calificados y con informe del MMA –fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, que no podrán ser superiores al cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.

Para lo anterior es necesario destacar que el D.S. N° 14, de 2013, del MMA, que “Aprueba el Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo”<sup>44</sup>, establece los criterios por los cuales se regirá la determinación del CEM, distinguiendo entre diferentes tipos de cauces y probabilidades de excedencia e indicando que los cálculos se realizarán utilizando estadísticas hidrológicas de al menos 25 años.

---

norma no es explícita, no es posible establecer cuál es el nivel de protección de las especies hidrobiológicas y el ecosistema al que apunta el CEM, ni que aspectos de ellos, o si es todo el medio ambiente el que debe resultar protegido a través de esta institución”. *Ibid.*, 315.

<sup>41</sup> Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, aprobado mediante la Resolución DGA Exenta N° 3.504 de 17 de diciembre de 2008, 206.

<sup>42</sup> Vid. LUENGO 2019, 247.

<sup>43</sup> Artículo 129 bis 1 del CA.

<sup>44</sup> Decreto N° 14, de 2012, del MMA, que Aprueba Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo. Este Reglamento está concebido bajo la lógica de que el CEM aplica solo para nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, por lo que probablemente se dicte un nuevo a la luz de las nuevas instancias en que la DGA puede determinarlo de acuerdo con la última reforma al CA.

El Reglamento del CEM, en sus artículos 6° a 11, regula los casos calificados para la determinación del referido caudal por parte del Presidente de la República<sup>45</sup>, el que se establecerá para un cauce, para una sección o para un sector de aquel y no podrá –como se mencionó– superar el cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial en dicho cauce, sección o sector.

Al respecto, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 7°, literal b), el que establece que “son casos calificados aquellos en los que se identifiquen riesgos en la calidad de las aguas y/o el hábitat<sup>46</sup> de magnitud tal que comprometan la supervivencia de las especies, de acuerdo a alguno de los siguientes criterios, los que deberá tener en consideración el Ministerio del Medio Ambiente al emitir su informe y luego prevé: b) Cuando existan fuentes superficiales que se encuentren localizadas en cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, o aguas arriba de éstas, que tengan una calidad tal que permita la sustentación de las especies protegidas del área”.

Pues bien, el Reglamento a propósito de los CMS para mantener el régimen hidrológico de los humedales y específicamente del criterio denominado enfoque de manejo integrado de recursos hídricos, estableció que los humedales urbanos quedan comprendidos en la precitada norma y por tanto integran los casos calificados a los que se refiere, pudiendo aplicarse a su respecto hasta un cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial en dicho cauce, sección o sector, en concordancia con lo previsto en el artículo 129 bis 1 del CA.

Este instrumento, por tanto, constituye una herramienta directa<sup>47</sup> y explícita que la LHU contempló para asegurar el régimen hidrológico de los humedales urbanos, al menos en lo que respecta a los recursos superficiales de los cuales se abastezca, y, presenta la particularidad, de que se le permite a cualquier persona solicitar ante la DGA la declaración de este CEM calificado.

De este modo y en la medida que esta herramienta jurídica se utilice, se puede propender a la mantención de los patrones de disponibilidad del agua

<sup>45</sup> El artículo 6° del Reglamento del CEM en su parte pertinente dispone que: “El Ministerio de Obras Públicas, en casos calificados, mediante decreto supremo y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, podrá fijar un caudal ecológico mínimo diferente al establecido en el artículo 3° de este reglamento, no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento de aguas ya existentes. Previo a su dictación, dicho decreto supremo se sujetará a lo dispuesto en el artículo 71 letra f) de la Ley N° 19.300 (...)”.

<sup>46</sup> Artículo 2°.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: ... f) Hábitat: lugar o tipo de ambiente en el que existe naturalmente un organismo o una población.

<sup>47</sup> Estimamos que el CEM en los casos que no es calificado, constituye un instrumento de gestión hídrica que de manera indirecta puede permitir cumplir con los CMS pertinentes, porque si bien no se centran per se en un humedal urbano –como sí ocurre en el caso del CEM calificado–, sí se aplica en fuentes que le pueden servir de abastecimiento al humedal.

que sustentan a los humedales urbanos, incluyendo el caudal ambiental necesario para tal efecto, cumpliendo así con el CMS indicado.

Lo anterior puesto que los titulares de DAA en el ejercicio de sus respectivos derechos deberán siempre observar que, una vez extraídas las aguas que le corresponden, se mantenga en el cauce aquel caudal mínimo establecido, de manera que, si en algún momento ello no ocurre, deberá abstenerse de ejercerlo<sup>48</sup>.

*b) Declaración de agotamiento*

Este instrumento de gestión hídrica regulado en el artículo 282 del CA, consiste en que la DGA puede declarar en casos justificados y a petición de terceros interesados, que una fuente natural superficial, sea esta un cauce natural, lago, laguna u otros se declare agotada<sup>49</sup>, de manera tal que no puedan otorgarse nuevos DAA consuntivos permanentes, pero no impide la constitución de nuevos derechos de tipo consuntivo o no consuntivo de ejercicio eventual.

Si bien este instrumento de gestión hídrica apunta a la protección o no afectación de DAA constituidos con anterioridad a la declaración de agotamiento en un determinado cauce natural, lago, laguna u otro, indirectamente contribuye a la sustentabilidad de una fuente hídrica superficial, dado que no podrán concederse nuevos derechos consuntivos permanentes, lo que puede impactar favorablemente en que no se merme la cantidad, niveles y volumen de agua que puede recibir un humedal urbano que dependa del abastecimiento de la fuente superficial declarada agotada o bien en el caso que la fuente objeto de la declaración comprenda al humedal urbano o recaiga exclusivamente sobre éste.

Es importante destacar que la Ley N° 21.435, en su artículo 5° transitorio, dispuso la suspensión del ejercicio de los derechos de aprovechamiento consuntivos, permanentes y continuos, otorgados con posterioridad a la declaración de cuenca agotada, conforme al instrumento que venimos comentando, declarando algunas excepciones asociadas entre otros a las cooperativas y servicios sanitarios rurales y a ciertos pequeños productores agrícolas. Esta medida, sin duda, apunta a corregir aquellos casos en que se hayan otorgado los referidos derechos, pese a existir una declaración de agotamiento vigente, lo que traerá como efecto que éstos no puedan ejercerse, aumentando así el caudal de la fuente de que se trate, impactando favora-

<sup>48</sup> Cfr. RIVERA 2011, 546.

<sup>49</sup> A modo de ejemplo podemos citar la Resolución DGA N° 383, de 27 de septiembre de 1983, que declaró el agotamiento de la Primera Sección del Río Mapocho, dejando en claro que "a contar de la fecha de esta Resolución no podrán constituirse nuevos derechos consuntivos permanentes en la Primera Sección del río Mapocho y en sus afluentes", o la Resolución DGA N° 197, de 24 de enero del 2000, mediante la cual a solicitud de la Comunidad Atacameña San Francisco de Chiu Chiu, se declaró el agotamiento del río Loa y sus afluentes.

blemente en la conservación de los humedales urbanos que pudieran verse favorecidos por la utilización de este instrumento.

c) *Monitoreo de extracciones efectivas*

Mediante el DS MOP N° 53, de 2 de abril de 2020, se aprobó el Reglamento de Monitoreo de Extracciones Efectivas de Aguas Superficiales, que regula una serie de cuestiones asociadas al referido monitoreo, tales como las condiciones técnicas de los dispositivos de control y aforo y del sistema de transmisión.

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el artículo 38 del CA que establece: "Las organizaciones de usuarios o el propietario exclusivo de un acueducto que extraiga aguas de una corriente natural, estarán obligados a construir y mantener, a su costa, a lo menos una bocatoma con compuertas de cierre y descarga y un canal que permita devolver las aguas o su exceso al cauce de origen, además de los dispositivos que permitan controlar y aforar el agua que se extrae y un sistema de transmisión instantánea de la información que se obtenga al respecto. Esta información deberá ser siempre entregada a la Dirección General de Aguas cuando ésta la requiera. El Servicio, por resolución fundada, determinará los plazos y las condiciones técnicas para cumplir dicha obligación.

La autoridad dictará un reglamento en que se expliciten los plazos, criterios y condiciones necesarios para aplicar las resoluciones fundadas dispuestas en el inciso anterior".

Esta medida contribuye, con el objetivo de cuantificar los recursos hídricos que se captan desde los cauces superficiales, para el desarrollo de planes y políticas públicas y también para efecto de ejercer las facultades de policía y vigilancia y aplicar las sanciones que correspondan por parte de la DGA, lo que impacta favorablemente en la sustentabilidad del agua superficial, contribuyendo en cierta medida a que el régimen hidrológico de los humedales que dependen del abastecimiento de aguas superficiales no se vea alterado por la desmesurada explotación de recursos hídricos.

## 2. Aguas Subterráneas

a) *Limitación del ejercicio de DAA*

Se trata de un nuevo instrumento de gestión hídrica, incorporado al CA mediante la Ley N° 21.435, la que en el artículo 62, inciso primero, establece que "si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o de una parte de él, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas, si así lo constata, de oficio o a petición de uno o más afectados, deberá limitar el ejercicio de los derechos en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad con sus atribuciones legales (...)".

De acuerdo con el inciso segundo de la referida norma "se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de

extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto de sus niveles freáticos”<sup>50</sup>.

Como esta norma busca enfrentar la degradación de los acuíferos, asociada a su volumen de extracción actual, lo esperable sería que su aplicación impacte favorablemente en la mantención del régimen hidrológico de los humedales urbanos que se sustentan en las aguas subterráneas.

*b) Declaraciones de áreas de restricción*

De acuerdo con la ley<sup>51</sup>, serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista riesgo de grave disminución de un determinado acuífero o de su sustentabilidad<sup>52</sup>, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él. Cuando los antecedentes sobre la explotación del acuífero demuestren la conveniencia de declarar área de restricción de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, la DGA deberá así decretarlo. Esta medida también podrá ser declarada a petición de cualquier usuario del respectivo sector, si concurren las circunstancias que lo ameriten.

Actualmente, el D.S. N° 203, de 2014, del MOP, regula una serie de situaciones en que la DGA deberá declarar una zona de restricción, las cuales obedecen en gran medida a eventuales afectaciones de la sustentabilidad del recurso hídrico, tanto en su cantidad como en su calidad<sup>53</sup>.

El efecto de esta declaración consiste en que la DGA no podrá otorgar nuevos derechos de aprovechamiento definitivos, limitándose solo a conceder –en determinados supuestos– derechos provisionales<sup>54</sup>, los cuales se ca-

<sup>50</sup> Esta medida de enfoque ambiental, actualmente no se encuentra regulada en el Decreto Supremo N° 203, del MOP, que “Aprueba normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas” (“Reglamento de Aguas Subterráneas”), el que probablemente sea objeto de una modificación producto de los múltiples cambios introducidos al CA por la Ley N° 21.435, debiendo regular los requisitos y casos en que procederá la limitación, sea que se asocien a la cantidad de los recursos hídricos subterráneos, como a la afectación de la calidad de los mismos, producto del descenso del agua, tal y como ocurre hoy con el artículo 29 de dicho cuerpo legal, a propósito del instrumento de gestión hídrica denominado reducción temporal del ejercicio de los DAA, que tras la última reforma al CA se circunscribió a la afectación de DAA de terceros, dejando reservada la sustentabilidad del acuífero a la figura de la limitación.

<sup>51</sup> Artículo 65 del CA.

<sup>52</sup> Esta referencia a la sustentabilidad del acuífero fue incorporada recientemente por la Ley N° 21.435 de 6 de abril de 2022.

<sup>53</sup> Estas situaciones están reguladas en el artículo 30 del Reglamento y a modo de ejemplo podemos señalar las caudales contenidas en las letras e) y f). La primera de ellas dispone que deberá decretarse el área de restricción “cuando antecedentes técnicos demuestren que el aumento de extracciones en un Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común afecta la disponibilidad sustentable de otro sector”; mientras que la segunda señala que: “cuando antecedentes técnicos demuestren que existe riesgo de contaminación por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interface agua dulce-salada”.

<sup>54</sup> El artículo 66 inciso 1° del CA, dispone que: “Declarada un área de restricción en uno o más sectores del acuífero o en su totalidad, la Dirección General de Aguas no podrá otorgar derechos de aprovechamiento definitivos. De modo excepcional, y previo informe técnico de dispo-

racterizan por ser precarios, dado que la autoridad puede dejarlos sin efecto en cualquier momento<sup>55</sup>.

La declaración de área de restricción que busca evitar riesgos sobre la disminución o sustentabilidad del acuífero, en la medida que se aplique sobre información certera del estado de explotación de los acuíferos, puede servir de base para procurar que no se modifique el régimen hidrológico de los humedales urbanos, sea que se alimenten directa o indirectamente de aguas subterráneas, dado que no se constituirán nuevos derechos de aprovechamiento definitivos.

### *c) Declaración de zonas de prohibición*

La DGA podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero, la cual se publicará en el Diario Oficial<sup>56</sup>.

El fundamento para la declaración de esta medida es de carácter ambiental, ya que lo que se busca es dar protección al acuífero y que, por tanto, en el largo plazo su explotación sea sustentable.

El efecto de la declaración es que no podrán constituirse nuevos derechos de aprovechamiento en el acuífero involucrado, ya sea en calidad de provisionales o definitivos<sup>57</sup>, lo que en la práctica ha significado que coloquialmente se le denomine como "cierre del acuífero".

Otro efecto consiste en que la DGA "deberá prohibir cualquier nueva explotación de derechos o de aquella parte de ellos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración<sup>58</sup>". La aplicación literal de esta disposición permitiría asegurar que todos aquellos DAA cuyos puntos de captación

---

nibilidad a nivel de la fuente de abastecimiento, solo podrá conceder derechos provisionales en la medida que no se afecten derechos preexistentes y/o la sustentabilidad del acuífero o de uno o más sectores de él".

<sup>55</sup> Al respecto, el inciso 3° del artículo 66 del CA dispone que: "La Dirección General de Aguas siempre podrá limitar, total o parcialmente, e incluso dejar sin efecto estos derechos. Podrá, a su vez, suspender total o parcialmente su ejercicio, en caso de que se constate una afectación temporal a la sustentabilidad del acuífero o perjuicios a los derechos de aprovechamiento ya constituidos, mientras estas situaciones se mantengan".

<sup>56</sup> Artículo 63 inciso 1° del CA.

<sup>57</sup> El artículo 35 inciso 1° del Reglamento de Aguas Subterráneas, prevé que: "La Dirección General de Aguas podrá declarar zona de prohibición para nuevas explotaciones, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código de Aguas, cuando se hayan constituido derechos de aprovechamiento de aguas que comprometen toda la disponibilidad determinada por la Dirección General de Aguas para la constitución de derechos de aprovechamiento tanto definitivos como provisionales".

<sup>58</sup> Ambos efectos están contenidos en el artículo 67 inciso 4° primera parte, el que dispone: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63, al declarar una zona de prohibición de nuevas explotaciones, la Dirección General de Aguas no podrá constituir nuevos derechos de aprovechamiento, ya sean definitivos o provisionales, y deberá prohibir cualquier nueva explotación de derechos o de aquella parte de ellos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración.

se encuentran en zonas de prohibición y que no hayan estado utilizándose ya no podrán ejercerse, lo que indudablemente contribuiría a la sustentabilidad de los acuíferos y a la mantención del régimen hidrológico de los humedales, puesto que en los hechos no se adicionarían nuevas explotaciones que contaban con un respaldo jurídico para llevarlas a cabo (los títulos de los DAA).

Es relevante que el CA declare que las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas, pajonales y bofedales de las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa<sup>59</sup>, extendiéndose esta prohibición a aquellas zonas que corresponden a sectores acuíferos que alimentan humedales que hayan sido declarados por el MMA como ecosistemas amenazados, ecosistemas degradados, sitios prioritarios o humedales urbanos declarados en virtud de la ley N° 21.202, en la medida que dicha declaración, en coordinación con la DGA, contenga entre sus fundamentos los recursos hídricos subterráneos que los soportan. Con posterioridad a esa declaración, la DGA delimitará el área en la cual se entenderán prohibidas mayores extracciones que las autorizadas, así como nuevas explotaciones<sup>60</sup>.

Nos encontramos ante una norma que incluye expresamente a los humedales urbanos como objeto de protección, en orden a que en dichos humedales se entenderán prohibidas mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa, lo que sin duda podría contribuir a la mantención del régimen hidrogeológico de los mismos, poniendo como requisito que la declaración de humedal urbano, en coordinación con la DGA, contenga entre sus fundamentos los recursos hídricos subterráneos que los soportan.

Si bien el tenor de la norma parece claro e imperativo respecto a la comentada prohibición, estimamos que esta no es absoluta, dado que debe leerse en concordancia con el artículo 129 bis 2 incisos 3° y 4° del CA según los cuales solo será posible otorgar nuevos DAA o bien ejercerse DAA existentes, en la medida que se trate de actividades compatibles con los fines de conservación del área o sitios referidos, entre los que se encuentran los humedales urbanos, compatibilidad que queda entregada al MMA.

Por otro lado, llama la atención la exigencia que la declaración de humedal urbano sea en coordinación con la DGA, puesto que el procedimiento regulado en el Reglamento para que se emita dicha declaración –sea que se inicie a petición de una municipalidad o bien de oficio por el MMA– no contempla ese trámite, lo que podría tornar en impracticable la referida norma<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Artículo 63 inciso 3° del CA.

<sup>60</sup> Artículo 63 inciso 4° del CA.

<sup>61</sup> Sobre el particular, podría ser relevante la aplicación de los principios de eficacia, coordinación e impulsión de oficio del procedimiento, establecidos en los artículos 4°, 5° y 8° de la LO-CBGAE para crear en el procedimiento una instancia de coordinación con la DGA.

Otra medida que deberá regularse en un nuevo Reglamento de Aguas Subterráneas y que puede incidir favorablemente en la mantención del régimen hidrológico de un humedal urbano es aquella contenida en el artículo 63 inciso 5° del CA, según el cual las solicitudes de cambio de punto de captación que queden comprendidas en zonas de prohibición, podrán denegarse o autorizarse parcialmente, “si la situación hidrogeológica del acuífero presenta descensos significativos y sostenidos que puedan poner en riesgo su sustentabilidad, implica un grave riesgo de intrusión salina o afecta derechos de terceros”, pudiendo requerírsele antecedentes y estudios al peticionario.

Cabe señalar que actualmente la DGA no contaría con definiciones o criterios claros y objetivos asociados a esta norma en particular y a la afectación de la sustentabilidad en general, sin que se tenga conocimiento de que la haya aplicado. Por el contrario, se han presentado casos en que la DGA sin realizar los análisis de afectación mencionados en el párrafo precedente, otorga cambios de punto de captación, autorizándolos provisionalmente, “... en tanto no se definan los criterios para implementar las reformas del Código de Aguas, definidas por la Ley N°21.435 de 6 de abril de 2022, a fin de cumplir a cabalidad con la misma<sup>62</sup>”, refiriéndose previamente a los descensos significativos y sostenidos que puedan poner en riesgo la sustentabilidad.

#### *d) Monitoreo y transmisión de extracciones efectivas*

Los artículos 67 y 68 del CA establecen que la DGA, por resolución fundada, determinará los plazos y las condiciones técnicas para cumplir la obligación de instalación y mantención de sistemas de medición de caudales, volúmenes extraídos y niveles freáticos de las obras de captación de aguas subterráneas, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga.

Esta información que debe ser proporcionada por los diferentes titulares de DAA subterráneos, es de suma importancia para que la DGA pueda elaborar planes y políticas públicas en relación con el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos.

Pues bien, la DGA mediante la Resolución N° 1.238, de 21 de junio de 2019 (rectificada por la Resolución DGA N° 564 de 13 de abril de 2020), determinó las condiciones técnicas y los plazos a nivel nacional para cumplir con la obligación de instalar y mantener un sistema de monitoreo y transmisión de extracciones efectivas en las obras de captación de aguas subterráneas.

La referida Resolución regula, entre otras cosas, los distintos sistemas de medición de extracciones y sus componentes; la obligación de registrar las obras en un software de la DGA y de transmitir al mismo indicando ciertos datos; y otras cuestiones relacionadas con la mantención, protección y fallas de los sistemas.

<sup>62</sup> Criterio contenido en la Resolución DGA Valparaíso N° 1.661 de 31 de octubre de 2023, dictada en el expediente VPC-0501-1.551 y también en la Resolución DGA Valparaíso N° 1.658 de 31 de octubre de 2023, dictada en el expediente VPC-0502-76.

Asimismo, establece diferentes niveles de exigencia, indicando que serán las direcciones regionales las encargadas de definir los rangos de caudales para cada nivel o estándar.

Finalmente, dispone cuáles serán los plazos en que se deberán instalar los diferentes sistemas, los que comienzan a regir una vez que se publiquen en el Diario Oficial las correspondientes resoluciones regionales, las que se han ido dictando en los últimos años por parte de las Direcciones Regionales de la DGA.

Al igual que en el caso de las aguas superficiales, esta medida impacta favorablemente en la sustentabilidad del agua subterránea, contribuyendo en cierta medida a que el régimen hidrológico de los humedales que dependen de ella para su abastecimiento, no se vea alterado por la desmesurada explotación de recursos hídricos.

En la práctica ya se ha advertido la aplicación y efectos de las normas asociadas al monitoreo y transmisión de extracciones efectivas, lo que ha obligado a los titulares de DAA a ceñirse estrictamente a explotar los caudales autorizados en sus títulos, mientras que en aquellos casos en que esto no está ocurriendo, la DGA se ha encargado de iniciar los correspondientes procedimientos de fiscalización en base a la información que permanentemente recibe, mostrando la utilidad del instrumento en comento.

### 3. Instrumentos aplicables tanto a aguas superficiales como subterráneas

#### a) *Constitución de reservas*

De acuerdo con el artículo 5 ter del CA, norma introducida recientemente por la Ley N° 21.435, de 2022, “para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis”.

Esta última norma establece que el Presidente de la República podrá reservar el recurso hídrico, mediante decreto fundado, previo informe de la DGA, el que se publicará por una sola vez en el Diario Oficial, el día primero o quince de cada mes, o el primer día hábil inmediatamente siguiente si aquéllos fueran feriados, y en el sitio web institucional de la Dirección. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el respectivo decreto “Por orden del Presidente de la República”.

Dado que este instrumento busca asegurar la función de preservación ecosistémica<sup>63</sup> y que los humedales urbanos encuentran sustento –entre otros

<sup>63</sup> Cfr. MARTÍNEZ *et al.* 2023, 132. “...podemos observar que el concepto de ‘preservación’ se encuentra definido en la normativa ambiental y comprende, esencialmente, la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país, pudiendo este concepto sentar las bases para definir el alcance de la función de preservación ecosistémica”.

elementos– en el agua, contribuyendo al adecuado funcionamiento de los ecosistemas por los múltiples beneficios que generan, sería esperable que en aquellas fuentes en que existe disponibilidad de recursos hídricos, el Presidente de la República ejerza esta atribución, con el objeto de mantener un adecuado régimen hidrológico de estos ecosistemas<sup>64</sup>.

b) *Suspensión de extracciones*

En caso de que exista riesgo de que el ejercicio de los DAA pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, en caso de que este riesgo se haya materializado, la DGA debe aplicar los instrumentos de reducción temporal del ejercicio de DAA y su limitación, en los términos dispuestos en los artículos 17 y 62 del CA. Si persisten las situaciones descritas, deberá suspender el ejercicio de todos aquellos derechos que provocan el riesgo o la afectación.

Sobre la grave afectación se ha dicho que es un concepto jurídico indeterminado que no se encuentra aún desarrollado por la interpretación administrativa, siendo deseable que la autoridad explicita o detalle con algún parámetro objetivo cuando se podría considerar la existencia de la situación fáctica que habilita la medida de suspensión, y que en cualquier caso, debe entenderse como una afectación negativa, un detrimento a la fuente superficial que tiene efectos perjudiciales en sus parámetros normales de cantidad o calidad de las aguas que forman parte de ella, u otras variables que haya sufrido un perjuicio significativo, como lo podrían ser las especies, ecosistemas o actividades que en ellas existen<sup>65</sup>.

Por otro lado, la misma autora, refiriéndose a los objetivos de la medida, indica que deberían ser evitar la extracción de caudales por un periodo determinado para permitir la recuperación o restauración de la fuente subterránea o superficial, esto es, que se reponga a una situación similar a la que tenía antes de la grave afectación. No a un estado ideal, sino al estado anterior a la afectación negativa constatada por la autoridad; y si no se pudiere restaurar a ese estado, al menor permitir que se reestablezcan las propiedades básicas de la fuente<sup>66</sup>.

Es importante considerar que para efectos de la ponderación del riesgo o de la afectación, se considerará especialmente el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica.

Este instrumento de gestión que al igual que tantos otros introducidos por la Ley N° 21.435, de 2022, debe reglamentarse y detallarse por parte de las autoridades competentes, una vez aplicado, debería prevenir la afectación del régimen hidrológico de aquellos humedales urbanos que encuentren

<sup>64</sup> LEIVA y FERNÁNDEZ 2023, 108.

<sup>65</sup> Cfr. BOETTIGER 2023, 210.

<sup>66</sup> Cfr. BOETTIGER 2023, 210.

sustento en las aguas subterráneas o superficiales de que se trate, o bien, restaurar dicho régimen si dichas fuentes ya han sufrido una afectación.

c) *Derechos no extractivos o in situ*

El CA recientemente modificado, innova al establecer derechos cuyas aguas se aprovechan en su propia fuente sin requerirse su extracción, para fines de conservación ambiental o desarrollo de proyectos de turismo sustentable, recreacional o deportivo<sup>67</sup>. Es relevante señalar que los derechos existentes, podrán cambiar su modalidad a no extractiva, previa autorización de la DGA. La solicitud de este tipo de derechos o el cambio de modalidad de uno existente deberá ajustarse a un reglamento que se dictará al efecto. Estos DAA presentan la particularidad de que no están afectos al pago de patentes por no uso.

Esta nueva figura introducida por la Ley N° 21.435, de 2022, solucionaría un problema histórico asociado a la inexistencia de normas que permitiesen asegurar que una determinada fuente no fuera explotada, sea con fines ambientales, o recreativos o turísticos, para lo cual se recurría a la petición de derechos no consuntivos cuyos puntos de captación y restitución comprendieran el área de interés de manera tal de producir una especie de "bloque" frente a nuevas peticiones de derechos consuntivos cuya finalidad es captar y consumir el agua.

El inconveniente asociado a esta figura era que, los titulares del DAA no podían eximirse del pago de patentes por no uso, precisamente porque los derechos no eran utilizados y no se construían las obras de captación necesarias para el no pago de las patentes, lo que significaba un gravamen para el titular del derecho, que por conservar los recursos hídricos debía pagar una patente por no uso.

Este problema debería solucionarse una vez que se dicte el reglamento que regule esta figura, la cual podrá ser utilizada para mantener el régimen hidrológico de aquellos humedales urbanos en que sea posible la constitución de DAA, o bien en aquellos casos en que titulares de DAA preexistentes los transformen a no extractivos con el fin indicado.

d) *Prohibición de otorgamiento de DAA en áreas declaradas bajo protección oficial*

Una norma de suma relevancia para efectos de la sustentabilidad de las fuentes hídricas y la conservación de los ecosistemas es aquella que prohíbe el otorgamiento de derechos en áreas bajo protección oficial para la protección de la biodiversidad, a menos que se trate de actividades compatibles con los fines de conservación del área o sitios involucrados, lo que deberá ser acreditado mediante informe del MMA.

<sup>67</sup> Artículo 129 bis 1A del CA.

Las áreas establecidas son parques nacionales, reserva nacional, reserva de regiones vírgenes, monumento natural, santuario de la naturaleza, humedales de importancia internacional y aquellas zonas referidas en los artículos 58 y 63 del CA, que se refieren básicamente a zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas, pajonales y bofedales de las regiones de la zona norte del país (hasta la Región de Coquimbo) y sectores acuíferos que alimentan humedales declarados como ecosistemas amenazados o degradados, sitios prioritarios y humedales urbanos, que encuentren soporte en el agua subterránea, en la medida que haya existido una declaración de humedal urbano, en tal sentido dada en coordinación con la DGA.

A propósito del ejercicio de DAA en humedales urbanos, la DGA recientemente estableció como criterios que tratándose de solicitudes de traslado o de cambio de punto de DAA cuyas captaciones recaigan al interior de un humedal urbano, el titular de la solicitud deberá acompañar una resolución de calificación ambiental favorable o bien una consulta de pertinencia, mientras que la DGA gestionará un informe del MMA que se pronuncie sobre la compatibilidad del ejercicio del DAA. De esta manera, la DGA pone en práctica y ejecución lo dispuesto en la normativa que regula a los humedales urbanos, al exigir un visado medioambiental a las referidas solicitudes<sup>68</sup>.

e) *Planes de Alerta Temprana ("PAT")*

Un PAT es una herramienta de gestión que tiene por objeto prevenir los efectos o impactos previstos al momento de otorgar un derecho de aprovechamiento de aguas, el cual puede ser incorporado por la DGA en la resolución de otorgamiento como una modalidad del ejercicio del derecho de aprovechamiento constituido, con el fin de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros<sup>69</sup>, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 N° 9 del CA, el cual prevé que "el acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá: 9. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la natu-

<sup>68</sup> Al respecto, consultar las Resoluciones DGA N° 3.020 de 16 de noviembre de 2022 y N° 3.202 de 25 de noviembre de 2020, que modifican el "Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos-2008". SIT N° 156 de diciembre de 2008. Cabe tener presente que en estas resoluciones, a DGA ha definido, un plazo de 90 días para la elaboración de una consulta de pertinencia y su posterior conocimiento y resolución por parte del SEA, lo que eventualmente podría resultar insuficiente pudiendo redundar en el rechazo de una determinada solicitud.

<sup>69</sup> Una definición más práctica de los PAT es la siguiente: "se entiende que un PAT es una herramienta de gestión, en este caso hídrica, que tiene como objetivo realizar el pronóstico, seguimiento, evaluación y verificación de los efectos o impactos previstos al momento de otorgar un derecho de aprovechamiento de agua. Todo esto por medio de la definición de indicadores con sus umbrales respectivos que permitan evaluar oportunamente en el tiempo el grado de afección o impacto en el área de influencia del derecho, para corregir en los casos que se generase una afección o impacto reduciendo, ajustando o suspendiendo el ejercicio del derecho otorgado". Definición extraída del Informe Técnico "Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamiento de Derechos" de la División de Estudios y Planificación de la DGA, 5.

raleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros<sup>70</sup>.

Como puede advertirse los PAT son una de las tantas modalidades que la autoridad puede adoptar para conservar el medio ambiente, cuestión íntimamente ligada con la sustentabilidad. En este trabajo nos referimos específicamente a ella por ser una de las más utilizadas y desarrolladas por la DGA.

De esta manera, en el caso que se constituyan DAA que puedan afectar por ejemplo la recarga subterránea de un determinado humedal urbano, la DGA está facultada para disponer que previo al ejercicio del derecho, se obtenga la aprobación de un PAT, con el objeto de predecir oportunamente los impactos indeseados, de manera tal de no afectar el régimen hidrológico del humedal urbano, cuestión que –por ejemplo– se ha aplicado en variados casos en el norte de Chile para la protección de vegas, vertientes y cauces.

## V. Reflexiones finales

En el presente trabajo, se identificaron, sistematizaron y expusieron instrumentos de gestión hídrica que podrían ser utilizados para asegurar la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos; ecosistemas especialmente sensibles, debido a las actividades antrópicas que se desarrolla en ellos o en su entorno y, que, durante los últimos años han convocado el interés en la ciudadanía, lo que ha promovido su cuidado y conservación.

Analizada la LHU y su Reglamento, se pudo constatar que, si bien éstas normas buscan entregar un marco general que permita la protección de estos ecosistemas, mediante el establecimiento de nuevas causales de ingreso al SEIA de aquellas obras, proyectos, programas o actividades, que requieran ejecutarse al interior de un humedal urbano, y, además, mediante la definición de criterios mínimos para asegurar su sustentabilidad; no contempla instrumentos de gestión hídrica para tal fin, existiendo una única remisión al CEM, el que por lo demás es aplicable solo a aguas superficiales, lo que a todas luces resulta insuficiente, atendida la complejidad de los regímenes que proveen a los humedales, siendo necesario la consideración de otros instrumentos que puedan resultar aplicables para colaborar en dicho objetivo.

En este escenario y considerando que la explotación de los recursos hídricos en Chile –de los cuales dependen los humedales para sus sustento– se encuentra regulada en el CA, se analizó dicho cuerpo normativo y se concluyó que éste contiene una serie de instrumentos de gestión hídrica, ya sea sobre aguas superficiales, subterráneas o ambas, que directa o indirectamente y en la medida que sean aplicados correctamente, pueden contribuir a la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos, cumpliendo así la finalidad de protección de la ley que los reconoce.

<sup>70</sup> Es relevante además tener a la vista que los PAT en materia hídrica, pueden surgir a propósito de la evaluación ambiental de un proyecto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En efecto, su aplicación implica –en algunos casos– la restricción al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas o al otorgamiento de otros nuevos derechos cuyo ejercicio pueda significar la sobreexplotación de una determinada fuente hídrica o incluso la suspensión del referido ejercicio; mientras que en otros casos se establece un acucioso control que impide que se extraiga más agua de una fuente que aquella a la que se tiene derecho, en beneficio de esta última, la que puede estar sirviendo de recarga a un humedal urbano o bien constituirlo.

Ahora bien, es necesario hacer presente que algunos de los instrumentos incluidos en este trabajo fueron establecidos por el CA en una época de marcado corte productivista y bajo una lógica de protección de DAA de terceros, y que con el transcurso del tiempo se fueron adaptando a una visión que recogiera aspectos medioambientales de la explotación de los recursos hídricos, cuyo punto culmine fue la dictación de la Ley N° 21.435 de 6 de abril de 2022, que reformó el CA, estableciendo como uno de sus ejes centrales la sustentabilidad de las fuentes hídricas y reconociendo que las aguas cumplen funciones ecosistémicas.

De esta manera, y atendido lo reciente de la reforma, se pudo advertir que existen una serie de aspectos que pueden conllevar una inadecuada aplicación de los referidos instrumentos o derechamente que esto no ocurra, siendo el principal de ellos, a nuestro juicio, la falta de definición de los criterios que permitan aplicar ciertos instrumentos y, además, la falta de actualización y complementación de los reglamentos que regulan a algunos de ellos, como en el caso del reglamento de aguas subterráneas o el derechos no extractivos o in situ. Al respecto, estimamos que esta carencia puede limitar la eficacia en la aplicación de estos instrumentos, lo que, en definitiva, redundaría en contra de la protección de los humedales urbanos.

Otra cuestión de suma relevancia, dice relación con la coordinación que debe existir entre la DGA y algunas autoridades de índole medioambiental, como lo son el MMA y el SEA –en tanto administrador del SEIA–, dado que algunas normas y actos administrativos sectoriales que regulan ciertos instrumentos o tipos de solicitudes relacionadas con los DAA, exigen la intervención de estas últimas, ya sea mediante la emisión de informes de compatibilidad de ejercicio de DAA con los fines de conservación de un humedal urbano o bien mediante la emisión de respuestas a consultas de pertinencia. De este modo, resulta fundamental que la autoridad sectorial se coordine adecuadamente, permitiendo aplicar correctamente los instrumentos de gestión hídrica, y dando a su vez a los particulares la posibilidad real de que la administración conozca los proyectos en que esta normativa incide.

Finalmente, advertimos que si bien existen múltiples instrumentos de gestión hídrica que pueden permitir –directa o indirectamente– la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos, es necesario que éstos sean aplicados bajo un plan o política cierta, estructurada y con objetivos definidos, de manera tal de robustecer la protección de estos ecosistemas al-

tamente vulnerables o bien para la recuperación de aquellos ya degradados, sin que baste su aplicación reactiva o para casos específicos. Lo anterior, ya sea que se ejecute a través –por ejemplo– de las reservas de caudales, o bien por la propia DGA haciendo efectivas –por ejemplo– todas aquellas normas relacionadas con las zonas de prohibición y las áreas protegidas (entre las que se encuentran los humedales urbanos). Al respecto, no debe perderse de vista que tras la reforma al CA las aguas cumplen funciones ecosistémicas, siendo un principio o eje rector de éste la sustentabilidad de las fuentes hídricas, lo que le da un sustento a dichos planes o políticas.

## Bibliografía citada

- ABOGABIR MÉNDEZ, Sebastián; PÉREZ ARRIETA, Benjamín; IBARRA SOTO, Antonia (2019). Limitaciones ambientales al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas. En: COSTA CORDELLA, Ezio y MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio [Directores]. *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 495-524). Editorial DER.
- BERGAMINI, Kai; MARTÍNEZ, Carolina; MOLLENHAUER, Katherine; PÉREZ, Cristian; HERNÁNDEZ, José; y GUTIÉRREZ, Patricia (2019). Toolkit para la gestión y conservación de humedales. Una propuesta de fortalecimiento a su actual institucionalidad. En: *Propuestas para Chile. Concurso de Políticas Públicas UC* (pp. 255-288). Pontificia Universidad Católica de Chile.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2013). Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos. En: *Actas de derecho de aguas, N° 3* (pp. 1-12), Pontificia Universidad Católica de Chile.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2023). Limitaciones o restricciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas. En: *Actualidad Jurídica, N° 47* (pp. 193-218).
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2021). La Ley de Humedales Urbanos en Chile el tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración). En: *Anuario de Derecho Público, N° 1* (pp. 545-570), Universidad Diego Portales.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2012). Análisis Preliminar de Planes de Alerta Temprana con Condicionamiento de Derechos. <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5392.pdf>
- DUSSAILLANT, Alejandro (2012). Hidrología de Humedales Costeros de Chile Central: El caso de la Reserva El Yali. En: FARIÑA, José Miguel y CAAMAÑO, Andrés [Editores] *Humedales Costeros de Chile. Aportes científicos a su gestión sustentable* (pp. 251-288). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ESTADES, Cristian; VUKASOVIC, María Angélica; y AGUIRRE, Juan (2012). Aves en los humedales costeros de Chile En: FARIÑA, José Miguel y CAAMAÑO, Andrés [Editores] *Humedales Costeros de Chile. Aportes científicos a su gestión sustentable* (pp. 67-100). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CORTE SUPREMA (2019). Oficio N° 247-2019, Informe Proyecto de Ley N° 48-2019.
- GONZÁLEZ GUERRERO, María (2019). Sobre el contenido de la garantía fundamental de protección del medio ambiente en el régimen del Código de Aguas. En: COSTA CORDELLA, Ezio y MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio [Directores]. *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 297-320). Editorial DER.
- GUERRA SCHLEEF, Felipe y LARA SUTULOV, Monserrat (2017). ¿Públicos o privados? Desafíos para la protección de los humedales urbanos y periurbanos de Valdivia a partir de la regulación de los cauces naturales. *Revista de Derecho Ambiental* (8), 184-206.
- HAUENSTEIN, Enrique; GONZÁLEZ Marcos; PEÑA CORTÉS, Fernando y MUÑOZ PEDREROS, Andrés (2002). Clasificación y Caracterización de la flora y vegetación de los humedales de la costa de Toltén (IX Región, Chile). En: *Gayana Bot.* 59(2), 87-100.
- JAQUE BOPP, Sergio (2023). La sustentabilidad como uno de los nuevos ejes del Código de Aguas. Análisis normativo y desafíos para su adecuada implementación. En: COSTA CORDELLA, Ezio y CELUME BYRNE, Tatiana [Directores] *Sequía y Escases Hídrica. Mejoras*

- institucionales y regulatorias en materia de aguas. IV Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 195-224) Ediciones DER.
- JIMÉNEZ VALENZUELA, Claudio (2021). Apostillas a la Ley 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. *Revista de Derecho Ambiental*, 1(15), 123-144.
- ROTTMANN SYLVESTER, Jurgen y PIWONKA ZAÑARTU, Nicolas (1990). *Aguas Interiores de Chile*. Impresora y Editora Ograma S.A.
- LEIVA SALAZAR, Felipe; FERNÁNDEZ CARRIZO, Javiera (2023). La protección de los humedales en la legislación ambiental: ¿Hacia un estatuto jurídico integral? En: COSTA CORDELLA, Ezio y CELUME BYRNE, Tatiana [Directores] *Sequía y Escases Hídrica. Mejoras institucionales y regulatorias en materia de aguas. IV Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 195-224). Ediciones DER.
- LINAZASORO ESPINOZA, Izaskun (2021). El tratamiento de los humedales en Chile: Limitaciones al dominio de los propietarios colindantes. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En: MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio y COSTA CORDELLA, Ezio [Directores] *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp.483-505). Editorial DER.
- LUENGO TRONCOSO, Sebastián (2019). Cambio Climático: La necesaria reconfiguración de las limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile. En: COSTA CORDELLA, Ezio y MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio [Directores]. *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 223-256). Editorial DER.
- MARQUET, Pablo; ABADES, Sebastián; y BARRÍA, Iván (2012). Distribución y Conservación de Humedales Costeros: Una perspectiva geográfica. En: FARIÑA, José Miguel y CAAMAÑO, Andrés [Editores] *Humedales Costeros de Chile. Aportes científicos a su gestión sustentable* (pp. 1-20). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- MARTÍNEZ ENCINA, Camila; MUÑOZ HUNT, Constanza; YÁNEZ RIVEROS, Nicolas (2023). Reforma al Código de Aguas. Desafíos en la implementación de la función de preservación ecosistémica del agua desde un enfoque ambiental. En: COSTA CORDELLA, Ezio y CELUME BYRNE, Tatiana [Directores] *Sequía y Escases Hídrica. Mejoras institucionales y regulatorias en materia de aguas. IV Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 125-154). Ediciones DER.
- MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio (2021). Humedales en Chile: ¿Protección o abandono? Crítica a la nueva Ley de Humedales Urbanos y su Reglamento. En: MONTENEGRO ARRIAGADA, Sergio y COSTA CORDELLA, Ezio [Directores] *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 507-544). Editorial DER.
- PRAUS, Sergio; PALMA, Mario y DOMÍNGUEZ, Rodolfo (2011). *La Situación Jurídica de las Actuales Áreas Protegidas en Chile*. Andros Impresores.
- RIVERA BRAVO, Daniela (2011). Establecimiento de un caudal ecológico mínimo. VERGARA, A. [Coord.], *Código de Aguas comentado*. Abeledo Perrot.
- ROJAS, Carolina; SEPÚLVEDA-ZÚNIGA, Einer; BARBOSA, Olga; ROJAS, Octavio; y, MARTÍNEZ, Carolina (2015). Patrones de urbanización en la biodiversidad de humedales urbanos en Concepción Metropolitana. En: *Revista de Geografía Norte Grande*, 61 (pp. 181-204). DOI: 10.4067/S0718-34022015000200010.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2016). Guía metodológica para determinar el caudal ambiental para centrales hidroeléctricas en el SEIA. [https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/guia\\_caudal\\_ambiental.pdf](https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/guia_caudal_ambiental.pdf)
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2023). Guía para la predicción y evaluación de impacto ambiental en los humedales en el SEIA. [https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/06/Guia-EVA-Humedales\\_2023.pdf](https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/06/Guia-EVA-Humedales_2023.pdf).
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2023). Guía para la influencia en humedales en el SEIA. <https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/03/29/Guia-AI-Humedales-SEIA-2023.pdf>.

- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2023). Guía de evaluación de efectos adversos sobre recursos renovables. [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/01/10/Guia-Efectos-adversos-RNR\\_2023.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2023/01/10/Guia-Efectos-adversos-RNR_2023.pdf).
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2022). Guía de Delimitación y Caracterización de Humedales Urbanos de Chile. [https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/GUIA\\_HUMEDALES\\_2022\\_BAJA.pdf](https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/GUIA_HUMEDALES_2022_BAJA.pdf).
- SOTO OYARZUN, Lorenzo (2019). *Derecho de la Biodiversidad y los Recursos Naturales*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- SOTO OYARZUN, Lorenzo (2021). Biodiversidad y Áreas Protegidas. En: ASTORGA JORQUERA, Eduardo y COSTA CORDELLA, Ezio [Directores] *Derecho Ambiental Chileno. Parte Especial*. (pp. 211-274). Editorial Thomson Reuters.

## Normativa citada

- Decreto N° 1.122 de 1981 [con fuerza de ley]. Fija texto del Código de Aguas. 29 de octubre de 1981 (Chile). D.O. No. 31.102.
- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto N° 14 de 2012 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo. 22 de mayo de 2012. D.O. No. 40.267.
- Decreto N° 1 [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. 17 de noviembre de 2001. D.O. No. 37. 113.
- Ley N° 19.300 de 1994. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 9 de marzo de 1994. D.O. No. 34.810.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010. D.O. No. 39.570.
- Ley N° 21.202 de 2020. Modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. 23 de enero de 2020. D.O. No. 42.560.
- Oficio N° 20229910238 de 2022 [Servicio de Evaluación Ambiental]. Imparte instrucciones en relación a la aplicación de los literales p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 17 de enero de 2022.
- Resolución Exenta N° 383 de 1983 [Dirección General de Aguas]. Declaró el agotamiento de la Primera Sección del Río Mapocho. 27 de septiembre de 1983.
- Resolución Exenta N° 197 de 2000 [Dirección General de Aguas]. Declaró el agotamiento del río Loa y sus afluentes. 24 de enero de 2000. D.O. No. 36.588.
- Resolución Exenta N° 3.504 de 2008 [Dirección General de Aguas]. Aprueba el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos. 07 de noviembre de 2008. D.O. No. 43.402.
- Resolución Exenta N° 1.752 de 2023 [Dirección General de Aguas]. Aprueba el Manual de Normas y Procedimiento para la Conservación y Protección de Recursos Hídricos. 07 de julio de 2021. D.O. No. 43.626

# Actividad estatal de fomento y zonas de tratamiento tributario especial

## State activity of promotion and areas of special tax treatment

Rodrigo Céspedes<sup>1</sup>  
Jaime García<sup>2</sup>

Este trabajo analiza la actividad estatal de fomento, propia del Estado contemporáneo; examina particularmente el caso tributario en el contexto del principio de no-discriminación. Finalmente, se concentra en los beneficios otorgados a ciertas zonas extremas de Chile, como las zonas francas, la Ley Pascua o la Ley Navarino. Estos tratos especiales se justifican por su objetivo de lograr un desarrollo territorial armónico.

**Palabras clave:** actividad de fomento; igualdad y no-discriminación arbitraria; beneficios tributarios; zonas de tratamiento tributario especial.

This work analyzes state interventionism to promote certain economic activities typical of the modern State. It particularly examines tax law as a tool to promote some activities in the context of the principle of non-discrimination. Finally, it focuses on the benefits granted to certain regions of Chile, such as the Easter Island Act or the Navarino Act. These preferential treatments are justified by their objective of achieving harmonious territorial development.

**Keywords:** state economic interventionism; equality and non-discrimination; tax benefits; areas with special tax benefits.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Research associate, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department of Law and Anthropology. Abogado Universidad de Valparaíso, Master Università per Stranieri di Perugia, PhD Lancaster University. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com, Dirección Postal: Schleiermayerstrasse 44, Halle, Germany.

<sup>2</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en economía y gestión para abogados, de la Universidad Gabriela Mistral, candidato a Doctor de la Universidad Castilla La Mancha, España. Profesor de Derecho Tributario, Universidad de Chile, Universidad del Desarrollo y Universidad Mayor, jaime.garcia@jaimegarcia.cl. Peñalolén es 7910000.

Artículo recibo el 15 de junio de 2023 y aceptado el 9 de noviembre de 2023.

## Introducción

### I. La actividad estatal de fomento

Chile es un Estado unitario, sin embargo, la descentralización se ha alzado como uno de los objetivos más estimable en la organización administrativa de nuestro territorio. En derecho público, uno de los objetivos más encomiables es el del desarrollo territorial armónico y equitativo (artículos 3 inc. final, 115 inc. 1, 118 inc. 7 de la Constitución). La Ley Orgánica Constitucional N° 19.175 Sobre Gobierno y Administración Regional señala que, en la administración interna de las regiones, los gobiernos regionales deberán observar como principio básico el desarrollo armónico y equitativo de sus territorios, tanto en aspectos de desarrollo económico, como social y cultural (Artículo 14). Uno de los instrumentos para lograr este propósito es la herramienta tributaria: con ventajas y exenciones la población y la inversión migraría artificialmente a zonas alejadas logrando un progreso armónico de todo el territorio nacional<sup>3</sup>.

Una de las funciones de mayor importancia desarrolladas por el Estado en el marco de una economía social de mercado es la actividad de fomento. Esta función es más propia del Estado intervencionista del siglo XX, que va más allá de las actividades tradicionales de policía y de servicio público. La actividad de fomento es la acción estatal consistente en promover, normalmente mediante incentivos económicos o fiscales, que los particulares realicen por sí mismos actividades consideradas de interés público<sup>4</sup>. Ésta implica una “ayuda” a las actividades privadas que se consideran de utilidad general, conservando su carácter únicamente privado. Con ésta, el Estado pretende orientar el comportamiento de los individuos hacia ciertos objetivos de bien común. La actividad de fomento comprende estímulos cuyos fines son otorgar ventajas a los sectores, actividades o zonas geográficas que se desea incentivar. A través de alicientes positivos, se pretende “estimular las actividades económicas privadas”, pero sin coartar las libres iniciativas y sin la utilización del aparato represivo de la coacción, canalizando recursos hacia ciertas actividades que se colocan en una situación más favorecida de

<sup>3</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 46; VILLAR 1954, 11; GUAITA 1970, 9 y ss.; MARTÍN-ROTERTILLO 1991, 438-ss; ARIÑO 2004, 343-ss.; CASSAGNE 1994, 89-ss.; DROMI 1992, 192-ss. Este fomento tributario según JORDANA DE POZAS sería jurídico-económico ya que tiene por objeto conferir determinados privilegios para instalación o desarrollo de actividades privadas, que en condiciones normales serían más difíciles por la lejanía; incentivar una determinada actividad económica de importancia para el desarrollo y crecimiento de parte del país y estimular la creación de nuevas actividades económicas privadas.

<sup>4</sup> Podríamos pensar, como contrapartida, también en un “desestímulo” a una actividad (y como contrapartida estimular otra sustitutiva), por ejemplo, un “impuesto verde” (eco-gravámenes o tributos ecológicos). Éstos establecen pueden compensar perjuicios ocasionados al ambiente (una externalidad negativa) por los sujetos que soportan esta carga tributaria (“el que contamina paga”). Podría pensarse en gravámenes sobre emisiones de carbono o tributos sobre hidrocarburos, en razón del cambio climático. Este impuesto ecológico sería una forma de “políticas verdes” para el crecimiento sustentable, cada vez más populares.

la que resultaría de una libre dinámica de las relaciones económicas"<sup>5</sup>. A través de "directivas no normativas"<sup>6</sup> y sin prohibir ni ordenar una determinada conducta, recomiendan un comportamiento utilizando lo que se denomina "sanción positiva o premial" en caso de verificarse el supuesto normativo<sup>7</sup>. Pueden estimularse todas las actividades que se consideran deseables, como la filantropía, las exportaciones, la micro-empresa, la investigación, la inmigración de población profesionalmente calificada, el ahorro, la construcción de viviendas, la formación de sindicatos y los cuerpos intermedios, la inversión, la educación y capacitación, el turismo, la lectura, la innovación empresarial, la industria pesada o tecnológica o la autarquía en materia de defensa o salud. Las subvenciones son una herramienta para esta actividad estatal. Una subvención es una asistencia financiera, directa o indirecta (desde pagos directos hasta garantías estatales o simple promoción estatal de productos o servicios), concedida por el Estado para financiar una actividad de interés público (podría ser, por ejemplo, la inversión en energías renovables como la solar). Éstas son básicamente intervenciones estatales de política económica, con las que se pretende impulsar un determinado comportamiento de los participantes en el mercado. Normalmente éstos son temas relevantes en el debate ciudadano, por la posibilidad de corrupción, pagos por apoyos

---

<sup>5</sup> MARTÍN y SOSA 1974, 171 y 172.

<sup>6</sup> PEDRALS 1995, 3.

<sup>7</sup> En materia judicial, en el derecho anglosajón, se reconocen explícitamente lo que Ronald Dworkin llama "razones de política", que consiste en el fomento (o desestimulo) de determinadas conductas. Un caso es "el principio del Buen Samaritano". La parábola del Buen Samaritano es una de las más conocidas del Nuevo Testamento (Lucas 10, 25-37) y, en el fondo, es un mensaje de amor y preocupación por el prójimo y la preferencia de la conducta por sobre los rituales vacíos y las meras palabras. Se aplica mayormente a la responsabilidad extracontractual. Imaginemos una persona que tiene un infarto en un restaurante, un pediatra voluntariamente presta ayuda, pero, aun así, el afectado muere. Se descubre que el médico no hizo exactamente lo que un urgenciólogo o un cardiólogo hubiese hecho según el estado del arte. Los tribunales tienden a eximir de responsabilidad al médico "buen samaritano" ya que se trató de una actividad totalmente voluntaria y sin esperar recompensa con el único objetivo de ayudar. La actividad caritativa del doctor no sólo le dio una mejor oportunidad al paciente de sobrevivir; pero más que eso, fomentar socialmente ese tipo de actitudes, aparte de no castigar las buenas acciones, se estimula que el personal de salud no se vea inhibido de desplegar este tipo de conductas, ya que le otorgan a todos una mejor posibilidad de salvar la vida de mucha gente. Aceptar esta doctrina implica enviar una señal a la sociedad y a todo el personal de salud en el sentido que pueden ayudar sin buscarse problemas; el efecto social en general es positivo ya que se da una mejor oportunidad a la víctima de un problema de salud. En el lado opuesto, los jueces pueden desestimar conductas con la *floodgate doctrine* (abrir la compuerta de un embalse de manera que todo se inunde): acoger un tipo de reclamos puede ocasionar un aumento desmedido de la actividad jurisdiccional con su consiguiente desgaste. Un ejemplo podría ser la excesiva laxitud para aceptar todo tipo de daño moral sin mayores exigencias. El homicidio de John Lennon provocó, sin duda, un enorme sufrimiento en sus seguidores en todo el planeta, pero no podrían demandar al asesino por daño moral. En un país donde el precedente vincula, el más pequeño fallo podría provocar un gran efecto sin que se puedan estimar exactamente sus alcances. Esta doctrina es lo opuesto a la máxima latina *fiat justitia ruat caelum/fiat iustitia, et pereat mundus* ("hágase justicia, aunque se caiga el cielo o se acabe el mundo"). La *floodgate doctrine* tiene en cuenta no sólo la justicia sino la paz social, porque la preservación de algunos principios no puede ser a cualquier precio o en detrimento del interés colectivo (en términos legislativos, pensemos en la prescripción).

políticos velados, la desigualdad en el otorgamiento por falta de neutralidad, malversación de fondos, el arraigo de una "mentalidad del subsidio", o un control excesivo de la actividad de los privados. Dentro de este marco se circunscriben las zonas afectas a tratamientos tributarios preferenciales. Estas zonas, por razones climáticas o geográficas, necesitan de un régimen de excepción para desarrollarse. A través de estímulos aduaneros y tributarios se pretende estimular el crecimiento económico de dichas zonas de modo de equiparar dicho desarrollo al del resto del país.

## II. Regulación de las zonas de tratamiento tributario especial: el principio de igualdad y no-discriminación en materia económica<sup>8</sup>

Nuestro sistema jurídico contempla varias zonas bajo estos regímenes de excepción. La Ordenanza de Aduanas se refiere a ellas como "zonas afectas a regímenes especiales", "zonas afectas a tratamientos tributarios preferenciales", "zonas de tratamiento aduanero especial" o "zonas liberadas". Son creadas para fomentar el desarrollo y poblamiento de regiones extremas, mediante el otorgamiento de compensaciones por las dificultades que significa vivir en lugares alejados de los centros de producción y consumo<sup>9</sup>. Esto se logra a través de franquicias aduaneras y tributarias que estimulan el establecimiento de empresas y, consecuentemente, la creación de nuevos empleos y la migración.

Estos regímenes de excepción o franquicia consisten en un estatuto más favorable otorgado en virtud de una norma especial. La Constitución de 1980 exige expresamente que este tipo de beneficios deben ser establecido por ley, que debe garantizar la igual repartición de las cargas públicas<sup>10</sup>. La igualdad es un claro ejemplo de un valor superior que inspira todo ordenamiento civilizado. Las constituciones y los tratados de derechos humanos siempre consagran este principio. La igualdad ante el derecho y frente a la autoridad, con la consecuente prohibición de la discriminación arbitraria, es uno de los principios jurídicos más preciados. El constituyente es majadero al reiterarlo en aplicación a varios ámbitos<sup>11</sup>. El legislador hace lo mismo estableciendo esta garantía en muchos cuerpos legislativos, no sólo en materia de derecho público. Este valor superior será una especie de pauta a la que se atribuye un

<sup>8</sup> Para un enfoque general y completo, FERNANDOIS 2001.

<sup>9</sup> CANGAS y MARTINI 1989, 78-79.

<sup>10</sup> Durante la vigencia de la Constitución de 1925, el principio de la legalidad impositiva se consagraba en los artículos 10 N<sup>os</sup> 9 y 44 N<sup>o</sup> 1. En ellos no se mencionaba las franquicias o beneficios. Si bien podía deducirse que el principio de legalidad les era aplicable, el legislador no lo entendió en forma estricta. En efecto, se establecieron estímulos a través legislación delegada como en el decreto con Fuerza de Ley N<sup>o</sup> 256, de 1960 o Decreto con Fuerza de Ley N<sup>o</sup> 409, de 1971, dándole amplia libertad al ejecutivo para determinar el monto del reintegro, característica que también se observa en la Ley N<sup>o</sup> 16.528, de 1966, al respecto ver FERNÁNDEZ 1968.

<sup>11</sup> El Mensaje del Código Procesal Penal lo reconoce expresamente como principio señalando: (el proyecto) "*propondrá sustantivas modificaciones al actual sistema de defensa pública en materia penal, con el propósito de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley...*".

contenido evidentemente justo, parte esencial de los cimientos de todo el sistema. Ésta es una constante en el derecho chileno que se reconoce mayormente en el derecho público, siendo una de las bases de nuestra institucionalidad (artículo 1 de la Carta Fundamental). Este principio se aplica también en derecho privado, pero con una menor rigurosidad. Por ejemplo, el Artículo 55 del Código Civil establece igualdad de todas las personas; en materia laboral se amplió la protección contra la discriminación. En efecto, el Código del Trabajo establece en el Artículo 2 que todo acto de discriminación es contrario a los principios de las leyes laborales, señalando posteriormente los factores discriminantes. Igualdad significa tratar a las personas, naturales o jurídicas, de la misma manera si están situadas en circunstancias similares<sup>12</sup>. El legislador crea normas aplicables a la generalidad de las personas, gente promedio. Es por tanto implícito que individuos que se encuentran en situaciones diferentes serán tratados en forma diversa: la sociedad concede a personas desventajadas privilegios legítimos tendientes a compensar esas dificultades que las aquejan, procurando mayor igualdad material. Con ese propósito, el legislador crea reglas excepcionales, discriminación positiva en algunos casos<sup>13</sup>. Una idea importante es la distinción entre igualdad formal y sustancial<sup>14</sup>. La segunda clase de la igualdad, el Estado tiene un rol activo e interviene para obtener igualdad material y crear, por ejemplo, un desarrollo territorial armónico. La intervención estatal se manifiesta normalmente en privilegios, algunos en el área económica y tributaria como estos beneficios territoriales que analizamos. Este desarrollo armónico es el motivo razonable que justifica la diferencia de trato. O sea, la diferencia de trato establecida por el legislador es sensata, y atendido sus objetivos, pasará un examen de constitucionalidad. Toda franquicia debe tener una justificación racional, ya que no debe significar una discriminación arbitraria. Sin embargo, siempre involucra un trato privilegiado, que justifica la garantía de la legalidad<sup>15</sup>. En efecto, el artículo 19 N° 22 inc. 1 de la Constitución establece como garantía "La no-discriminación arbitraria en el trato que deben dar el estado y

<sup>12</sup> Una excelente visión general sobre el material puede encontrarse en BUTLER and SUGARMAN (2011). *Handbook of European Non Discrimination Law*, EU/Council of Europe, Strasbourg. También, BAYESKY, Anne F.(1999). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal* 11 (1-2), 1-34. Para un análisis teórico ALEXY, Robert, (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford, 260-287. A nivel nacional, el magnífico y ameno estudio de CISTERNAS REYES, María Soledad (2004). El Ordenamiento Jurídico Chileno frente al Fenómeno Discriminatorio. *Revista Chilena de Derecho* 31 (3), 409-437. Gran parte de la casuística nacional puede encontrarse en los informes anuales de DD.HH. de la Universidad Diego Portales, el Centro de DD.HH. de la Universidad de Chile cuenta con un programa de mujeres y DD.HH.

<sup>13</sup> O'HARE 2000, 3-45.

<sup>14</sup> Un análisis sistemático a nivel europeo en O'Connell, Rory 2009. Substantive Equality in the European Court of Human Rights?. *Michigan Law Review First Impressions* 107, 129-133.

<sup>15</sup> Respecto a las categorías incluidas en el inc. 2 del Art. 19 N° 21 de la Constitución Política, en la Sesión N° 393 de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el comisionado Ortúzar nombra específicamente al *draw-back*. Evans de La Cuadra, Enrique (1986). *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II. Editorial jurídica de Chile. p 221. Sobre discriminaciones razonables y no-arbitrarias puede verse la sentencia Rol N° 280 del Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 1998.

sus organismos en materia económica.” A su vez, el inc. 2 señala: “Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”. Toda franquicia debe tener una justificación racional, ya que no debe significar una discriminación arbitraria. Sin embargo, siempre involucra un trato privilegiado, que justifica la garantía de la legalidad. Esto no es sino aplicación del principio de igualdad. La igualdad tributaria, en términos generales, aparece establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, norma que señala: “La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados...”. De esta norma es posible distinguir: (a) La igualdad en la ley, vale decir, que el texto de la ley no establezca desigualdades; (b) Igualdad por la ley, esto es, ante desigualdades económicas, la ley intenta conseguir igualdad entre los individuos; (c) Igualdad ante la ley, ella significa que la aplicación que se haga de la ley sea igual para todos; y, (d) Igualdad entre partes, que apunta a que tanto el Estado como el contribuyente, se encuentran igualmente sometidos a la ley y a la jurisdicción<sup>16</sup>. Ahora bien, este principio general de igualdad se concreta en materia tributaria en el numeral vigésimo de citado artículo del texto constitucional, que establece “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”. El principio consiste en la obligación de gravar de igual forma a los contribuyentes que se encuentren en situaciones análogas, y gravar en forma distinta a personas que se hallen en circunstancias diferentes (la progresividad de algunos tributos, por ejemplo). A iguales supuestos de hecho, deben aplicarse iguales consecuencias jurídicas. Cada persona tiene el derecho a soportar cargas tributarias igual de pesadas para todos, esto es, igualdad de sacrificio. Esta norma no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino aquellas que resulten artificiosas o injustificadas o caprichosas<sup>17</sup>. Como señala Aste, la norma constitucional no se refiere a una igualdad numérica, sino la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones, lo cual no obsta la formación de distingos o categorías, siempre que estos sean razonables, con excepción de toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o categorías de personas<sup>18</sup>. Por otra parte, como señala Massone Parodi, el respecto del principio en estudio exige no solo una igualdad de tratamiento para situaciones iguales, sino también diversidad de tratamiento para situaciones diversas<sup>19</sup>. Aquí es donde juega los problemas de la actividad de fomento como analizábamos más arriba.

<sup>16</sup> MAGENDZO 1989, 80; en el mismo sentido, VADÉS COSTA, 370.

<sup>17</sup> En el mismo sentido, MARTIN, LOZANO, TEJERIZO y CASADO 2015, 111.

<sup>18</sup> ASTE MEJÍAS, Christian, 12 y 13.

<sup>19</sup> MASSONE. 2013, 120.

### III. Naturaleza jurídica de las zonas afectas a tratamientos tributarios preferenciales

Dentro de las instituciones de derecho tributario que involucran un trato excepcional nos encontramos con exclusiones, franquicias y exenciones. Las últimas han sido definidas como "la liberación del impuesto en virtud de una norma legal especial"<sup>20</sup>. Se trata de la eliminación del nacimiento de la obligación tributaria, atendida la existencia de una norma legal<sup>21</sup>. La exención tributaria tiene lugar cuando una norma contempla que, en aquellos supuestos expresamente previstos en ella, no obstante producirse el hecho imponible, no se desarrolle su efecto principal: el deber de pagar el tributo u obligación tributaria<sup>22</sup>. En esta materia, concurren dos normas que se contraponen: una que define el hecho imponible y la otra, la que establece la exención, que lo enerva, esto es, la obligación tributaria no llega a existir. Las exenciones son utilizadas por el legislador, con diversas finalidades, especialmente de incentivo del desarrollo de conductas o el cumplimiento de principios de justicia tributaria<sup>23</sup>. A este respecto, Magendzo Dukesm<sup>24</sup> señala que hay autores (Sáinz de Bujanda y Valdés Costa que postulan que las exenciones estarían al margen de la justicia, pues provocarían alteraciones radicales en los criterios de reparto impositivo, eximiéndose de tributos a manifestaciones de riqueza que resultan idóneas para ser gravadas desde una perspectiva tributaria. La regulación constitucional que se otorga a las exenciones va en la misma dirección. Solo el legislador puede establecer beneficios indirectos; los costos de los beneficios directos deben incluirse en la Ley de Presupuestos; y, se proscriben el uso de esta facultad para efectuar discriminaciones arbitrarias. Es posible apreciar que las exenciones se perciben por el Constituyente como una facultad excepcional sumamente reglada, toda vez que tensa los principios de igualdad, justicia, capacidad contributiva y generalidad de la imposición.

Este trato excepcional se aprecia, por ejemplo, en el fomento de las exportaciones y el IVA. Tenemos una norma que grava la venta que recae en un bien que se ubica en Chile y una disposición especial que la libera. Se trata

<sup>20</sup> MASSONE 1969, 168.

<sup>21</sup> SAINZ DE BUJANDA 1990, 205.

<sup>22</sup> PÉREZ y CARRASCO 2022, 170.

<sup>23</sup> En nuestro derecho tributario existen muchas exenciones. Por vía de ejemplo, podemos citar las siguientes: El artículo 12 D N° 1 del Decreto Ley N° 825, de 1976, desgrava de Impuesto al Valor Agregado, las remuneraciones percibidas por concepto de entradas a espectáculos artísticos, científicos, teatrales, musicales, de danza y canto, de carácter deportivo o circense. Por su parte, el Artículo 13 del mismo cuerpo legal, eximen del citado tributo a las empresas radioemisoras y concesionarios de televisión por los ingresos que perciban dentro de su giro, con excepción de los avisos y propaganda de cualquier especie; los establecimientos de educación; los hospitales dependientes del Estado; la Empresa de Correos de Chile. Por su parte, el artículo 57 del Decreto Ley N° 824, de 1974 sobre Impuesto a la Renta, declara exento del Impuesto Global Complementario las rentas provenientes de capitales mobiliarios que no exceda en conjunto de veinte unidades tributarias mensuales, siempre que sean percibidas por contribuyentes cuyas otras rentas consistan únicamente en las sometidas a la tributación de los artículos 22 y/o 42 N° 1.

<sup>24</sup> MAGENDZO 2022, 121-122.

de una exención real u objetiva ya que considera solamente los elementos objetivos del hecho gravado<sup>25</sup>, independientemente de sujeto que la ejecuta. La exclusión, en cambio, implica que el hecho en cuestión no cabe en el concepto de hecho gravado; pensemos, por ejemplo, en algunos ingresos que no constituyen renta del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta. El mismo principio se aplica a los tributos aduaneros. Su devolución supone a lo menos dos operaciones. La primera, consistente en la importación de insumos, la que se encuentra gravada, por lo que debe pagarse el tributo. La segunda, la exportación de un producto elaborado con el insumo importado o adquirido, que habilita para obtener la restitución del tributo<sup>26</sup>. Es decir, tenemos una operación gravada por la cual se entera el tributo correspondiente, los cuales son restituidos al verificarse un supuesto previsto por la norma. El crédito por el pago de los tributos no nace con la importación condicionado a la incorporación de insumos y posterior exportación de un producto ya que, con el pago del gravamen de importación de insumos se extingue la relación tributaria. No surge un crédito, ni siquiera condicionado del contribuyente a la restitución del tributo satisfecho. Después del pago no se tiene más que una simple expectativa de que un crédito pueda surgir en el futuro si los bienes por los que se ha satisfecho el tributo se emplean en la fabricación de aquellos productos que puedan gozar del beneficio y si los expresados productos son realmente exportados. Sólo en este momento, producidos los presupuestos establecidos en la ley, surge el derecho a la restitución<sup>27</sup>. La devolución de impuestos es un beneficio *a posteriori*, a diferencia de los sistemas suspensivos de derechos<sup>28</sup>. Por esta característica el control es más fácil, ya que el beneficio se solicita acreditando documentalmente la exportación. Sólo probado el supuesto el estado desembolsa el reintegro. En la exención se da a la inversa, no se cobra tributo por una operación que en principio debiera estar gravada, no debiendo acreditar nada el beneficiario. En caso de que en definitiva no se exporte, la Administración debe cobrar el tributo no enterado. La franquicia, como veremos, es un concepto más amplio, implica facilidades o tratos preferentes que la ley otorga a una actividad a través de distintos medios, por ejemplo, las zonas de tratamiento aduanero especial (también el pago diferido de derechos de aduana por activo fijo de la Ley N° 18.634 o los regímenes suspensivos de derechos).

<sup>25</sup> MASSONE 1995, 57.

<sup>26</sup> CÉSPEDES, 549.

<sup>27</sup> GIANNINI 1957, 527.

<sup>28</sup> Éste es, en términos generales, "un régimen económico aduanero orientado al fomento de la exportación que permite la utilización de mercancías no comunitarias dentro del territorio aduanero nacional, sin que queden gravadas con derechos a la importación ni sujetas a otras medidas restrictivas y que una vez sometidas a operaciones de perfeccionamiento (transformación) se exportan a través de productos compensadores". RETORTILLO 1991, 730.

#### IV. Las zonas de tratamiento especial: franquicias aduaneras y tributarias

En el ordenamiento jurídico tributario podemos encontrar un sin número de franquicias que tienen como objetivo general incentivar el desarrollo, el crecimiento o la inversión. En el Impuesto a la Renta<sup>29</sup>, el N° 5 bis del artículo 31 (inserto en la regulación de la depreciación), que establece que los contribuyentes que en los tres ejercicios anteriores a aquel en que comience la utilización del bien, sea que se trate de bienes nuevos o usados, tengan un promedio anual de ingresos del giro igual o inferior a 100.000 unidades de fomento, podrán depreciar los bienes del activo inmovilizado considerando como vida útil del respectivo bien el equivalente al décimo de la vida útil fijada por la Dirección Nacional o la Regional, expresada en años, despreciando los valores decimales que resulten. Se trata de una norma que incentiva la inversión en bienes de activo fijo, pues permite cargar a gastos el valor del bien en un plazo muy inferior al plazo de depreciación normal o acelerada. Otro ejemplo que también tiene como objetivo incentivar a la adquisición de bienes del activo fijo lo encontramos en el artículo 33 bis de la Ley de la Renta. Esta disposición legal señala que los contribuyentes que declaren el impuesto de primera categoría sobre renta efectiva determinada según contabilidad completa, que en los tres ejercicios anteriores a aquel en que adquieran, terminen de construir o tomen en arrendamiento con opción de compra los bienes respectivos, según corresponda, registren un promedio de ventas anuales que no supere las 25.000 unidades de fomento, tendrán derecho a un crédito equivalente al 6% del valor de los bienes físicos del activo inmovilizado, adquiridos nuevos, terminados de construir durante el ejercicio o que tomen en arrendamiento, según corresponda. Este crédito se deducirá del impuesto de primera categoría que deba pagarse por las rentas del ejercicio en que ocurra la adquisición o término de construcción, y, de producirse un exceso, no derecho a devolución. En ningún caso el monto anual del crédito podrá exceder de 500 unidades tributarias mensuales, considerando el valor de la unidad tributaria del mes de cierre del ejercicio. No aplicará el crédito respecto de los bienes que una empresa entregue en arrendamiento con opción de compra. Si el promedio de ventas anuales del contribuyente se encuentra entre 25.000 y 100.000 unidades de fomento, el contribuyente tendrá derecho al crédito antes referido con el porcentaje que resulte de multiplicar 6% por el resultado de dividir 100.000 menos los ingresos anuales, sobre 75.000. Si el porcentaje que resulte es inferior a 4%, será este último porcentaje el que se aplicará para la determinación del crédito.

A nivel de tributación de las personas naturales, el N° 3 del artículo 54 de la Ley de la Renta, señala que las rentas exentas del Impuesto Global Complementario deben colacionarse en la determinación de la renta bruta global. Posteriormente, se dará un crédito contra el impuesto que resulte de aplicar la escala progresiva del citado impuesto, al conjunto de rentas exentas, el impuesto que afectaría a las rentas exentas si se les aplicara aisla-

<sup>29</sup> Decreto Ley N° 824, de 1974.

damente la tasa media que, según dicha escala, resulte para el conjunto total de rentas del contribuyente. Otra franquicia a nivel de tributación de personas naturales es la establecida en el artículo 55 bis de la Ley de la Renta. Esta norma permite a los contribuyentes de Impuesto Global Complementario o del Impuesto Único de Segunda Categoría<sup>30</sup> rebajar de la renta bruta anual los intereses efectivamente pagados durante el año calendario al que corresponde la renta, devengados en créditos con garantía hipotecaria que se hubieren destinado a adquirir o construir una o más viviendas, o en créditos de igual naturaleza destinados a pagar los créditos señalados. Para estos efectos se entenderá como interés deducible máximo por contribuyente, la cantidad menor entre ocho unidades tributarias anuales y el interés efectivamente pagado. La rebaja será por el total del interés deducible en el caso en que la renta bruta anual sea inferior al equivalente a 90 unidades tributarias anuales, y no procederá en el caso en que ésta sea superior a 150 unidades tributarias anuales. Cuando dicha renta sea igual o superior a 90 unidades tributarias anuales e inferior o igual a 150 unidades tributarias anuales, el monto de los intereses a rebajar se determinará multiplicando el interés deducible por el resultado, que se considerará como porcentaje, de la resta entre 250 y la cantidad que resulte de multiplicar el factor 1,667 por la renta bruta anual del contribuyente, expresado en unidades tributarias anuales. El objetivo de esta norma es incentivar la adquisición de viviendas por el segmento de la población denominado "clase media".

Las franquicias tributarias especiales pueden ser clasificadas en tres grupos, según el factor tomado en cuenta para conceder la franquicia. Ésta puede ser establecida, primero, en función de una zona geográfica (*ratio loci*), como el caso de las Leyes N<sup>os</sup> 18.392, 19.149, 19.420 y el Decreto con fuerza de ley N<sup>o</sup> 341 de 1977; segundo, en razón de una persona o institución (*intuitu personae*), como el caso de la Ley N<sup>o</sup> 17.238 y el Decreto Supremo N<sup>o</sup> 939 de 1995, que benefician a discapacitados, y tercero, en función de una actividad (*ex actione*), como en el caso del Decreto Ley N<sup>o</sup> 1.678 de 1977, que establece franquicias para la pesca artesanal. De la misma forma pueden clasificarse las partidas "00" de la sección 0 del Arancel Aduanero sobre Tratamientos Arancelarios Especiales<sup>31</sup>. Veremos las primeras. Hoy se contemplan varias zonas bajo estos regímenes de excepción. Como decíamos en la introducción, son creadas para "fomentar el desarrollo y poblamiento de regiones extremas, mediante el otorgamiento de compensaciones por las dificultades que significa vivir en lugares alejados de los centros de producción y consu-

<sup>30</sup> El Impuesto Único de Segunda Categoría se encuentra establecido en el artículo 42 N<sup>o</sup> 1 de la Ley de la Renta y afecta a las rentas que se perciben en base a un contrato de trabajo o a un vínculo de subordinación o dependencia. Es un impuesto progresivo, cuyos tramos se expresan en unidades tributarias mensuales y, en atención a esto, se devenga mensualmente.

<sup>31</sup> Dentro de éstos encontramos los pertrechos de guerra y material bélico en general, el menaje de casa de los funcionarios diplomáticos, donaciones y socorros, efectos destinados al culto, productos de la pesca hecha en naves nacionales, etc.

mo"<sup>32</sup>. Esto se logra a través de franquicias aduaneras y tributarias que estimulan el establecimiento de empresas y, consecuentemente, la creación de nuevos empleos. En la actualidad encontramos varias zonas de tratamiento tributario especial: La Ley Navarino (18.392); la Ley Magallanes (N° 19.149); Ley Austral (N° 19.606); la Ley Arica (N° 19.420); las zonas francas de Iquique y Punta Arenas (Decreto con Fuerza de Ley N° 431 de 1977); y la Ley Pascua (N° 16.441). Examinaremos someramente estos cuerpos legislativos y alguna jurisprudencia.

1. *Ley Navarino* (N° 18.392)<sup>33</sup>: Esta norma fue publicada el 14 de enero de 1985. En su artículo 1, establece que, a contar de la fecha de su publicación, por el plazo de 50 años, se establece un régimen preferencial aduanero y tributario<sup>34</sup> para una parte del territorio de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, específicamente para el Canal Beagle. Este sistema excepcional rige para cualquier tipo de empresa<sup>35</sup> y también para los particulares domiciliados o residentes en la zona delimitada en su Artículo 1 inc. 1. Para que las empresas puedan gozar del beneficio de esta Ley, deben suscribir un contrato-ley con el Estado en la forma señalada en el artículo 1 inc. 4. A través del contrato-ley "el Estado otorga franquicias o regalías, consagrando estatutos jurídicos de excepción, por ejemplo, en materia de reducción de impuestos y de aranceles aduaneros. En este caso, la Ley autoriza de un modo general la conclusión de determinado contrato, cuyos beneficios o efectos no son susceptibles de modificación ulterior"<sup>36</sup>. En cuanto a los beneficios aduaneros, las empresas que puedan acogerse a los estímulos de esta Ley pueden importar insumos y maquinarias necesarios para su proceso productivo sin estar sujetas a IVA ni gravamen aduanero alguno<sup>37</sup>. Incluso pueden importar combustibles, lubricantes y repuestos necesarios para el mantenimiento del activo fijo. Respecto al IVA, la Ley N° 18.392 consagra una exención no incluida en el artículo 12 del Decreto Ley N° 825 de 1974. El régimen de esta Ley es, para los exportadores, más beneficioso que el artículo 36 del texto

<sup>32</sup> CANGAS y MARTINI 1989, 78 y 79.

<sup>33</sup> Esta Ley tiene como normas complementarias el Decreto supremo N° 757 de 1987 y la Resolución N° 1.057 exenta del SII del 25 de abril de 1985.

<sup>34</sup> Se conceden beneficios tributarios como exención del impuesto de primera categoría; crédito por el anterior, no obstante, no pagarse, imputable al impuesto global complementario de los socios; ni las ventas ni las importaciones están gravadas con ningún impuesto del Decreto Ley N° 825, de 1974; etc. Se contempla, además, bonificaciones que el estado debe pagar a los particulares reuniéndose ciertos requisitos.

<sup>35</sup> Según su Artículo 1 inc. 2 las empresas deben reunir los siguientes requisitos: 1.- desarrollar exclusivamente actividades industriales, mineras, de explotación de las riquezas del mar, de transporte y de turismo; 2.- que se instalen físicamente en terrenos ubicados dentro de los límites de la porción del territorio nacional indicado en el inciso anterior; 3.- que su establecimiento y actividad signifique la racional utilización de los recursos naturales y que asegure la preservación de la naturaleza y del medio ambiente. Según el artículo 1 inc. 2 no gozarán de estas franquicias las industrias extractivas de hidrocarburos, como tampoco las procesadoras de éstos en cualquiera de sus estados.

<sup>36</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA 1986, 143.

<sup>37</sup> Incluye derechos *ad valorem*, derechos específicos y tasa de despacho.

legal antes citado ya que éste consagra la devolución del impuesto, es decir, se paga y luego se reintegra. En cambio, la Ley N° 18.392, por aplicación de una norma especial simplemente exime del impuesto a una operación que, de aplicarse el régimen corriente, estaría gravada. En cuanto a los tributos aduaneros, las importaciones realizadas por empresas que pueden acogerse a los beneficios de esta Ley están exentas de derechos de aduana, tasas, y demás gravámenes que cobren las Aduanas, incluyendo la tasa de despacho.

2. Ley “Magallanes” (N° 19.149)<sup>38</sup>: Esta Ley fue publicada el 6 de julio de 1992 y rige desde esta fecha y por un lapso de 44 años sobre el territorio de las comunas de Porvenir y Primavera de la provincia de Tierra del Fuego, y de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena<sup>39</sup>. Establece un régimen muy similar al de la Ley N° 18.392, ya que se crea, con unas pocas diferencias<sup>40</sup>, los mismos beneficios aduaneros y tributarios de esa norma, bajo la forma de contrato-ley y prácticamente con los mismos requisitos. En ambos casos, se trata de un beneficio temporal<sup>41</sup>.

3. Ley Austral (N° 19.606): Esta Ley fue publicada el 14 de abril de 1999 y establece una serie de incentivos para el desarrollo económico de las regiones de Aysén y de Magallanes de la Antártica Chile, así como de la provincia y Palena, emplazadas en la Región de Los Lagos.

Los beneficios que otorga la ley, son los siguientes:

- a) Entrega un crédito por inversiones en activo fijo;
- b) Simplifica la concesión onerosa de bienes fiscales, mediante una serie de correcciones al Decreto Ley N° 1.939;
- c) Allegar la totalidad de la recaudación de los derechos de explotación de hidrocarburos al Fondo de Desarrollo de Magallanes (Ley N° 19.275);
- d) Ampliar la zona de aplicación de la Ley N° 18.392 (Ley Navarino), incorporando las comunas de Porvenir y Primavera;
- e) Incrementar las asignaciones anuales del programa especial de becas para alumnos de escasos recursos de la región de Isla de Pascua y de la comuna de Juan Fernández, regido por el artículo 56 de la Ley N° 18.681;

<sup>38</sup> Esta ley tiene como norma complementaria la Resolución N° 62 Exenta de la Dirección Nacional del SII del 18 de enero de 1993.

<sup>39</sup> Ver artículo 1 inc. 1 de la Ley citada.

<sup>40</sup> Las diferencias básicamente son dos: 1.- la posibilidad que tiene Consejo Regional de excluir del acceso al régimen preferencial que establece el contrato-ley, por el término de dos años, renovable, a aquellas empresas correspondientes a un sector sobredimensionado o no prioritario dentro de las estrategias de desarrollo regional. Es decir, la autoridad administrativa puede impedir celebrar este contrato-ley; 2.- caducidad del anterior en caso de que no se inicien actividades dentro de 2 años desde la fecha de la escritura continente del contrato-ley.

<sup>41</sup> LÓPEZ, 143 destaca que *unas veces la garantía de inmutabilidad de los beneficios es indefinida (zonas francas); en otras es temporal (Leyes N° 18.392 y N° 19.149)*. Al mismo tiempo destaca que, según Jorge Magasich Huerta, los contratos-leyes son válidos, pero nunca se pueden garantizar los beneficios por tiempo indefinido. MAGASICH 1971, 149 y ss.

f) Modificar el artículo 36 del Decreto Ley N° 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, calificando de exportadores a las empresas no constituidas en Chile que exploten naves que recalen en los puertos de las regiones I, XI y XII, que anteriormente favorecía solo a los puertos de la I Región y Punta Arenas; adicionando al tratamiento de exportación a los servicios portuarios y de transporte;

g) Derogar la letra g) del artículo 37 del Decreto Ley N° 825, antes referido, que gravaba con un impuesto adicional a la primera venta o importación de yates.

La norma contempla dos beneficios:

a) El crédito tributario en contra del Impuesto de Primera Categoría; y

b) La dispensa sobre los pagos provisionales mensuales para aquellos contribuyentes que, con ocasión del referido crédito, su impuesto a la renta sea absorbido total o parcialmente, sin que deban efectuar desembolsos para cubrir su importe. Respecto del crédito tributario, este corresponde a una fracción del valor de las erogaciones que superen las 500 unidades tributarias mensuales en bienes sujetos al beneficio, situándose en el 32% por la inversión de hasta 200.000 unidades tributarias mensuales; 15% por aquella parte que rebase dicho límite y no supere de 250.000 unidades tributarias mensuales; y 10% por la porción excedente; sin perjuicio que el máximo a impetrar por el contribuyente será de 80.000 unidades tributarias mensuales. En lo que se refiere a la suspensión total o parcial de los pagos provisionales mensuales cuando el crédito estimado de Ley Austral para el ejercicio, exceda o sea igual del promedio de Impuesto a la Renta de Primera Categoría determinado por el contribuyente durante los tres años, la suspensión será total; en caso contrario, la suspensión será de hasta por un monto equivalente al 25% de los desembolsos totales destinados a las inversiones sujetas al beneficio.

La Ley señala tres tipos de beneficiarios del crédito:

a) Quienes efectúen inversiones en bienes físicos del activo inmovilizado que correspondan a construcciones, maquinarias y equipos, incluyendo los inmuebles destinados preferentemente a su explotación comercial con fines turísticos directamente vinculados con la producción de bienes o la prestación de servicios del giro o actividad del contribuyente, adquiridos nuevos o terminados de construir en el ejercicio;

b) Quienes inviertan en activos físicos nuevos o usados reacondicionados importados sin anterior registro en el país, que corresponda a: 1. Embarcaciones y aeronaves destinadas exclusivamente a servicios de o turismo en la zona al sur del paralelo 41° o aquella comprendida entre los paralelos 20° y 41° latitud sur y los meridianos 80° y 120° longitud oeste, que operen servicios regulares o de turismo que incluyan en la provincia de Palena, la XI o la XII regiones; y 2. Remolcadores y lanchas, destinadas a prestar servicios a naves en la provincia de Palena XI o la XII regionales; y

c) Quienes inviertan en la construcción de edificaciones destinadas a actividades productivas o de prestación de servicios educacionales, de salud o de almacenaje, y las destinadas a oficinas o al uso habitacional que incluyan o no locales comerciales, estacionamientos o bodegas. Por otro lado, los bienes incorporados al proyecto de inversión deben estar adquiridos o terminados de construir hasta el 31 de diciembre de 2035, mientras el crédito tributario podrá ser recuperado hasta el año 2055, lo que se traduce en la posibilidad de sumar inversiones hasta la fecha señalada y la facultad de arrastrar los remanentes del crédito tributario, únicamente hasta la operación renta del Año Tributario 2055, perdiendo el derecho de impetrar los saldos sin utilizar, luego de esa declaración<sup>42</sup>.

4. Ley "Arica" (N° 19.420)<sup>43</sup>: Esta Ley fue publicada el 12 de octubre de 1995 y beneficia a las zonas de Arica y Parinacota. Se establecen beneficios tributarios y aduaneros. Respecto de los últimos, el párrafo segundo de esta ley (Artículos 10 al 18), establece los "centros de exportación". Éstos son recintos, ubicados en las provincias favorecidas, destinados al ingreso, depósito y comercialización al por mayor de mercancías, las que, mientras permanezcan allí, no están gravadas con ningún tipo de tributo aduanero ni impuestos del Decreto Ley N° 825 de 1974. Tampoco se les aplican los gravámenes del Decreto Ley N° 828 de 1974, ni el impuesto del artículo 11 de la Ley N° 18.211<sup>44</sup>. Los centros de exportación son entregados en administración por el Estado a los particulares a través de un procedimiento de licitación. En el territorio donde la norma tiene vigencia existe una presunción de extraterritorialidad<sup>45</sup>, establecida por el artículo 11 inc. 2, el que señala que "mientras las mercancías permanezcan en un centro de exportación se considerarán como si estuvieran en el extranjero y, en consecuencia, no estarán afectas al pago de los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que se perciben por intermedio de las Aduanas, incluida la Tasa de Despacho establecida por la Ley N° 16.464 y sus modificaciones, como tampoco a los impuestos del Decreto Ley N° 825, de 1974, al impuesto del artículo 11 de la Ley N° 18.211, ni a los impuestos del Decreto Ley N° 828, de 1974." Por lo anterior, las mercancías que ingresan a dicha zona, no obstante encontrarse dentro del territorio nacional, se entiende que aún son extranjeras y por ello se encuentran libres de gravámenes aduaneros.

<sup>42</sup> FLIES y GARCÍA 2022, 156 y ss.

<sup>43</sup> Esta ley tiene como norma complementaria el Decreto Supremo de Hacienda N° 603 de 1996.

<sup>44</sup> El artículo 11 de la Ley N° 18.211 establece un impuesto único del 5.9% *ad valorem* a la introducción de mercancías a zonas francas. Este tributo sirve de abono al arancel e impuestos aplicables a la importación de la mercancía al resto del país y se devuelve en caso de ser reexportada.

<sup>45</sup> A diferencia de la zona franca, la presunción de extraterritorialidad consagrada por la Ley N° 19.420 tiene alcance parcial, ya que el inc. 1 del artículo 11 reduce el beneficio sólo a materias primas, partes y piezas extranjeras originarias y procedentes de otros países sudamericanos. no se extiende el beneficio a las mercancías procedentes de países que no sean sudamericanos.

5. *Zonas francas de Iquique y Punta Arenas* (Decreto con Fuerza de Ley N° 431 de 1977)<sup>46</sup>: Este cuerpo normativo fija el texto refundido y coordinado de los Decretos Leyes N°s 1.055 y 1.233 de 1975, 1.611 de 1976 y 1.698 de 1977, sobre zonas y depósitos francos. Por zona franca se entiende “el área o porción unitaria de territorio perfectamente deslindada y próxima a un puerto o aeropuerto amparada por presunción de extraterritorialidad aduanera. En estos lugares las mercancías pueden ser depositadas, transformadas, terminadas o comercializadas, sin restricción alguna”. En otras palabras, la zona franca es una parte del territorio nacional donde no rige el régimen aduanero del Estado y, en consecuencia, se encuentra liberada del sistema tributario interno. En cambio, el depósito franco es “el local o recinto unitario, perfectamente deslindado (próximo a un puerto o aeropuerto) amparado por presunción de extraterritorialidad aduanera, en el cual las mercancías extranjeras podrán ser sometidas a las operaciones<sup>47</sup> señaladas en el inciso primero del Artículo 11 del Decreto Ley N° 1.055, de 1975”. Actualmente hay dos zonas francas en Chile: Iquique y Punta Arenas. En éstas el estímulo a la exportación consiste básicamente en la “presunción de extraterritorialidad”<sup>48</sup> que afecta a dichas zonas. En virtud de ella las mercancías que ingresan, no obstante encontrarse dentro del territorio nacional, se entiende que aún son extranjeras y por ello se encuentran libres de gravámenes aduaneros<sup>49</sup>. Mientras permanezcan allí estos productos pueden ser depositados, transformados, terminados o comercializados, sin restricción alguna, pudiendo después re-exportarse, de este modo la incorporación de insumos está libre de tributos aduaneros e IVA. A diferencia de los regímenes de las Leyes 18.392, 19.420 y 19.149, el sistema de zona franca es permanente y no temporal.

6. *Ley “Pascua”* (N° 16.441): La Ley Pascua persiguió incorporar al pueblo *rapa nui* al Estado chileno. La Isla de Pascua antes de 1966 perfectamente podría haberse considerado una “colonia” desde el punto de vista del derecho internacional. Esta norma puede perfectamente insertarse en el proceso global de descolonización de la post guerra. Es el único territorio chileno que la Constitución vigente reconoce como “especial”; desde el año 2007 el artículo 126 bis de la Constitución encomienda a una Ley Orgánica Constitucional el régimen de gobierno y administración

<sup>46</sup> Este Decreto Ley tiene como norma complementaria el Decreto Supremo de Hacienda N° 1.355, de 1975 que fija el Reglamento de Zonas y Depósitos Francos.

<sup>47</sup> Las mercancías extranjeras podrán ser objeto de los actos, contratos y operaciones que se enuncian sólo a título ejemplar: depositadas por cuenta propia o ajena; exhibidas; desempacadas; empacadas; envasadas; etiquetadas; divididas; reembaladas; comercializadas. Además, podrán ser objeto de otros procesos tales como: armaduría, ensamblado, montaje-terminado, integración, manufacturación o transformación industrial (actual artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley N° 341).

<sup>48</sup> Decreto Ley N° 1055, de 1975. Art.2. letra b)

<sup>49</sup> No obstante, el Artículo 25 de la norma comentada señala que la introducción de mercancías extranjeras a las Zonas Francas estará afectada al pago de un impuesto único del 3% *ad valorem*, que ingresar a las Rentas Generales de la Nación y que se recaudará en la forma y oportunidad que señale el Reglamento.

de la Isla de Pascua. Esta ley trata variadas materias administrativas, civiles, tributarias y penales<sup>50</sup>. En cuanto al tema que nos ocupa, las franquicias tributarias, se reconocen una serie de beneficios a la Isla de Pascua y sus habitantes. Nuestros Tribunales han interpretado estas exenciones de forma amplia considerando la forma general en que el constituyente de 1980 establece la garantía de la legalidad de los tributos en comparación con la Constitución de 1925, bajo cuya vigencia se dictó la Ley Pascua<sup>51</sup>. En la causa *Alberto Hotus Chávez con Gobernador de Hanga Roa (1989)*<sup>52</sup>, nuestro Máximo Tribunal señala que el Artículo 41 de la Ley Pascua exime a los habitantes de la Isla de “*todo impuesto o gravamen*”. Eso significa que el legislador tuvo siempre presente las costumbres y las condiciones imperantes en el territorio insular, lo que justificaba el no pago de impuestos y contribuciones. Según la Corte, la expresión “*gravamen*”, en un sentido amplio, comprende cualquiera obligación tributaria, aún aquella que nace de un hecho voluntario, quedando comprendida en ella la prestación pecuniaria que el Estado exige

<sup>50</sup> Aparte de reconocer ciudadanía a los indígenas se les otorga determinados beneficios, como prioridad en los cargos públicos que sirven en la isla. En materia penal, el famoso artículo 13 mitigaba la pena de los delitos contra la libertad sexual y moralidad pública, y también contra la propiedad cometidos por nativos (*ratio personae*) dentro de la isla (*ratio loci*): se imponía la pena inferior en un grado al mínimo señalados por la ley. El artículo 14 señalaba que, en caso de penas de cárcel por cualquier clase de delitos, hasta dos tercios podrán cumplirse fuera del establecimiento carcelario. Estas normas se justificaban en la época de dictación de la ley porque en las culturas polinésicas la propiedad y la moral sexual tenían una connotación diferente al de la cultura occidental, lo que explicaba sanciones menos severas. Indudablemente también se consideraba el aislamiento y la falta de medios de comunicación hacían difícil la difusión de los estándares occidentales. Por eso, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales ambas normas en sentencia de 29 de enero de 2021, Rol N° 8792-20. En materia de juicios civiles destaca una forma de tramitación muy simplificada y la mayor latitud para apreciar la prueba. Hay que tener presente que Ley Indígena y el Convenio OIT N° 169 también se aplican a la etnia *rapa nui*, con lo cual aún podrían existir atenuantes y beneficios atendido el pluralismo jurídico, el cumplimiento de las penas en libertad y los peritajes antropológicos. En materias no penales, este tratado internacional amplía los derechos de los *rapa nui* respecto a la consulta indígena; los derechos territoriales; y los derechos referentes al desarrollo económico, social y cultural.

<sup>51</sup> El artículo 10 de la Constitución de 1925, declaraba: “*Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 9.- La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley; y la igual repartición de las demás cargas públicas. Sólo por ley pueden imponerse contribuciones directas o indirectas, y, sin su especial autorización, es prohibido a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, en forma voluntaria, o de cualquier otra clase*”. Por su parte el artículo 19 de la Constitución de 1980, dispone que: “*La Constitución asegura a todas las personas: 20.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas...*”. La norma actual parece ser más precisa que la establecida en la Constitución de 1925, pues se refiere a los tributos, englobando impuestos, tasas y contribuciones. De otro lado, la Constitución de 1925 se refería a “*haberes*”, terminado bastante poco concreto. En atención a esto, resulta más adecuada la actual Carta Constitucional cuando emplea la expresión “*en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley*”.

<sup>52</sup> Rol N° 14.145-1989, en *Revista Fallos del Mes* Nr. 367 (junio, 1989), págs. 237-ss. Apelación de recurso de protección, Corte Suprema.

a quien hace uso actual de servicios públicos, llámese derechos o tasas<sup>53</sup>. Por lo tanto, el Gobernador Marítimo de Hanga Roa no puede dictar un acto administrativo que disponga la cancelación de derechos por la extracción de arenas y ripios por parte de habitantes de la Isla Pascua sin violar la Ley N° 16.441. En el mismo sentido, "*Alberto Hotus con Subsecretaria para las FFAA (2014)*"<sup>54</sup>, sobre cobro de derechos de concesión marítima otorgados a los residentes de la Isla, entre ellos indígenas del pueblo *rapa nui*. La Corte de Apelaciones de Santiago señala que el espíritu del legislador al dictar la Ley Pascua estaba dirigido a evitar que se gravaran con cualquier tipo de impuesto o tasa las actividades que se desarrollaran en la Isla, el cual naturalmente incluye a su mar adyacente. En materia de impuestos directos, el Artículo 41 señala que los bienes situados en dicha comuna y las rentas provenientes de ellos o de actividades desarrolladas en la Isla estaban exentos de impuestos o contribuciones, incluso la contribución territorial y de los demás gravámenes que establezca la legislación actual o futura. Esto fue derogado parcialmente por artículo 1 inc. 1 de la Ley N° 17.073, respecto del Impuesto Global Complementario, vale decir, se debía pagar el referido tributo. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del Artículo 2 de la Ley N° 20.809, ya no existe una exención de impuestos sobre las rentas provenientes de los bienes situados en Isla de Pascua o de actividades desarrolladas en ese territorio, sino que éstas son consideradas ingresos no constitutivos de renta<sup>55</sup>, pero acotadas a las personas naturales domiciliadas o residentes en la isla. Así también, el inc. 2 del artículo 2 del referido cuerpo legal, confiere el mismo carácter (el de ingreso no-renta) a los ingresos que provengan de servicios prestados por contribuyentes sin domicilio o residencia en Isla de Pascua a personas o entidades domiciliadas o residentes en ese territorio, relacionadas con bienes o actividades desarrolladas allí<sup>56</sup>. En mate-

<sup>53</sup> Como señalábamos, la Constitución de 1980 asegura la igual repartición de los tributos. Esta expresión abarca los impuestos, tasas y contribuciones. Cuando la ley se refiere a tasas y derechos, apunta a dos situaciones jurídicas distintas. Las tasas son un tipo de tributo. Por su parte, los derechos, son pagos que exige el Fisco como contraprestación a la satisfacción de alguna necesidad de los ciudadanos, pero cuya naturaleza jurídica no es la de un tributo.

<sup>54</sup> *Alberto Hotus Chavez, presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui con Gabriel Gaspar Tapia, subsecretario para las Fuerzas Armadas, Ministerio de Defensa Nacional (2014)*. La Corte Suprema, en causa Rol 23.040-2014, rechaza la acción por considerarla extemporánea.

<sup>55</sup> Los ingresos no constitutivos de renta se encuentran regulados en el artículo 17 de la Ley de la Renta. Se trata de situaciones establecidas por ley que, aunque signifiquen incrementos de patrimonio, quedan excluidos de toda tributación. Esa es la gran diferencia con las rentas exentas, toda vez que una renta puede estar exenta del Impuesto de Primera Categoría, pero afecta a Impuesto Global Complementario.

<sup>56</sup> La normativa tributaria establecida para la Isla de Pascua, ¿establece un paraíso fiscal? Esta situación apunta a territorios cuya legislación relativa a impuestos es especialmente favorable para aquellos inversores no residentes en él y que depositan allí su capital o establecen sociedades. Por lo general estos territorios permiten que los capitales extranjeros allí depositados no tengan que hacer frente al pago de tasas ni impuestos, o, en el caso de que deban de cumplir con obligaciones fiscales, estas sean comparativamente mucho más ventajosas que en sus países de origen. Además, otra característica propia de los paraísos fiscales es su opacidad. La existencia de normas que impiden el envío de información a otros países garantiza que los propietarios de los capitales allí depositados no tendrán que rendir cuentas por ellos en sus países de origen. Según

ria de impuestos indirectos, los domiciliados en la Isla están exentos de IVA), según el artículo 4 del Decreto Ley N° 1.244 de 1975.

## Conclusiones

La actividad de fomento es una de las acciones estatales más importantes del Estado moderno e implica una intervención y una elección de las actividades que se consideran “deseables” y dignas de estímulo. Existen varias formas según las cuales el Estado puede fomentar determinadas actividades. Entre éstas destaca la herramienta tributaria, que puede asumir variadas formas. Una de ellas es establecer beneficios impositivos a determinadas zonas, básicamente por motivos de aislamiento geográfico. Esta herramienta tiene por objeto alcanzar un principio básico en el derecho público: el desarrollo armónico y equitativo de sus territorios, sobre todo en aspectos de desarrollo económico y poblacional. Debido a que establece un privilegio, estos beneficios sólo pueden otorgarse por ley. El desarrollo armónico como objetivo establecido por la ley justifica este trato diferenciado.

Nuestro sistema jurídico contempla varias zonas bajo estos regímenes de excepción, denominadas por la Ordenanza de Aduanas como “zonas afectas a regímenes especiales”, “zonas afectas a tratamientos tributarios preferenciales”, “zonas de tratamiento aduanero especial” o “zonas liberadas”. Su objetivo es fomentar el desarrollo y poblamiento de regiones extremas, mediante el otorgamiento de compensaciones por las dificultades que significa vivir en lugares alejados de los centros de producción y consumo.

El establecimiento de estos estatutos más favorables, son permitidos por la Constitución de 1980, en la medida que no se infrinja el principio de igualdad, prohibiéndose la discriminación arbitraria. Al efecto, el artículo 19 N° 22 inc. 1 de la Constitución establece como garantía “La no-discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.” A su vez, el inc. 2 señala: “Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras.

---

la OCDE (2 de noviembre de 2011) se utilizan cuatro factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal: (1) Si la jurisdicción no impone impuestos o estos son solo nominales. La OCDE reconoce que cada jurisdicción tiene derecho a determinar si imponer impuestos directos. Si no hay impuestos directos, pero sí indirectos, se utilizan los otros tres factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal; (2) Si hay falta de transparencia; (3) Si las leyes o las prácticas administrativas no permiten el intercambio de información para propósitos fiscales con otros países en relación a contribuyentes que se benefician de los bajos impuestos; y (4) Si se permite a los no residentes beneficiarse de rebajas impositivas, aun cuando no desarrollen efectivamente una actividad en el país. Ciertamente, en el listado de la OCDE no aparece como paraíso fiscal la Isla de Pascua. En Chile en virtud de lo dispuesto en el Artículo 41 H, el Servicio de Impuestos Internos dictó la Resolución 55, de 5 de julio de 2018, que establece la nómina de estados considerados paraísos fiscales (la disposición legal se refiere a territorio o jurisdicción que tiene un régimen fiscal preferente).

En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

Las instituciones de derecho tributario que se utilizan al efecto son las exclusiones, franquicias y exenciones. Las últimas consisten en una liberación del impuesto en virtud de una norma legal especial. Son utilizadas por el legislador, con diversas finalidades, especialmente de incentivo del desarrollo de conductas o el cumplimiento de principios de justicia tributaria. Este trato excepcional se aprecia, por ejemplo, en el fomento de las exportaciones en el IVA. Las zonas de tratamiento tributario especial son también un trato excepcional pero justificado.

### Bibliografía citada

- ASTE MEJÍAS, Christian (2006). *Curso sobre Derecho Tributario y Código Tributario*. Lexis-Nexis. Santiago de Chile.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Tercera edición. Comares.
- ASTE MEJÍAS, Christian (2006). *Curso sobre Derecho Tributario y Código Tributario*. Lexis-Nexis. Santiago de Chile.
- CANGAS L., Lucía y MARTINI G., Hernán (1989). *Manual de Incentivos a las Exportaciones*. Banco de Chile.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1994). *La Intervención Administrativa*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (1999). Draw-back y tributos al comercio exterior chileno. *Revista Chilena de Derecho* 26, 549.
- DROMI, José Roberto (1992). *Derecho Administrativo Tomo II*. Astrea.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. Ediciones Universidad Católica.
- FERNÁNDEZ BARROS, Patricio (19689). *El Fomento de las Exportaciones*. Editorial Jurídica de Chile.
- FLIES AÑON, Anggie y GARCÍA CASTILLO, Christian (2022). *Franquicias Tributarias para zonas extremas y territorios especiales*. Editorial Thomson Reuters.
- GIANNINI ARCHILLE, Donato (1957). *Instituciones de Derecho Tributario*. Editorial de Derecho Financiero.
- GUAITA, Aurelio (1970). *Derecho Administrativo Especial Tomo II*. Librería General.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos* (48), 41-54.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1986). *Los Contratos, parte general*. Editorial Jurídica de Chile.
- MAGASICH HUERTA, Jorge (1971). El poder tributario y los contratos-leyes sobre exenciones tributarias. *Revista de Ciencias Jurídicas* 2, 149 y siguientes.
- MAGASICH HUERTA, Jorge (1971). El poder tributario y los contratos-leyes sobre exenciones tributarias. *Revista de Ciencias Jurídicas* (2), 149.
- MAGENDZO DUKES, Nicole (2022). *La Igualdad Tributaria en el régimen constitucional chileno*. Editorial Libromar.
- MARTÍN MATEO, Ramón y SOSA WAGNER, Francisco (1974). *Derecho Administrativo Económico*. Editorial Pirámide.
- MARTIN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. y CASADO OLLERO, G. (2015). *Curso de derecho financiero y tributario*. Editorial Tecnos. Madrid.
- MARTIN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José y CASADO OLLERO, Gabriel (2015). *Curso de derecho financiero y tributario*. Editorial Tecnos, Madrid.
- MARTÍN-RETORNILLO BAQUER, Sebastián (1991). *Derecho Administrativo Económico. Tomo II*. Marcial Pons.
- MARTÍN-ROTERTILLO BAQUER, Sebastián (1991). *Derecho Administrativo Económico*. La Ley.

- MASSONE PARODI, Pedro (1969). *Principios de derecho Tributario*. Editorial Libromar.
- MASSONE PARODI, Pedro (1995). *El Impuesto a las Ventas y Servicios*. Editorial EDEVAL. Valparaíso.
- PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR (1995), Antonio. *Apuntes de Teoría General del Derecho, Capítulo IV: Las Directivas Jurídicas*. Central de Apuntes. Universidad Valparaíso.
- PÉREZ ROYO, Fernando y CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco (2022). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General. 32 Edición*. Civitas Thomson Reuters. Navarra.
- RETORTILLO, Sebastián Martín (1991). *Derecho Administrativo Económico. Tomo II*. Marcial Pons.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando (1990). *Lecciones de Derecho Tributario*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid.
- VALDÉS COSTA, Ramón, (1996). *Instituciones de Derecho Tributario*. Editorial De Palma. Buenos Aires.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1954). Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *Revista de Administración Pública* (14), 11-122.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 16 de mayo de 2000 (Chile).
- Código del Trabajo [CT]. Decreto N° 1 de 2002 [con fuerza de ley]. 31 de julio de 2002 (Chile).
- Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 19.696 de 2000. 29 de septiembre de 2000 (Chile).
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 19.175, orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional. 8 de agosto de 2005. D.O. No. 38.306.
- Decreto Ley N° 824 de 1974 [Ministerio de Hacienda]. Aprueba texto que indica de la ley sobre impuesto a la renta. 27 de diciembre de 1974.
- Decreto Ley N° 1.678 de 1977 [Ministerio de Hacienda]. Declara exentas de derechos, tasas y demás gravámenes o impuestos que afectan la importación de implementos y motores destinados a la pesca artesanal. 4 de enero de 1977.
- Decreto N° 341 de 1977 [Ministerio de Hacienda]. Aprueba texto refundido y coordinado Decretos Leyes N°s 1.055 y 1.233, de 1975; 1.611, de 1976, y 1.698, de 1977. 25 de octubre de 1977.
- Decreto Supremo N° 939 de 1995 [Ministerio de Justicia]. Concede personalidad jurídica y aprueba estatutos a corporación para el desarrollo provincial de última esperanza, CORDEP última esperanza. 14 de septiembre de 1995.
- Ley N° 18.392 de 1985. Establece un régimen preferencial aduanero y tributario para el territorio de la XII Región de Magallanes y de la Antártica chilena, por un plazo de 25 años. 10 de enero de 1985. D.O.
- Ley N° 19.149 de 1992. Establece régimen aduanero y tributario para las comunas de porvenir y primavera de la provincia de Tierra del Fuego, de la XII Región de Magallanes y de la Antártica chilena, modifica Decreto Supremo N° 341, de 1977, del Ministerio de Hacienda y otros cuerpos legales. 23 de junio de 1992. D.O. No. 34.308.
- Ley N° 19.420 de 1995. Establece incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota y modifica cuerpos legales que indica. 23 de octubre de 1995.
- Ley N° 17.238 de 1969. Franquicias tributarias para la importación de bienes pertenecientes a las personas que señala. 13 de noviembre de 1969. D.O. No. 27.503.
- Ley N° 19.606 de 1999. Establece incentivos para el desarrollo económico de las regiones de Aysén y de Magallanes, y de la provincia de Palena. 30 de marzo de 1999. D.O. No. 36.338.
- Ley N° 16.441 de 1966. Crea el departamento de Isla de Pascua. 22 de febrero de 1966. D.O. No. 26.378.

## Jurisprudencia citada

*Alberto Hotus Chavez, presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui con Gabriel Gaspar Tapia, subsecretario para las Fuerzas Armadas, Ministerio de Defensa Nacional* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2014 (Rol N° 15.831-2014). Primera Sala. [Recurso de Protección].

*Alberto Hotus Chavez, presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui con Gabriel Gaspar Tapia* (2014): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2011 (Rol N° 23.040-2014). Tercera Sala. [Apelación Protección].

*Alberto Hotus Chavez, presidente del Consejo de Ancianos de Rapa Nui con Gobernador de Hanga Roa* (1989): Revista Fallos del Mes N° 367 (junio, 1989), págs. 237 y siguientes (Rol N° 8792-2020).

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alex Mauricio Guzmán Manríquez, Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el marco del proceso penal RUC N° 1901075741-2, RIT N° 426-2019, seguido ante dicho Tribunal: Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021 (Rol N° 8792-2020). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].



# El Sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek: Impacto y actualidad en el Derecho administrativo<sup>1</sup>

The System of Subjective Public Rights by Georg Jellinek: Impact and relevance in Administrative Law

Alejandro Vergara Blanco<sup>2</sup>

Georg Jellinek (1851-1911) es reconocido por su teoría acerca del “Sistema de los derechos públicos subjetivos”, a partir de la cual el individuo solo por el hecho de pertenecer a un Estado es titular de derechos públicos subjetivos. Si bien esta idea fue controversial, provocando la crítica de autores contemporáneos alemanes y extranjeros, en la actualidad se ha destacado su aporte dentro del derecho constitucional y administrativo, consagrándose tanto judicialmente como legalmente. Así, el fenómeno de la *subjetivización* del derecho administrativo se basa en la posibilidad que tiene el ciudadano de exigir el resguardo de sus derechos dentro del contencioso administrativo.

Georg Jellinek (1851-1911) is recognized for his theory of the “System of subjective public rights”, according to which the individual, just because he belongs to a State, is the holder of subjective public rights. Although this idea was controversial, provoking the criticism of contemporary German and foreign authors, its contribution to constitutional and administrative law has now been highlighted, being enshrined both judicially and legally. Thus, the phenomenon of subjectivization of administrative law is based on the possibility of the citizen to demand the protection of his rights within the administrative litigation.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Por su interés para la disciplina del Derecho administrativo, publicamos el *Estudio preliminar* contenido en la reciente traducción al castellano del *Sistema de los derechos públicos subjetivos* de Georg Jellinek (editada por Tirant lo Blanch, Valencia, España). Agregamos, en esta edición, en un listado al final, la bibliografía citada.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Post Doctorado en Derecho por la Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Profesor Titular de Derecho administrativo y de Teoría y Fuentes del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl.

Artículo recibido el 15 de septiembre de 2023 y aceptado el 3 de noviembre de 2023.

**Palabras clave:** derecho administrativo, derechos públicos subjetivos, positivismo, contencioso administrativo. **Keywords:** administrative law, subjective public rights, positivism, administrative litigation.

Georg Jellinek (1851-1911) publicó en 1892 por vez primera su *System der subjektiven öffentlichen Rechte (Sistema de los derechos públicos subjetivos)*; en 1905 publicó una segunda edición, en que apenas retoca la primera. En este libro fundamental de la dogmática alemana de fines del s. XIX, se refiere el autor a la relación entre la persona y el Estado y desarrolla su famosa teoría de los derechos públicos subjetivos, la que es coherente con su también famosa concepción del Estado como persona jurídica. Son también conocidos sus postulados relativos a la teoría general del Estado, a los que dio forma en su difundida obra posterior *Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado)* publicada en 1900, cuya 2ª edición se publicó en 1911 y se tradujo al castellano en 1913.

### Creador de la idea de Corte Constitucional

Hay otro antecedente que recordar de Jellinek: él fue el primero en proponer un sistema de justicia constitucional para el imperio austrohúngaro, en un folleto de 1885, en que proponía el aumento de las atribuciones del Tribunal del Imperio, de manera de establecer una verdadera corte constitucional. Su influencia teórica en este aspecto sobre las ideas posteriores de Kelsen pareciera ser usualmente olvidada, "partiendo por el mismo Kelsen"<sup>3</sup>. Es expresivo el folleto de Jellinek: *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Una Corte constitucional para Austria)*, de 1885, en cuyo capítulo VI propone transformar al tribunal del Imperio como "Corte constitucional", y desarrolla ampliamente la materia tomando el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>4</sup>.

### El Sistema de los derechos públicos subjetivos

Pero la construcción jurídica más célebre de Jellinek, sin lugar a duda, es su teoría de los *status* (estatus o estados) y de los derechos públicos subjetivos que de esas posiciones sociales se derivan para los ciudadanos (o *individuos*, en la típica expresión alemana de la época) la que desarrolla en su *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, el que ahora traducimos desde su versión italiana y al que este breve estudio preliminar sirve de frontispicio.

#### I. Las teorías de Jellinek: los *status* y los derechos públicos subjetivos

A fines del s. XVIII y a lo largo del s. XIX, las declaraciones de derechos y deberes de los ciudadanos fueron redactadas en el texto mismo de las cons-

<sup>3</sup> HERRERA 1997, 85.

<sup>4</sup> Véase la presentación de su traducción italiana por Elisabetha Palici di Suni, 2013 y el trabajo de esta autora: *La giustizia costituzionale secondo Georg Jellinek*, en: *Studi in onore di Aldo Loiodice*, BARI 2012, 1301 ss.

tituciones, adquiriendo así la condición de normas jurídicas fundamentales; a ellas se añadían leyes complementarias tendentes a su protección y a afirmar las garantías del ciudadano consideradas como indispensables frente al poder de los órganos del Estado. Siguiendo una formulación usual, puede decirse que las categorías denominadas como 'derechos fundamentales' y 'libertades públicas' responden a orígenes diversos y a tradiciones culturales diferentes. El primero de estos conceptos, los 'derechos fundamentales', apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los *Grundrechte* (derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado. El otro concepto, la 'libertad pública' (escrito en singular), aparece también en Francia, siendo utilizado de forma expresa en las constituciones de 1793 y 1814. Las 'libertades públicas' (ahora escrito en plural), en su formulación clásica, son de ámbito más restringido que los derechos fundamentales, con los cuales estarían en una relación de género y especie. Tales 'libertades públicas' son más específicas y presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer cierto número de actividades determinadas; así: Por una parte, son 'libertades' porque permiten actuar sin coacción; y, por otra, son 'públicas' porque corresponde a los órganos del Estado –titular de la soberanía– respetarlas y garantizarlas. Estas 'libertades públicas' suponen una amplia autonomía para los ciudadanos y al tiempo conllevan obligaciones del Estado; en algunos casos constituyen obligaciones negativas en cuanto implican por lo común un cierto deber de abstención, si bien en algunas ocasiones comportan obligaciones secundarias positivas. Los derechos fundamentales pareciera que son algo más. En medio de este desarrollo dogmático es que Jellinek propone una nueva teorización jurídica de los derechos fundamentales a través de una nueva terminología para referirse a ellos. Al respecto, Aldunate<sup>5</sup>, uno de los poquísimos autores chilenos que entre nosotros se ha referido a esta teorización de Jellinek, afirma que los derechos públicos subjetivos constituyen una "terminología" más de los derechos fundamentales. A su juicio, con ello Jellinek intenta ordenar el sistema de fuentes alemán de la época y precisa que es un concepto de otra *naturaleza*, distinto de los derechos subjetivos privados. Afirmación que es coherente con el desarrollo ofrecido por Jellinek.

#### Contexto dogmático y síntesis de la teoría de los *status*

Podemos recurrir al propio Jellinek quien en su citada *Teoría general del Estado* nos permite conocer el contexto de su teorización sobre los derechos públicos subjetivos, al recorrer el índice y orden de las materias que desarrolla en dicho libro. En efecto, esta obra está dividida en tres libros: un libro primero, dedicado a una Introducción metodológica; un libro segundo, dedicado al análisis sociológico del Estado; y, un libro tercero, dedicado al análisis jurídico

<sup>5</sup> ALDUNATE 2008, 51-55.

del Estado. Es en este último libro que Jellinek incorpora el análisis de cada uno de los tres elementos del Estado: el territorio del Estado; la población del Estado; y, el poder del Estado. Y es en medio del desarrollo del segundo elemento (la *población*) que Jellinek incorpora su teoría de los derechos públicos subjetivos y de los *status*, analizando así al *pueblo* en su aspecto subjetivo. En otras palabras, según el autor, los derechos públicos subjetivos consistirían en una esfera de derecho público reconocida por el Estado a toda su *población*. Es significativa entonces la ubicación sistemática en que Jellinek sitúa la teorización de los *status*: quiere decir que cada individuo del pueblo es, por ese sólo hecho, titular de derechos públicos subjetivos.

Veamos ahora la síntesis de la teorización de los *status* que el propio autor ofrece en su *Teoría general del Estado* (cito según su edición castellana de 1913). Parte señalando que el derecho solo es posible entre sujetos de derecho, y que "sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio"<sup>6</sup>. Agrega que "la capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico debido a sus intereses personales crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho al individuo, un derecho subjetivo"<sup>7</sup>. Precisa que "estos [los derechos públicos subjetivos] se diferencian esencialmente de los derechos subjetivos privados en que se fundan inmediatamente en la personalidad, y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma" (...): son "facultades que el orden jurídico directamente reconoce a los individuos"<sup>8</sup>. Agrega que toda exigencia de derecho público nace de una determinada "*posición*" de la persona respecto al Estado, posición que él designa como un *status*<sup>9</sup>. Los derechos públicos, dice, en fin, son *derivaciones* de los *status* positivo, negativo y activo; introduce además un cuarto *status*: el pasivo; todos de la personalidad.

Los derechos públicos subjetivos en el *System*. Su definición

Pero una descripción más completa de los *status* se puede encontrar en el *System*, que ahora traducimos.

Para Jellinek (*System*, § 4) el *derecho subjetivo* puede definirse en términos generales como: "La potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto está dirigida a un bien o a un interés"; agrega que es la "capacidad de poner en movimiento las normas (derecho objetivo) en beneficio individual". En esto Jellinek sigue a Rudolf von Jhering (1818-1892), el que había afirmado en su *El espíritu del derecho romano* (1852-1865), que los derechos subjetivos "son intereses jurídicamente protegidos". Existe una evidente conexión genética entre ambas concepcio-

<sup>6</sup> JELLINEK 1913, 387.

<sup>7</sup> JELLINEK 1913, 387.

<sup>8</sup> JELLINEK 1913, 387.

<sup>9</sup> JELLINEK 1913, 388.

nes y definiciones (cabe recordar que Jellinek dedica el *System* a Jhering, tal como deja constancia en el prefacio de la primera edición alemana).

Un nuevo lenguaje para significar las *posiciones* de los individuos

Pero es posible revisar con más detalle la descripción que Jellinek realiza de los cuatro *status* en su *Sistema de los derechos públicos subjetivos*. A su juicio, la persona de frente al Estado [a los órganos del Estado, podríamos decir hoy con más precisión] puede encontrarse en alguno o algunos de los siguientes cuatro *status*: i) en un estatus pasivo: *status subjectionis*; ii) en un estatus negativo: *status libertatis*; iii) en un estatus positivo: *status civitatis*, y iv) en un estatus activo: *status activae civitatis*, de la ciudadanía. Jellinek prefiere no referirse a "derechos", porque seguramente le resulta muy amplio o ambiguo, dado lo polisémico de dicha expresión; además, en derecho público no se habla de "derechos y obligaciones", lenguaje más apropiado para las relaciones propias del Derecho civil. El autor opta por nuevos conceptos, de ahí que elige, tomando como modelo el derecho antiguo, el concepto de *status*; esto es, *posiciones* o *condiciones* de un ciudadano en la sociedad. En buena medida, la perennidad de la teorización de Jellinek se ha producido por estas ingeniosas denominaciones: es un nuevo lenguaje el que inaugura para mejorar así la comprensión de la posición del individuo en medio de la sociedad, en su relación con los órganos del Estado.

Descripción de los cuatro *status* de la persona de frente al Estado

Entonces, según Jellinek el individuo, a raíz de su adscripción a un Estado, se encuentra inmerso en una pluralidad de posiciones: *status subjectionis* (estado de sujeción o pasivo); *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) y *status activae civitatis* (estado activo). Estos cuatro *status* o *posiciones* del individuo, en cuanto a su contenido y consecuencias jurídicas, podemos describirlos así:

i) *status pasivo*. Como consecuencia de su subordinación al Estado, el ciudadano se encuentra, en primer lugar, en "estado pasivo" o *status subiectionis*, lo que conlleva para este último una serie de deberes. Este *status* pone a todas las personas en la obligación de obedecer todos los mandatos y prohibiciones dispuestas por el Estado regulador; implica que se está sujeto a la Constitución y a las leyes. Es objeto de estudio de las diversas disciplinas, en especial del Derecho constitucional.

ii) *status negativo*. A todo miembro del Estado pertenece –por otra parte– un rango en el cual es señor absoluto; una esfera libre del Estado, una que excluye el *imperium*: es el estado negativo, también llamado *status libertatis*. Es el estatus de la libertad. Es negativo porque no hay mandatos ni prohibiciones. Los particulares pueden decidir cómo actuar; es la esfera de la autonomía de la voluntad, de la espontaneidad de los particulares. Sólo en ciertos casos la Administración puede entrometerse en los actos entre particulares sujetos al derecho privado, los cuales dirán relación particularmente

con asuntos de orden público o licitud de la actuación privada. Es objeto de estudio de las diversas disciplinas, en especial de derecho privado; también por el Derecho administrativo.

iii) *status positivo*. El Estado, en el cumplimiento de sus deberes, le reconoce al ciudadano la posibilidad de aspirar a que el poder estatal sea ejercido en su favor, en cuanto le concede la facultad de beneficiarse de los servicios que prestan las instituciones estatales. Se está reconociendo así el "estado positivo" o *status civitatis*, que se presenta como el fundamento del conjunto de las prestaciones estatales hechas en interés del individuo. La actividad del Estado, por lo tanto, sólo es posible mediante la acción en beneficio individual de los propios ciudadanos. Este *status positivo* o *status civitatis* es esencial para comprender la posición del administrado de frente a la Administración. No es una situación simplemente pasiva, como aquella en que tiene que aceptar el administrado un mandato o una prohibición; sino que lo coloca en una situación de exigencia de frente a la Administración. Se refiere, entonces, a que el particular está en posición de exigir al Estado o Administración una pretensión positiva; a que puede obtener algo; es, podemos decir, la capacidad jurídicamente protegida para perseguir prestaciones positivas de parte del Estado. Y esta capacidad es, sustantivamente, un poder, un derecho. De ahí que este es el *status* más importante para el Derecho administrativo y es objeto esencial de su estudio e interés.

iv) *status activo*. En fin, se reconoce al individuo la capacidad de obrar por cuenta del Estado; lo promueve a una condición más elevada y cualificada, a la ciudadanía activa. Esta se corresponde con un "estado activo", el *status activae civitatis*, por el que el individuo está autorizado para ejercer los llamados derechos políticos en su más estricto significado. Es el *status* de la ciudadanía, referido al derecho de elegir a los representantes políticos, al derecho a voto. Es estudiado especialmente por el Derecho constitucional.

Con ello, Jellinek propone no solamente un nuevo lenguaje de los derechos fundamentales del individuo, sino también una nueva teorización para comprender la posición del ciudadano, la que mantiene vigencia hasta nuestros días.

## II. Las ideas de Jellinek rompen con la tradición doctrinaria alemana anterior

La teoría de los derechos públicos subjetivos es un hito en el derecho público alemán

El pensamiento de Jellinek marca un hito, pues con sus aportes se abre un nuevo período en la ciencia del derecho público alemán. Si bien su visión es estatocéntrica, es la matriz ideológica liberal de Jellinek lo que lo distancia de la anterior tradición doctrinaria alemana. Se puede llegar a pensar que Jellinek se reconduce al tradicional estatismo autoritario de sus antecesores, representado por las dos cumbres del Derecho público alemán del siglo

XIX: Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) y Paul Laband (1838-1918), pero en verdad la concepción de Jellinek implicó una ruptura con las teorizaciones de ambos autores, en especial con la idea del Estado como persona jurídica dotada de un poder de tal magnitud cuya esencia era la dominación de los individuos. Jellinek, al contrario, le da una importancia superlativa a los derechos públicos subjetivos de los individuos, los que en la tradición de Gerber y Laband estaban reducidos al mínimo, solo en tanto que *reflejos* del acto de autoridad del Estado. Pero la nueva sociedad industrial, a partir de 1890, difícilmente se adapta al viejo aparato del Estado y a esa teoría tradicional que le considera como un dominador exterior de la sociedad.

En efecto, para Gerber y Laband los derechos y libertades fundamentales no son derechos subjetivos, sino solamente normas que el Estado se da a sí mismo. Incluso Otto Mayer (1846-1924), sin perjuicio de ser un gran renovador del derecho público alemán, contemporáneo a Jellinek, en esta cuestión piensa esencialmente lo mismo que Gerber y Laband. La razón es que para ellos los derechos públicos subjetivos no tendrían "objeto" concretamente reivindicable, pues en esa teorización antigua los derechos fundamentales no eran derechos inmediatamente oponibles. Es que para tales autores los derechos fundamentales no eran "subjetivos". Jellinek con su *System*, rompe con ese modelo y postula que los derechos de los individuos son "públicos y subjetivos" y los ostenta cada individuo en su condición de persona, sin necesidad de algún "objeto". Así, el Estado se obliga de frente a los individuos; se autolimita en el acto mismo de autocreación del derecho. De ahí que lo que Jellinek elabora con esto es, en definitiva, la teoría de la *autolimitación* del Estado, rompiendo la tradición anterior.

Jellinek: un jurista positivista y liberal

Jellinek tiene una visión de clara matriz positivista, e insiste repetidamente la idea del derecho positivo como único derecho efectivo, puntualizando que el llamado derecho natural, como derecho pre-estatal y por lo tanto capaz de condicionar y limitar desde fuera al Estado, es una mera "ficción". Posición esta de Jellinek que es explícita en el *System*, pues, como Gerber y Laband, reconocía en el Estado un sujeto soberano, dotado de personalidad jurídica y fuente del Derecho y, como ellos, admitía un único tipo de Derecho: el positivo. En ese sentido, los tres juristas eran exponentes del iuspublicismo alemán de matriz positivista. Pero Jellinek se distanció de esos dos maestros al reelaborar la relación entre Estado e individuo y entre Estado y sociedad, en términos no solamente de sujeción sino también de libertad; de ahí que lo que distingue a Jellinek de Gerber y Laband, y marca una diferencia con el signo conservador y autoritario de ambos, es la inspiración liberal de su pensamiento y doctrina jurídica. En efecto:

i) El Estado en la visión de Gerber tenía una personalidad jurídica y era un sujeto soberano que instauraba con la sociedad civil una relación de "dominio". Así lo afirmaba en su *Grundzüge des deutschen Staatsrechts (Elementos de derecho público alemán)*, de 1865: "... debe concebirse a los hombres

y a la cosa dominada como objeto de derecho de dominación del Estado". De este modo la sociedad civil perdía toda autonomía de frente al Estado.

ii) En el caso de Laband, legitimaba con nueva fuerza la subordinación de la sociedad civil al Estado. Esta subordinación en Laband procedía de su concepción del derecho. Decía: "(Los derechos fundamentales) no fundan derecho subjetivo alguno del ciudadano; ellos no son derechos pues no tienen objeto alguno". Así, lo afirma en su *Das Staatsrecht des deutschen Reiches (Derecho público del Imperio Alemán)*, de 1876.

Como se ve, las doctrinas jurídicas de Gerber y Laband estaban impregnadas de ideas extremadamente conservadoras y coincidían con la legitimación del imperio Guillermino (cuyo apogeo se inicia en 1890). Pero en su formulación Jellinek muestra su matriz ideológica liberal y su distancia con ese período conservador.

### III. Impacto inicial de la teorización de los *status* y de los derechos públicos subjetivos

La inmediata y amplia reacción doctrinaria

La reacción de la doctrina europea respecto de la primera edición del *Sistema de los derechos públicos subjetivos* de Jellinek, en 1892, fue inmediata; y justificó una segunda edición en 1905, en la que contestó selectivamente a sus numerosos críticos. El mismo Jellinek en 1900, en la primera edición de la *Teoría general del Estado*, menciona a importantes autores, quienes habían reaccionado favorablemente o con críticas mesuradas a su teoría; algunos escribieron sus libros a propósito de la teoría de Jellinek; es el caso de: Otto Mayer, *Verwaltungsrechts (Derecho Administrativo)* 1895; Longo, *La teoria dei diritto pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, 1892; Santi Romano, *La teoría dei diritti publici subbietivi*, en: Orlando, *Primo trattato amministrativo italiano*, 1900; Hauriou, *Précis du droit administratif*, 5ª ed., 1903; Majorana, *La nozione di diritto pubblico subiettivo*; y, Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899.

Jellinek de frente a la sociología de Weber

En Heidelberg Jellinek pudo desarrollar los años académicamente más fecundos de su vida, y gran parte de ello puede explicarse por el ambiente intelectual predominante en esa Universidad durante su época como profesor (como dejó en evidencia en la biografía de Jellinek, más adelante, en esta edición). Particularmente, en Heidelberg nuestro autor cruzaría caminos –y opiniones– con dos connotados eruditos: el sociólogo Max Weber, con quien mantendría una larga amistad sólo interrumpida por su muerte en 1911, y el jurista Hans Kelsen, quien sería su alumno y más tarde un crítico. Su obra no podía sino ser recibida de un modo académicamente usual por ellos: o con aceptación o crítica. Veamos primero su relación con Weber.

Max Weber (1864-1920), cuyo reconocimiento como uno de los padres de la sociología hace innecesarias mayores profundizaciones acerca de su obra e importancia, se vio influenciado por algunas de las ideas postuladas por Jellinek a lo largo de su vida académica. Weber estaba profundamente impresionado por los argumentos esgrimidos por Jellinek en su obra *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrecht* (*La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*), de 1895, donde este refuta las teorías dominantes acerca del origen de la célebre declaración francesa, radicándola en el *Bill of Rights* promulgado por los revolucionarios americanos durante el proceso de Independencia de los Estados Unidos. Señala Jellinek que los revolucionarios americanos actuaron influidos por su profundo respeto a la libertad religiosa, la que fundamentó el establecimiento de los primeros colonos ingleses, en vez de las ideas ilustradas de la Francia del s. XVIII. Es igualmente crítico de la adscripción de la Declaración francesa al *Contrato Social* de Rousseau. A raíz de eso, Weber destaca de Jellinek su "demostración de la relevancia de la religión en la génesis de los 'derechos humanos'" y su contribución a la "investigación del alcance de la influencia religiosa en general, incluso en áreas donde uno no esperaría encontrarla" (véase el discurso que pronunció en el matrimonio de una de las hijas de Jellinek). El innovador argumento planteado por Jellinek de centrar en la religión (libertad religiosa, libertad de conciencia) el origen de los derechos humanos fue crucial en el acercamiento entre las ideas de ambos autores, esencialmente divergentes como resultado del distinto enfoque de cada uno: Mientras que en la obra de Jellinek subyace la cuestión de la relación jurídica entre el individuo y el Estado; Weber, influido por la historiografía del puritanismo y la ciencia política, utilizó la sociología para dar cuenta de los principios religiosos que permitieron el advenimiento de la burguesía al poder político. Es igualmente positiva la recepción que realiza Weber de la teoría de los derechos públicos subjetivos. En efecto, señala Weber respecto de las obras de Jellinek: "Tocaré sólo unos cuantos detalles: la separación del pensamiento naturalista y dogmático del *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [Sistema del derecho público subjetivo] para problemas de metodología; la creación del concepto de "ciencia política social" para aclarar las confusas tareas de la sociología; la demostración de las influencias religiosas en la génesis de los "derechos humanos" para la investigación de la importancia de los elementos religiosos en esferas en que no habríamos esperado encontrarlos" (véase el discurso citado).

Esta nota común refleja la influencia resultante del trato académico y afectivo entre ambos eruditos, dentro de las limitaciones propias de sus respectivos campos de estudio y de la diferencia cronológica en el planteamiento de sus ideas (la mayoría de las obras más importantes y conocidas de Weber serían publicadas después de muerto Jellinek en 1911).

Jellinek y Kelsen

Kelsen en su *Autobiografía*, señala que "Jellinek era mucho mejor como escritor que como profesor. No toleraba la menor contradicción, algo que apenas

observé demasiado tarde y sin duda llevó a que yo perdiera su simpatía"<sup>10</sup>. Agrega que "antes de ir a Heildelberg ya había estudiado sus obras con gran atención y me había formado la impresión de que en la esfera de la teoría jurídica era débil y poco original. No obstante, él había contribuido grandemente en el campo histórico y sociológico-filosófico a la teoría del Estado del siglo XIX". Agrega: "Como ya estaba precisamente interesado de manera especial en la parte teórico-jurídica, hubo entre los dos más contradicciones de las que hubieran sido buenas para nuestras relaciones personales"; "yo constaté rápidamente que Jellinek, personalmente así como su seminario, serían de poca utilidad para mi trabajo y me concentré enteramente a éste"<sup>11</sup>. Los anteriores recuerdos biográficos de Kelsen son sin embargo contradictorios con su sentida declaración en el prefacio de su *Hauptprobleme (Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado)*, de 1911, en su primera edición, en que declara que él tuvo la suerte de contarse entre los alumnos de Jellinek, y remarca su importancia para la teoría del Estado moderno, deseando "que su trabajo pueda tener la suerte de contribuir un poco a la memoria de este grande". Podemos verlo con más detalle en seguida.

#### Jellinek y el positivismo de Kelsen

En 1908, un joven Hans Kelsen (1881-1973) ganó una beca de investigación que le permitió asistir a la Universidad de Heidelberg por tres semestres consecutivos, donde conoció y estudió con Jellinek, entonces en el apogeo de su fama como jurista. Si bien Kelsen siempre reconoció el genio de Jellinek, pronto se distanciaron ideológicamente a raíz de las diversas posturas jurídicas asumidas por cada uno. Jellinek era un erudito en el sentido amplio de la palabra: sus intereses eran variados y eclécticos, como lo demuestran sus primeros escritos académicos, centrados en filosofía y literatura, y sus obras más maduras, que abarcaban las distintas ramas del derecho público (constitucional, administrativo e internacional) y disciplinas conexas (sociología, historia y filosofía). Su propia teoría del derecho y del Estado, pese a enmarcarse en la tradición positivista, se encuentra entrecruzada con referencias históricas y culturales, pensamiento político y filosofía. Esta postura contrastaría fuertemente con la también positivista teoría pura del derecho de Kelsen.

La principal pregunta para entender la contraposición doctrinaria entre Jellinek y Kelsen, es, según Baume<sup>12</sup>, la siguiente: ¿Cómo se puede conciliar la independencia del Estado en una perspectiva dualista con su condición como representante del ordenamiento jurídico? Para los teóricos dualistas queda una alternativa a las doctrinas monistas: la teoría de la autolimitación del Estado, y Jellinek es un eminente representante de esta teoría, que permite evitar la reducción del Estado a una entidad jurídica, y también explicar la relación positiva entre la ley y el Estado. La autolimitación de la esfera del

<sup>10</sup> KELSEN 2008, 84.

<sup>11</sup> KELSEN 2008, 85.

<sup>12</sup> BAUME 2011, 47.

Estado presupone que el Estado, como poder soberano, por los límites que se impone a sí mismo, se convierte en un Estado de derecho. Kelsen rechazó esta postura de un modo rotundo, afirmando: “El problema de la llamada auto-obligación del Estado es uno de esos pseudo-problemas que resultan del erróneo dualismo del Estado y la ley. Este dualismo se debe, a su vez, a una falacia de la que encontramos numerosos ejemplos en la historia de todos los campos del pensamiento humano. Nuestro deseo de representación intuitiva de las abstracciones nos lleva a personificar la unidad de un sistema, y luego a hipostasiar la personificación. Lo que originalmente era sólo una forma de representar la unidad de un sistema de objetos se convierte en un nuevo objeto, que existe por derecho propio”<sup>13</sup>. Cabe señalar sin embargo que Jellinek falleció antes de la publicación de las principales y más maduras obras de Kelsen, por lo que, a diferencia de las múltiples críticas que recibió durante su vida académica, nunca pudo ofrecer una respuesta a las objeciones planteadas por su alumno.

En fin, debemos consignar la oposición de Kelsen a la idea de derecho subjetivo, quien, sin negar la existencia de derechos individuales, señalaba que los derechos subjetivos serían nada más que una manera subjetiva de referirse al derecho objetivo, esto es, a las normas jurídicas. En la visión de Kelsen, el derecho es equivalente a las normas (como lo precisa en su *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, 1911, cito según traducción castellana)<sup>14</sup>. Massimo La Torre<sup>15</sup>, ha lanzado la hipótesis de otra razón para explicar el rechazo de Kelsen a esta teoría; sería a raíz de la *paradoja* que se produciría respecto de los derechos de la libertad, pues Jellinek pone como primer *status* la absoluta subordinación (el *status subjectionis*), en lo que Kelsen no está de acuerdo, y sería la razón por la que habría rechazado la idea y concepto de derecho subjetivo. Pero ello no es explícito en Kelsen.

Impacto en la doctrina del Derecho administrativo de la época

El *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, en su primera edición de 1892, produjo una intensa polémica entre sus contemporáneos alemanes, a tal punto que el mismo Jellinek ironiza en el prólogo de su segunda edición de 1905 diciendo que “en torno a esta obra se ha escrito tanto que el conjunto de la crítica se ha vuelto más voluminoso que la obra misma”. En esta segunda edición replica a muchos de esos críticos, en especial a Otto Mayer, cuyo *Deutsches Verwaltungsrechts (Derecho administrativo alemán)* apareció entre medio, y a cuyas posiciones notoriamente intentó acercarse.

En cuanto a los autores extranjeros, si bien únicamente se tradujo al italiano en 1912 (bajo la supervisión del mismo Jellinek), fue objeto de polémica y análisis por la doctrina italiana, francesa y, mesuradamente, española. Ello pues Jellinek ya era en las primeras décadas del s. XX un autor recono-

<sup>13</sup> KELSEN 1945, 198.

<sup>14</sup> KELSEN 1911, 571.

<sup>15</sup> LA TORRE, 271.

cido, dada la traducción a diversas lenguas de sus famosos libros sobre la teoría general del Estado y sobre la declaración del hombre y del ciudadano, entre otros.

Por ejemplo, en Francia, en 1899 Henry Barthélemy conecta la tesis de Jellinek con el *recours pour excès de pouvoir* y con los derechos subjetivos de los administrados (en su *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*), quien afirma que el individuo, en un recurso contencioso administrativo, realiza el ejercicio de un derecho subjetivo. Pero esta acogida de la idea de derecho subjetivo será fuertemente contestada por Léon Duguit quien, en su *Traité de droit constitutionnel*, de 1911, desde su posición objetivista del Derecho, niega la existencia de los derechos subjetivos y de un supuesto derecho subjetivo a la legalidad; según él, el juez del contencioso administrativo "no resuelve sino que una cuestión de derecho objetivo"<sup>16</sup>. Igualmente, Maurice Hauriou rechaza la idea de los derechos subjetivos en medio del contencioso administrativo, pues a su juicio los quebrantos del derecho objetivo importan "indirectamente" un atentado a los derechos individuales, siguiendo así un esquema similar a la doctrina alemana decimonónica del derecho *reflejo*, sustentada por Gerber y Laband. En efecto, en la sexta edición, de 1907, de su *Précis de droit administratif et de droit public*, Hauriou aclara que en el recurso de *excès de pouvoir* "no es necesario que el acto atacado haya violado un derecho, es suficiente que haya afectado un interés"<sup>17</sup>, alejándose así de la idea de derecho subjetivo; además, en la edición de 1927 de su *Précis*, señala que "el Consejo de Estado no declara el derecho subjetivo del reclamante, pues él declara el derecho objetivo que se impone a la Administración"<sup>18</sup>. De ahí que durante muchos años la teoría de Jellinek no tuvo mayor eco en la doctrina francesa.

#### IV. Actualidad de las teorizaciones de Jellinek

Su actualidad para el derecho público

El concepto de derecho subjetivo, uno de los más discutidos de la literatura jurídica, en la teorización y definición de Jellinek ha suscitado un interés renovado en las últimas décadas. Así, según Robert Alexy, quien escribe en 1986: "[la teoría de los *status* de Jellinek] en la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales"<sup>19</sup>; esto es, en la actualidad nos permite comprender la posición del ciudadano en su relación jurídica con los órganos del Estado, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Entre nosotros también lo ha considerado así Aldunate (2008). En una famosa teorización constitucional, los *derechos*

<sup>16</sup> DUGUIT, 262.

<sup>17</sup> HAURIOU, 453.

<sup>18</sup> *Idem*, 386.

<sup>19</sup> Véase su *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción castellana) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (reimpresión 2002), 247.

*individuales*, son definidos por Ronald Dworkin como los “triumfos políticos en manos de los individuos”<sup>20</sup>, pero, como hemos visto, ya a fines del s. XIX Jellinek los vinculaba como un derecho de todo individuo de frente al Estado; es entonces, podríamos decir, un viejo “triumfo político” y el mérito de Jellinek fue haberlo puesto de manifiesto a través de su teorización. Lo cual es una perspectiva de Derecho constitucional.

Desde el Derecho administrativo, el aporte de Jellinek, podemos decir, fue una anticipación, pues a pesar de que las primeras opiniones doctrinarias fueron negativas, en especial las francesas, en definitiva, el concepto de derecho público subjetivo ha terminado por imponerse, influyendo en la posterior *subjetivización* del contencioso administrativo europeo (la expresión es de García de Enterría: *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, 2007, XI); en efecto, hoy ya nadie discute en Europa que ha sido consagrada tanto jurisprudencialmente como legalmente, la vieja idea de Jellinek de que, en medio de toda acción contenciosa administrativa, no solo el derecho objetivo es objeto de análisis del juez, sino además el derecho subjetivo del administrado; esto es, el derecho público subjetivo del que es titular y que en su caso pudo ser lesionado por una acción u omisión de un órgano administrativo. En España, en todo caso, el derecho subjetivo sigue siendo motivo de análisis y discusión, como lo ha puesto de manifiesto Medina Alcoz (en su *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, 2016). Esperamos que esta traducción remueva estas aguas en el Derecho administrativo chileno, dado que constitucionalmente, a partir del art.38 inc.2° de la Constitución de 1980, existe una consagración de la idea de derecho subjetivo, como reviso más adelante.

#### La subjetivización del Derecho administrativo

Como digo, el precioso y capital desarrollo de Jellinek está conectado con el actual fenómeno de la *subjetivización* del Derecho administrativo, desde que ya no se entiende que las acciones contenciosas administrativas dicen únicamente relación con una pura infracción del derecho objetivo (como fue la concepción inicial del *excès de pouvoir* francés), ni de un *reflejo* del derecho objetivo (como fue la concepción germánica del s. XIX, de Gerber y Laband). En efecto, como ha demostrado García de Enterría, para España, y Foulquier para Francia, el derecho subjetivo ha emergido como concepto capital del Derecho administrativo situado en el centro del contencioso administrativo. Y en tal evolución el nombre de Jellinek ha quedado marcado como uno de los precursores de la idea hoy tan generalmente acogida según la cual el *administrado* ya no es un vasallo o súbdito que depende de la voluntad más o menos despótica del gobernante, sino que es *un titular de derechos*, de los que puede solicitar tutela judicial a través del contencioso administrativo. Toda la reconstrucción histórica y comparada del derecho subjetivo como

<sup>20</sup> DWORKIN 1977, 6. Traducción castellana: Dworkin 1984, 37.

base del contencioso la ha realizado recientemente Medina Alcoz en su reciente *Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español*, 2021, lo que está pendiente entre nosotros. Pero sea cual sea el país del entorno europeo o latinoamericano en que dicha tarea se acometa en el futuro, un eslabón esencial, después de Savigny en el área del Derecho privado, será Jellinek en el área del Derecho público.

La mayor satisfacción luego de haber realizado esta traducción será ponerlo a la luz y despertar esa conciencia del lugar que le cupo a esta teorización de Jellinek en la *subjetivización* del Derecho administrativo.

#### Derechos públicos subjetivos y Derecho administrativo actual

Ahora, ¿cómo podemos traducir la teoría jellinekeana de los derechos públicos subjetivos a nuestra realidad jurídica administrativa actual? ¿Cuáles son sus consecuencias? Las relaciones jurídicas administrativas son las formas por las que singularmente cada administrado se relaciona directamente con la Administración: acto de concesión, proceso de expropiación, licitación, etc. La Administración, en la práctica, se desdobra en diversos órganos administrativos y es con éstos que los administrados se relacionan, no con la "Administración" en abstracto, indicativa de una realidad más conceptual que práctica. De ahí surgen las dos estructuras subjetivas básicas del Derecho administrativo: 1º) La Administración, que es un sujeto titular de potestades; y, 2º) El administrado, que es un sujeto titular de derechos públicos subjetivos. De este modo, cada vez que hay una relación entre una persona/ciudadano/administrado y la Administración, que sujeta/vincula a aquel administrado (como titular de derechos públicos subjetivos) con la Administración (con sus potestades públicas), esta relación es regulada por el Derecho administrativo; y es regulada por esta disciplina no solo porque existen potestades públicas sino además porque el administrado ostenta un derecho público subjetivo que debe ser respetado por la Administración.

Para la articulación de esta realidad el ordenamiento jurídico (el Estado, en el escueto lenguaje de Jellinek) ha previsto una serie de mecanismos recogidos en varias disposiciones de diferente rango, las cuales, por medio de una puesta en relación, se concretizan en derechos públicos subjetivos directamente aplicables. Por lo tanto, en buena parte la tarea del Derecho administrativo consiste en descubrir mediante qué mecanismos establecidos en el orden interno (en la Constitución o en las leyes) el particular puede exigir prestaciones de parte de los órganos del Estado, en especial de los órganos administrativos.

Al revisar los cuatro status que propone Jellinek para describir las distintas posiciones de los individuos, vimos que entre ellos es el *status* positivo el que define hasta dónde pueden llegar las pretensiones de los particulares ante la Administración. A partir de este *status* se generan habilitaciones procesales. Es importante distinguir de quién depende que esa prestación se otorgue, pues las potestades de la Administración no siempre son totalmente

discrecionales para ello, precisamente pues existen elementos objetivos y subjetivos para lograr esta vinculación; así: la Ley no sólo describe el elemento objetivo, sino también la posición o *status* positivo (el *status civitatis*), el elemento subjetivo; en otras palabras, los derechos públicos subjetivos del administrado. En virtud del *status* positivo implica respetar el derecho a hacer la solicitud y que se sigan los trámites debidos para finalmente obtener el derecho. Esta es, entonces, la explicación teórica de la posición de las personas como administrados; de ella surge que está basada en elementos objetivos (descritos usualmente en la Ley) y subjetivos: su *status* de frente a la Administración (también descritos usualmente en la Ley).

Resta preguntarse por qué ha de enmarcarse esta idea dentro del Derecho administrativo y no en otras ramas del derecho público, específicamente el Derecho Constitucional, como a primera vista su caracterización de "derecho público" podría llevar a pensar. Desde el punto de vista del administrado, hay tanto situaciones jurídicas activas o de ventaja como situaciones pasivas o de desventaja o de gravamen; de sujeción especial, en la terminología usual. Aquéllas son las que marcan el *status* positivo, el de sus derechos ante la Administración: las personas deben (y necesitan) obtener prestaciones que no pueden quedar entregadas al puro voluntarismo de la Administración. Por esto surgen los derechos públicos subjetivos. Al respecto, por una parte, es una preocupación del Derecho constitucional, la necesidad de que el particular pueda desenvolverse sin limitaciones (o con las menores posibles) en su esfera de libertades; por otra parte, es una preocupación del Derecho administrativo, en cambio, observar aquel derecho más concreto del sujeto que tiene por objeto interpelar a la Administración en forma más directa para obtener las prestaciones a las que haya lugar, con el objeto de obtenerlas, no como una dádiva de la Administración, sino que dentro de los deberes que le impone a ésta la legalidad. De hecho, esta disciplina misma surge como herramienta delimitadora del actuar de la Administración, enmarcando sus esferas de acción para con los administrados, los cuales, en virtud de los mecanismos que dota el sistema, puedan controlar esta actuación.

Esta es la relevancia, el gran aporte, del pensamiento de Jellinek al desarrollo dogmático contemporáneo del derecho público: tanto del Derecho constitucional como del Derecho administrativo. La de Jellinek fue una teorización, una brillante idea que, no obstante su brevedad, define todo el panorama de relaciones que pueden mantener los órganos del Estado con los ciudadanos. Y el valor práctico de esa sistematización es invaluable.

Conexión de la teoría de los derechos públicos subjetivos con el derecho vigente en Chile

El art. 5° inc. 2° de la Constitución de 1980, paradójicamente nacida en medio de una dictadura, consagra como base fundamental en la relación de las personas y el Estado: "*el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*", norma que está conectada genéticamente con la vieja teoría de los derechos públicos subjetivos. Podemos agregar que también lo

están los distintos derechos fundamentales consagrados y garantizados en los arts. 1º y 19 de esa Constitución en cuanto este último contiene una larga enumeración de derechos públicos subjetivos. En fin, el art. 38 inc. 2º de esa Constitución, que establece: “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”; esto es el derecho a la acción.

Con ello, la Constitución de 1980 consagra por vez primera en nuestra historia constitucional el derecho a reclamar jurisdiccionalmente contra los actos administrativos en caso de lesión de *derechos subjetivos*; esto es, la consagración de la *subjetivización* del contencioso administrativo, el que procede en caso de lesión de esos derechos (lo que es, entonces, una perspectiva subjetivista y no meramente objetivista de la regulación vigente).

Igualmente, cabe citar la acción de protección establecida en el art. 20 de la Constitución, la que tiene por objetivo asegurar la protección de derechos y garantías que enumera, en caso de privación, perturbación y amenaza; y, en fin, la acción de amparo establecida en el art. 21 de la misma, con el objetivo de proteger la libertad individual de quien se hallare arrestado, detenido o preso o cualquier otra privación, perturbación o amenaza en el derecho a la libertad personal o seguridad individual. Esto es, al lado de una juridicidad objetiva, se consagra una juridicidad subjetiva: derechos de las personas, que deben ser respetados por los órganos del Estado, junto a una acción de reclamo jurisdiccional.

De ahí, me parece, la actualidad de la teorización de Jellinek en el Derecho administrativo.

## Bibliografía citada

(Para los demás autores y obras citadas (salvo aquellos casos en que se aporta aquí la referencia completa), puede consultarse la bibliografía secundaria contenida en la edición citada en la nota inicial).

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.
- ALEXY, Robert (1986). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción castellana) Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (reimpresión 2002).
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Traducción castellana: *Los derechos en serio* (1984). Madrid: Ariel.
- HAURIUO, Maurice (1907). *Précis de droit administratif et de droit public*.
- JELLINEK, Georg (1885). *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Viena, Alfred Hölder.
- \_\_\_\_\_ (2013). *Una Corte costituzionale per l’Austria* (traducción de Elisabetta Palici di Suni, Turín, G. Giappichelli Editore).
- JELLINEK, Georg (1892). *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1ª edición). Freiburg, J. C. B. Mohr.
- \_\_\_\_\_ (1905) (2ª edición). Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). [reimpresión de 1919, editada en Aalen, por Scientia Verlag, en 1964].

- \_\_\_\_\_ (1912): *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (Milán, Società Editrice Libreria) [Traducción de Gaetano Vitagliano, revisada por Jellinek, de la 2ª edición alemana (de 1905); prefacio de V. E. Orlando].
- \_\_\_\_\_ (2024): *Sistema de los derechos públicos subjetivos* (Traducción de Alejandro Vergara Blanco (a partir de la traducción italiana de 1912 a la 2ª ed. alemana de 1905). Valencia: Tirant lo blanch. (En prensas).
- JELLINEK, Georg (1900): *Allgemeine Staatslehre* 1ª edición, Berlin: Häring).
- \_\_\_\_\_ (1911) (2ª edición). Berlin: Häring.
- \_\_\_\_\_ (2000 [1913]): *Teoría general del Estado* (reimpresión de la traducción de FERNANDO DE LOS RÍOS, México, Fondo de Cultura Económica) [Traducción de la segunda edición alemana de 1911].
- KELSEN, Hans (2008). *Autobiografía*. Traducción castellana: Bogotá, Universidad Externado de Colombia.



# La presunción de daños ambientales por infracciones normativas. Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional

---

The presumption of environmental damage due  
to regulatory violations.  
Commentary of the Tribunal Constitucional's case

---

Pedro Harris Moya<sup>1</sup>

Este comentario analiza la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 10109 (2021), referida a la inconstitucionalidad de presumir daños ambientales por infracciones normativas, con la finalidad de examinar su compatibilidad con la entrada en vigor del Tratado de Escazú.

**Palabras clave:** Daño ambiental, responsabilidad ambiental, presunción de daño.

This commentary analyses the recent decision of the Constitutional Court N° 10109 (2021), regarding the unconstitutionality of presuming environmental damages due to regulatory violations, in order to examine its compatibility with the entry into force of the Escazú Agreement.

**Keywords:** Environmental damage, environmental liability, presumption of damage.

## Introducción

El concepto de daño ambiental ha fluctuado, en general, “entre dos extremos: una noción restrictiva, que le equipara a la pérdida o atentado a un derecho subjetivo, y una amplia, que lo asimila a todo menoscabo,

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho público, Universidad de París 1, *Panthéon-Sorbonne*, Francia. Profesor de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. Correo electrónico: [pedro.harris@uautonoma.cl](mailto:pedro.harris@uautonoma.cl). Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia N° 641, Providencia, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 7 de agosto de 2023 y aceptado el 27 de septiembre de 2023.

detrimento o disminución, sin mayor precisión”<sup>2</sup>. En materia medioambiental, como es sabido, el legislador de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente, ha seguido una posición intermedia, al conceptualizar, por un lado, el daño de manera amplia, imponiendo, por otro, su carácter significativo (art. 2 letra e), lo que ha llevado a que habitualmente sea el elemento que mayores dificultades de acreditación presenta en el proceso, siendo identificado como el principal obstáculo al surgimiento de la responsabilidad ambiental<sup>3</sup>.

Tal complejidad explica que el legislador, previo al surgimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, haya presumido daños ambientales en ciertos ámbitos<sup>4</sup>, habiendo sido ello objeto de un desarrollo legal posterior a la consagración de un régimen especial de reparación. Como resultado de este desarrollo, dispondría el art. 118 quáter de la Ley N° 18.892 de 1989, General de Pesca y Acuicultura que, frente a la pérdida o escape de recursos hidrobiológicos en ciertos sistemas productivos, se presumirían los daños “de conformidad con la Ley N° 19.300 si el titular del centro no recaptura como mínimo el 10% de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos”.

La sentencia del Tribunal Constitucional aquí comentada (Rol N° 10109, 2021) se origina de un control represivo en contra de la disposición recién transcrita, al haber juzgado en esta aquella magistratura la inaplicabilidad de la presunción en cuestión por suponer una vulneración a las garantías de racionalidad y justicia en materia de acreditación de daños (art. 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución). Como se apreciará, un pronunciamiento como el referido no tan sólo es de interés por establecer límites a la consagración de una inversión probatoria por infracción de normas. También lo es frente a la reciente ratificación de instrumentos internacionales favorables a tales ficciones en demandas ambientales, siendo este el caso del Tratado de Escazú.

En efecto, aunque a la época de la sentencia comentada Chile haya sido uno de los Estados de la Región en que el Tratado de Escazú no había sido ratificado, es de interés observar el razonamiento del Tribunal Constitucional al inaplicar presunciones de daños –tras haber adquirido vigencia dicho instrumento en nuestro país poco después del fallo<sup>5</sup>–, con relación a la forma en que la inversión de cargas probatorias debe entenderse operar en el ámbito de la responsabilidad ambiental y, en especial, a las condiciones impuestas por aquella magistratura para juzgar constitucional que tales inversiones se produzcan por infracción normativa, siendo necesario para ello analizar la interpretación judicial, constitucional y convencional en el tiempo.

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ 2000, 330.

<sup>3</sup> DUSSAUBAT 2016, 197.

<sup>4</sup> Decreto Ley N° 2.222 de 1978, artículo 144 N° 5.

<sup>5</sup> Decreto N° 209 de 2022.

## I. La interpretación judicial anterior a la sentencia

La vinculación entre daños ambientales e infracciones a la normativa medioambiental se encuentra en el origen de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente, pudiendo ello observarse de la sola circunstancia que el legislador, inicialmente, no regulaba la responsabilidad ambiental de manera diferenciada de las infracciones normativas, estableciendo un régimen según el cual, de acogerse una demanda por daños ambientales, el tribunal ordinario en lo civil había de constatar la existencia de aquellas transgresiones y, como resultado de lo anterior, aplicar alguna de las sanciones consagradas frente a su comisión (art. 57).

Superada tal confusión de estatutos, tras la vigencia de la Ley N° 20.417 de 2010, que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, la condena de responsabilidad ambiental sería disociada de aquel análisis, sin perjuicio que una vinculación en la apreciación judicial subsistiera en el art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente, al presumir “legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental” frente a una *infracción*, en general, de “las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

Es sabido que, aunque inicialmente, el art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente, fue objeto de una interpretación estrictamente vinculada a la presunción de culpa (en base a la naturaleza subjetiva del régimen vigente por regla general en materia medioambiental)<sup>6</sup>, algunos autores se separarían de esta lectura, postulando un mayor alcance del contenido de dicha disposición, el cual sería susceptible de comprender otros elementos de la responsabilidad y, en particular, la presunción del nexo causal entre el hecho generador y el daño, al haber impuesto el inc. 2° de esta norma su acreditación sólo a la indemnización civil<sup>7</sup>.

Tal lectura alcanzaría una interpretación aún más extensiva en la jurisprudencia, al presumir, junto a tales elementos, la existencia misma del daño ambiental derivado de la infracción a las disposiciones aplicables a una actividad<sup>8</sup>, ya sea con alcance *iure et de iure* –al haberse resuelto que la infracción a tales disposiciones impediría “cuestionar nuevamente la existencia de tal responsabilidad” (Corte Suprema, Rol N° 5027-2008)–, o bien *iuris tantum* –al haberse anulado sentencias si frente a infracciones a ciertas normas no fueran explicita-

<sup>6</sup> VALENZUELA 1996, 131 y ss.; HUNTER 2005, 9 y ss.; BERMÚDEZ 2007, 232; VIDAL 2007, 126.

<sup>7</sup> FEMENÍAS 2018. Véase también: MORAGA y DELGADO 2022, 294; ARÉVALO y MOZO 2018, 118 y ss.; DELGADO 2012, 68.

<sup>8</sup> Véase en este sentido: PINOCHET 2017, 147: “[A]unque es posible que se genere un daño ambiental sin infracción de disposiciones ambientales, tal situación sería una manifestación de falencias en el ordenamiento jurídico ambiental por lagunas legales o bajos niveles de protección ambiental (...) lo más probable será que el hecho que ocasiona el daño ambiental, coincida con el que es objeto de una infracción a las normas ambientales”.

dos “los motivos para desestimar la pertinencia y eficacia del valor probatorio de la resolución sancionatoria” – (Corte Suprema, Rol N° 8339-2009).

Contrario a lo que podría pensarse, con posterioridad a la vigencia de aquella jurisdicción especializada, la jurisprudencia favorable a la presunción del daño ambiental por infracciones normativas se conservaría. En función de ello los Tribunales Ambientales resolverían que “el sólo hecho de que la actividad extractiva realizada por el demandado sea de aquellas que deben ser evaluadas a través de un EIA, como consecuencia de haber alcanzado dimensiones de producción que superan los límites establecidos en la regulación vigente, haciendo necesaria su evaluación, permite presumir fundadamente que la afectación al habitar de especies declaradas en peligro, es de carácter significativa” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° D-6-2013).

Aunque esta lectura extensiva de los efectos del art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, descansaba en una interpretación literal de tal norma (que aludiría a una presunción de *responsabilidad*, mas no de un elemento de la misma, como es el caso de la culpa), carecía de proporcionalidad, al ligar la verificación de todos los componentes que en principio debían ser probados por el demandante (incluida la acreditación misma de haberse producido un daño, así como su carácter significativo) a la mera circunstancia de resultar infringida una disposición legal o reglamentaria. En atención a lo anterior, es de interés la sentencia en análisis en este comentario que, aunque indirectamente, ha formulado una interpretación constitucional de tal norma.

## II. La interpretación constitucional referida en la sentencia

La causa que origina la sentencia aquí comentada deriva de la producción de daños ambientales en el medio marino, con relación a la explotación de recursos hidrobiológicos, como resultado del oleaje producido por un evento meteorológico intenso y excepcional que, por provocar la ruptura de jaulas, originaría el escape de cientos de miles de ejemplares al mar, de entre los cuales, en concepto de la Administración, únicamente habría sido recuperado una cifra levemente superior al cinco por ciento. Debido a que este número era inferior al diez por ciento requerido para exceptuar la presunción de daño ambiental consagrada en el art. 118 quáter de la Ley N° 18.892 de 1989, General de Pesca y Acuicultura, el Consejo de Defensa de Estado invocaría su aplicación en el proceso de reparación del daño ambiental derivado de tal infracción.

La circunstancia que de la aplicación de la disposición en cuestión resultara la configuración general de la responsabilidad ambiental, explicaría que el demandado reclamara su inaplicabilidad en el proceso de reparación de daños, al entenderse vulnerar la garantía del justo y racional procedimiento, conforme al art. 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución. Tras observar que, de su aplicación, “al procesado solo le es dable descartar el hecho antecedente (únicamente puede acreditar que logró recapturar especies en las magnitudes y en los tiempos requeridos por la ley), pero no puede probar la inexis-

tencia del hecho consecuente (que hubo daño ambiental)<sup>9</sup>, el Tribunal Constitucional acogería el requerimiento declarando la inaplicabilidad<sup>10</sup>.

En principio, no es difícil apreciar que la sentencia en análisis tendría efectos limitados con relación a la aplicación de otras disposiciones que presumeran el daño al medio ambiente de acreditarse una infracción a determinadas normativas, no tan sólo debido al escaso número de disposiciones que contemplan este efecto (como ocurriría hasta el año 2023, además del ámbito referido en la sentencia, en materia de vertimiento de hidrocarburos al mar<sup>11</sup>), sino también, y sobre todo, debido a que el propio Tribunal Constitucional observaría que la aplicación de la regla en cuestión podía resultar justificada de conocer un “juez civil y, por ende, no especializado (...) en un proceso breve y concentrado”<sup>12</sup>, como suele ocurrir en tales casos.

Una posición distinta, sin embargo, supondría la interpretación de presunciones de daños ambientales conforme al régimen de la Ley N° 20.600 de 2012, sujetos a la competencia de los Tribunales Ambientales, en un proceso de demanda regulado por normas especiales de apreciación probatoria. En los términos del Tribunal Constitucional, el carácter especializado del órgano y del procedimiento, en tales casos, no justificarían la inversión de la carga de probar, reafirmando una de las lecturas señaladas por los propios Tribunales Ambientales, según la cual los daños al medio ambiente no son susceptibles de originar un hecho público y notorio, debiendo “ser objeto de evidencia suficiente que acredite los diversos elementos que lo configuran”<sup>13</sup>.

No es difícil apreciar que la interpretación referida supone consecuencias relevantes frente a la presunción de daño ambiental por infracciones normativas, afirmada del art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente. En efecto, si el Tribunal Constitucional ha juzgado la inconstitucionalidad disposiciones que expresamente presumen el daño de haberse acreditado una infracción a la normativa que regula determinada actividad, con mayor razón ha de entenderse que otorgarle tal contenido a aquella disposición, sin regla expresa, es contrario a la Constitución, cuestión que, por ser susceptible de limitar el alcance del Tratado de Escazú, lleva a interrogarse sobre la interpretación convencional de esta presunción tras el fallo<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Véase el considerando 6° de la Sentencia TC Rol N° 10109 (2021).

<sup>10</sup> Sentencia TC Rol N° 10109 (2021).

<sup>11</sup> Decreto Ley N° 2.222 de 1978, artículo 144 N° 5.

<sup>12</sup> Véase el considerando 6° de la Sentencia TC Rol N° 10109 (2021).

<sup>13</sup> Tercer Tribunal Ambiental Rol N° D-17-2016.

<sup>14</sup> Resulta de interés el que en la especie el demandado en el proceso de reparación únicamente hubiera dirigido el recurso de inaplicabilidad en contra del art. 118 quáter de la Ley N° 18.892 de 1989, que consagra la presunción de daños conforme al art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, mas no en contra de la aplicación de esta última disposición en el proceso (cuya interpretación extensiva ha originado el mismo resultado, sin norma expresa que así lo contemple), circunstancia de la cual resulta una inaplicabilidad por inconstitucional expresa en contra de la referida disposición y, junto a ella, un mandato de interpretación constitucional tácito.

### III. La interpretación convencional posterior a la sentencia

Como se ha señalado, el Tratado de Escazú consagra diferentes disposiciones referidas a la responsabilidad por daños ambientales. Además de aquellas susceptibles de intervenir con posterioridad a una sentencia condenatoria (en materia de reparación<sup>15</sup>), es el caso de su art. 8 N° 3 letra e), que establece el deber de las Partes contratantes de garantizar “medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba”. A la luz de la reciente inaplicabilidad del art. 118 quáter de la Ley N° 18.892 de 1989, General de Pesca y Acuicultura, por vulneración del justo y racional procedimiento, cabe interrogarse sobre el alcance de la inversión probatoria consagrada en el referido tratado internacional y, en particular, si la infracción normativa es aún susceptible de producirla.

La primera respuesta que sería posible sostener de la sentencia constitucional en análisis se relaciona con las exigencias requeridas para originar una inversión de la carga de la prueba de daños en materia ambiental, según el Tribunal Constitucional, las que no son susceptibles de producirse por lecturas extensivas de la normativa básica actualmente en vigencia en este ámbito, requiriéndose, en cambio, de disposiciones expresas que presuman los daños por infracción de normas. En función de ello habrá de concluirse que, en el estado de la legislación aplicable, el art. 8 N° 3 letra e) del Tratado de Escazú, favorable a tal presunción, no es en general invocable por infracción a normas, al requerir de desarrollo legislativo para tales efectos.

Como se ha visto, la jurisprudencia aplicable a dicho desarrollo legislativo, de tener lugar, no será indiferente al carácter especializado del tribunal y del proceso aplicable para establecer presunciones en este ámbito. Si el daño ambiental es conocido por tribunales ordinarios en aplicación de procedimientos breves y concentrados, la infracción normativa podrá servir de base para una presunción de daños. Si, en cambio, este se vincula a las competencias de los Tribunales Ambientales, conforme al proceso de reparación de daño ambiental de la Ley N° 20.600 de 2012, resultará contrario a las garantías de racionalidad y justicia desligar del demandante la carga de acreditar dichas consecuencias, por al carácter especializado de aquella sede y tramitación.

No es difícil observar que, entendido en tales términos, una de las dificultades que plantea la sentencia en cuestión sea compatibilizar las diferentes normas del Tratado de Escazú, que no favorecen sólo la presunción de daños, imponiendo también otras exigencias y, especialmente, la existencia de “órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializa-

<sup>15</sup> Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú, 04 de marzo de 2018). Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Art. 8 N° 3 letra g).

dos en materia ambiental<sup>16</sup>, como los Tribunales Ambientales (a diferencia de aquellos ordinarios, únicos habilitados por esta jurisprudencia para presumir daños ambientales). La lectura en general del tratado, no obstante ello, permitirá afirmar que es posible de alcanzar tal compatibilidad si la infracción normativa es uno de los elementos (y no el único) que origina la presunción.

Cualquiera sea el caso, un aspecto común a la aplicabilidad de presunciones de daños ambientales por infracciones normativas –admitidas ante tribunales y procesos no especializados– es que el Tribunal Constitucional no las haya estimado conforme a la justicia y racionalidad garantizadas por la Constitución de formularse como ficciones de pleno derecho, debiendo admitirse así la rendición de prueba en contrario, lo que implica abandonar una de las lecturas sostenidas en su oportunidad del art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente (aunque no en atención al daño ambiental, sino a la culpa en principio requerida para comprometer la responsabilidad del autor, según a los arts. 3 y 51 de aquella ley<sup>17</sup>).

## Conclusiones

Al inaplicar por inconstitucionalidad presunciones de daños ambientales, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional del 31 de marzo de 2022<sup>18</sup>, objeto del presente comentario, ha carecido de efectos relevantes con relación a otras disposiciones legales que consagren expresamente tales inversiones probatorias, tanto por su reducido número, como por la circunstancia que la propia sentencia haya validado su aplicación ante tribunales ordinarios en procesos breves y concentrados, como usualmente ocurre, en tanto elementos que justificarían una restricción de las garantías de justicia y racionalidad, en detrimento del demandado en el proceso de reparación. En cambio, una apreciación distinta puede formularse de los efectos de esta sentencia frente a interpretaciones extensivas del art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994, Bases Generales del Medio Ambiente, que admiten la inversión de la prueba de daños de infringirse normas.

En efecto, al juzgar inconstitucional una disposición que expresamente presumía el daño ambiental por transgresión a la normativa, el Tribunal Constitucional ha formulado, de manera indirecta, un reproche de constitucionalidad a la interpretación afirmada por una posición jurisprudencial del art. 52 de la Ley N° 19.300 de 1994 que, sin mediar norma expresa alguna, extiende su contenido más allá de la culpa, alcanzando a la generalidad de los elementos de la responsabilidad por daños, incluida la producción misma de una “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido

<sup>16</sup> Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú, 04 de marzo de 2018). Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Art. 8 N° 3 letra a).

<sup>17</sup> VALENZUELA 1996, 131 y ss. En contra: GUZMÁN 2012, 177 y ss.

<sup>18</sup> Sentencia TC Rol N° 10109 (2021).

al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"<sup>19</sup>, lectura que en adelante habrá de estimarse afectar también la racionalidad y justicia en la tramitación de todo procedimiento de reparación de daños ante los Tribunales Ambientales.

Una interpretación como la referida es de especial importancia tras la vigencia del Tratado de Escazú, que impone a sus Partes contratantes la obligación de garantizar "medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba" (art. 8 letra e). A la luz de esta jurisprudencia constitucional, dicha presunción no podría producirse de la sola infracción a la normativa, debiendo asociarse a otros elementos que confirmen la racionalidad y justicia de tal inversión probatoria (en razón del carácter especializado de los Tribunales Ambientales y sus reglas procedimentales). Concretado ello legalmente, a su vez, la jurisprudencia aquí en análisis ha impuesto la admisión de prueba en contrario, siendo inconstitucionales presunciones de pleno derecho.

### Bibliografía citada

- ARÉVALO, Felipe y MOZO, Mario (2018). Alcance e interpretación de la Presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales ¿Presunción de responsabilidad o de culpabilidad?. *Revista de Derecho Ambiental* (9), 118-133. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2018.50202>.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2012). La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. *Revista de Derecho (Valdivia)* 25(1), 47-76. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>.
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón (2000). Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil. *Revista Actualidad Jurídica* (2), 327-345. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-2-P327.pdf>.
- DUSSAUBAT, Jean Paul (2016). Daño ambiental y el fracaso de la reparación voluntaria: diagnóstico y propuestas. *Revista de Derecho Ambiental* (6), 178-204. <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43321>.
- FEMENÍAS SALAS, Jorge (01 de marzo de 2018). Acerca de la presunción de causalidad en la responsabilidad por daño ambiental regulada en la LBGMA. El mercurio legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906390&Path=/0D/D4/>.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). Derecho Ambiental Chileno - Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión (Santiago, Planeta Sostenible) 268 pp. *Revista Chilena de Derecho* 40(2), 691-693. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200013>.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2005). La culpa con la ley en la responsabilidad ambiental. *Revista de Derecho (Valdivia)* 18(2), 9-25. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200001>.
- MORAGA SARIEGO, Pilar y DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2022). El aporte jurisprudencial de los Tribunales Ambientales chilenos en materia de reparación del daño ambiental. *Ius et Praxis* 28(2), 286-301. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200286>.
- PINOCHET ABALOS, María Jesús (2017). Responsabilidad ambiental en Chile. Análisis basado en la regulación comunitaria y española. *M+A Revista Electrónica de Medioambiente* 18(2), 137-161. <https://doi.org/10.5209/MARE.57982>.
- VALENZUELA, Rafael (1996). Responsabilidad civil por daño ambiental - régimen vigente en Chile. En: BRAÑES, Raúl, *Responsabilidad por el daño ambiental* (131-151). PNUMA.

<sup>19</sup> Ley N° 19.300 de 1994, artículo 2 letra e).

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007). Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley 19.300. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 29, 119-140. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512007000100003>.

### Normas citadas

- Constitución Política de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile). D.O No. 38.268.
- Decreto N° 2.222 de 1978 [Ministerio de Defensa Nacional]. Que sustituye la Ley de Navegación. 31 de mayo de 1978. D.O. No. 30.077.
- Decreto N° 209 de 2022 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe y su Anexo 1. 25 de octubre de 2022. D.O. No. 43.385.
- Ley N° 18.892 de 1989. General de Pesca y Acuicultura. 22 de diciembre de 1989. D.O No. 33.553.
- Ley N° 19.300 de 1994. Bases Generales del Medio Ambiente. 9 marzo 1994. D.O. No. 34.810.
- 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. No. 39.570.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 28 de junio de 2012. D.O. No. 40.299.

### Jurisprudencia citada

- Fisco de Chile con Forestal Candelaria Río Raulo Sociedad Anónima* (2010): Corte Suprema, 31 de agosto de 2010 (Rol N° 5027-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Fisco de Chile con Tribasa Conosur Sociedad Anónima* (2012): Corte Suprema, 29 de mayo de 2012 (Rol N° 8339-2009). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Fisco de Chile con Sociedad Larenas* (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 29 de noviembre de 2014 (Rol N° D-6-2013). [Demanda de reparación de daño ambiental].
- Ilustre Municipalidad de Ancud con Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante y otros* (2017): Tercer Tribunal Ambiental, 28 de diciembre de 2017 (Rol N° D-17-2016). [Demanda de reparación por daño ambiental].
- Requerimiento de Inaplicabilidad Respecto del Artículo 118 quáter de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura: Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2022 (Rol N° 10109-2021). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].



# La falta de servicio por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema *Acevedo con Fisco de Chile* (2023)

The fault of the public service due to abnormal functioning of the Administration of Justice. Comment on the decision of the Supreme Court *Acevedo v. State of Chile* (2023)

Joaquín Schäfer Rodríguez\*

El comentario cuestiona la falta de servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de los tribunales. Se analiza una decisión de la Corte Suprema que concluye que la falta de servicio es la base para responsabilidad de todos los órganos estatales.

The paper questions the fault of the public service as a basis of imputation of State liability for abnormal functioning of the courts. To this end, it analyzes a Supreme Court decision that concludes that the fault of the public service is the basis for liability of all state organs.

**Palabras clave:** responsabilidad del estado, falta de servicio, administración de justicia

**Keywords:** State Liability, fault of the public service, administration of justice.

## Introducción

Una de las bases sobre las que descansa el Estado de Derecho es el principio de responsabilidad. Es deber del Estado responder por los daños que este produzca a los ciudadanos. Ahora bien, no cualquier daño

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: joaquin.schafer@edu.uai.cl. Dirección postal: Av. Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 11 de agosto de 2023 y aceptado el 29 de septiembre de 2023.

es indemnizable, sino solo aquel que surja de la falta de servicio de un órgano estatal. Al menos de esta forma lo entiende la Corte Suprema, de acuerdo con su decisión de 4 de abril de 2023, donde estableció que este principio y título de imputación no solo se limita a los órganos que integran la Administración del Estado, sino que se extiende a todos los órganos estatales, incluyendo a los tribunales de justicia. A juicio del máximo tribunal, frente a una actuación desviada de un tribunal civil que cause daño a un ciudadano, la única alternativa es perseguir su reparación invocando como título la falta de servicio.

A partir de lo anterior, es posible preguntarse si estamos frente a un proceso de construcción, vía jurisprudencial, de un estándar de actuación para los órganos jurisdiccionales que, en caso de ser incumplido y causar daños a un ciudadano, surgirá la responsabilidad al Estado de reparar. Con el objeto de analizar la decisión de la Corte Suprema, en primer lugar, se dará cuenta de los hechos del caso (I), para luego exponer los argumentos que fundan la decisión del sentenciador (II). A partir de lo anterior, se analizará si es que en Chile existe un régimen general de responsabilidad aplicable a todos los órganos estatales y se revisarán algunas preguntas que surgen de entender la falta de servicio como el principio informador en materia de responsabilidad para órganos que no integran la Administración (III). Finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones.

## I. Los hechos del caso

Con fecha 8 de junio de 2000, una institución bancaria demandó a Wilibaldo Acevedo, en juicio ejecutivo especial hipotecario, fundado en que el ejecutado no había pagado los dividendos devengados a partir de un préstamo. Con fecha 18 de mayo de 2002, en procedimiento ejecutivo seguido ante el 13° Juzgado Civil de Santiago, el ejecutado opuso la excepción de pago. Sin embargo, el ejecutante solicitó al tribunal que se certificara la no oposición de excepciones y, con fecha 8 de junio de 2004, el Secretario de dicho tribunal certificó erradamente la no oposición de excepciones del ejecutado.

El error derivó en la subasta del inmueble, pese a que la deuda se encontraba íntegramente pagada. Si bien el ejecutado dedujo incidente de nulidad del remate, este fue rechazado en primera instancia, dado que el pago invocado era insuficiente para cubrir la deuda. Sin embargo, esto fue revertido por la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogió el incidente y retrotrajo el procedimiento al estado de emitirse el pronunciamiento sobre la excepción de pago. Con fecha 29 de agosto de 2013, el tribunal acogió la excepción interpuesta en mayo de 2002.

Posteriormente, con fecha 12 de mayo de 2017, Wilibaldo Acevedo dedujo demanda indemnizatoria en contra del Fisco de Chile por la negligencia de los funcionarios del 13° Juzgado Civil de Santiago. Esta demanda fue desestimada en primera instancia, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. En respuesta, el demandante interpuso recurso de

casación en el fondo, fundado en que ante el vacío legal que regule la responsabilidad del Poder Judicial, solo cabe aplicar las reglas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Finalmente, frente a la interposición de dicho recurso, con fecha 4 de abril de 2023, la Corte Suprema casó de oficio la sentencia de segunda instancia y dictó sentencia de reemplazo donde acogió la demanda interpuesta.

## II. El juicio de la Corte Suprema

Como se adelantó, la Corte Suprema acogió la demanda de indemnización en contra del Fisco, fundada en la falta de servicio consistente en la errada certificación de no oposición de excepciones, realizada por el Secretario del 13° Juzgado Civil de Santiago.

En su fallo, el máximo tribunal analiza el desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado, coincide en que la falta de servicio es una creación jurisprudencial de origen europeo y que esta ha sido recogida por el legislador nacional desde fines del siglo pasado. Lo anterior, de manera tal de concluir que la jurisprudencia ha evolucionado a un estado pacífico en que se reconoce la responsabilidad Estado, mediante un título de imputación que descansa en la noción de falta de servicio.

Para el caso en marras, la Corte Suprema estima que por ser Chile una República Democrática de Derecho no existe inmunidad de jurisdicción. Por lo tanto, todas las autoridades, personas o grupos se encuentran sometidas a la Constitución y la ley, entre las que se encuentran los tribunales. Así, todos los órganos estatales se encuentran sujetos a responsabilidad por sus actos frente a la ciudadanía. Es más, frente a una actuación desviada de un tribunal civil, solo existe una posible alternativa: “[el] afectado puede perseguir la reparación de los perjuicios soportados, respecto del Estado de Chile, invocando como título la falta de servicio”<sup>1</sup>.

A su vez, el máximo tribunal es claro en descartar la aplicación del artículo 38 de la Constitución y de la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) *in integrum* para atribuir responsabilidad al Estado por error de los órganos jurisdiccionales, puesto que dichas reglas se restringen a los órganos de la Administración. Empero, su decisión la Corte Suprema establece que “se torna indispensable acudir a la falta de servicio, aun sin norma expresa que lo ordene” por tratarse de una noción común en la responsabilidad del Estado, de manera tal que se ha erigido “como un verdadero principio informador sobre la materia”<sup>2</sup>.

Junto con lo anterior, la Corte Suprema desestima cualquier posibilidad de acudir a las reglas de la responsabilidad civil en materia de responsabilidad del Estado. El sentenciador funda su decisión en dos argumentos al res-

<sup>1</sup> Acevedo con Fisco de Chile (2023), c. 11°.

<sup>2</sup> Acevedo con Fisco de Chile (2023), c. 12°.

pecto. Por un lado, atendido que los artículos 2314 y siguientes del Código Civil tratan un fin específico: las consecuencias jurídicas frente a la comisión de delitos y cuasidelitos civiles. Por el otro, considera exagerado y desproporcionado aplicar el Código Civil como derecho común a todo el ordenamiento jurídico, especialmente, para el derecho público<sup>3</sup>.

Finalmente, como *obiter dictum* la Corte Suprema estableció que la acción constitucional contenida en el artículo 19 N° 7 letra i) no permite afirmar que se limita la responsabilidad del Estado por las acciones de sus tribunales de justicia. El deber general de reparación emana de las bases de la institucionalidad de la República de Chile<sup>4</sup>.

### III. Algunos comentarios al criterio de la Corte Suprema

Para efectos de analizar la decisión de la Corte Suprema, se seguirá la siguiente estructura. En primer lugar, se analizará si es que el tribunal construye un régimen general de responsabilidad aplicable a todos los órganos estatales (1). Enseguida, se revisan las posibles consecuencias de entender la falta de servicio como el título de imputación general para los órganos del Estado (2). Finalmente, se cuestiona la aplicación del estándar normativo de la falta de servicio para los órganos jurisdiccionales (3).

#### 1. Régimen de responsabilidad para los órganos que no integran la Administración del Estado

¿Existe en Chile un régimen general de responsabilidad aplicable a todos los órganos que integran el Estado? Antes de ensayar una respuesta a la cuestión, cabe hacer presente que la Corte Suprema no se encarga de delimitar si estamos frente a un deber del Estado de Chile de reparar los daños que sus órganos provoquen a los ciudadanos, o bien, si es que en Chile existe un régimen general de responsabilidad aplicable para ellos, con unas reglas y principios que le son propios. En el considerando 10° de su razonamiento, el tribunal afirma que las reglas que establecen la responsabilidad de los órganos que integran la Administración del Estado “constituyen una consagración de rango legal de una máxima constitucional esencial: Chile es una República Democrática de Derecho”. Si bien se caracteriza de forma efectiva al Estado de Chile, dicha afirmación por sí sola no permite establecer un régimen de responsabilidad sin regla expresa para los órganos estatales. Así, de la lectura de sentencia, parece ser que tal régimen no existe o, por lo pronto, no es posible construir dicho régimen con los silogismos que sigue el sentenciador. A continuación, se revisan algunos yerros e imprecisiones en que incurre el tribunal que permiten cuestionar la construcción normativa de este pretendido régimen.

<sup>3</sup> *Acevedo con Fisco de Chile* (2023), c. 14°. Se sigue una lógica en cuanto hay una *summa divisio* entre el derecho público y el derecho privado. VERGARA 2010, 94-110. La Corte Suprema ha retomado este criterio desde *Bustamante con Escuela de Aviación* (2022). ATAOLGU 2023, 270.

<sup>4</sup> *Acevedo con Fisco de Chile* (2023), c. 13°.

En primer lugar, en el considerando 10° el sentenciador indica que, en tanto Chile es una República Democrática de Derecho, no hay inmunidad de jurisdicción, por lo tanto, todas las personas, autoridades y órganos quedan sometidos a la Constitución y a la ley. El anterior argumento engloba, por lo menos, un error conceptual. Inmunidad de jurisdicción no implica que una persona no se encuentre sujeta al ordenamiento jurídico, sino que, en su sentido natural y estatal, se refiere al privilegio que blindo a una persona de ser juzgada por los tribunales del país donde tiene lugar el conflicto<sup>5</sup>. De lo anterior, no es posible coincidir con el sentenciador de manera que este no constituye un argumento plausible para sostener el pretendido régimen general de responsabilidad de los órganos estatales. Inmunidad de jurisdicción no es sinónimo de irresponsabilidad.

Enseguida, se observa una confusión entre las reglas que establecen la responsabilidad de los órganos que integran la Administración del Estado<sup>6</sup>. Por un lado, en el considerando 10°, el máximo tribunal utiliza las disposiciones que regulan la responsabilidad de los órganos que integran la Administración para justificar que todos los órganos del Estado serán responsables por sus actos frente a la ciudadanía. Por el otro, en el considerando 12°, la Corte rechaza la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 18.575 para establecer responsabilidad por los daños ocasionados por un tribunal de justicia. De lo anterior, si bien lo segundo constituye una obviedad<sup>7</sup>, lo primero resulta discutible. No es posible construir un régimen general de responsabilidad aplicable a los órganos estatales por medio del uso residual de disposiciones normativas que regulan a los órganos que integran la Administración. La Administración constituye una de las tantas formas en que se organiza el Estado y, a su vez, el ordenamiento nacional adopta una tesis orgánica de la Administración, de manera tal que el alcance de sus reglas parece meridianamente claro: estas se aplican solo a los órganos que la integran. Al intento de aplicar las reglas de la Administración del Estado al quehacer de los tribunales de justicia subyace un intento de asimilar el ejercicio de la función jurisdiccional con el cumplimiento de un servicio público.

En conjunto con lo anterior, se vislumbra un esfuerzo de crear por vía jurisprudencial un régimen general de responsabilidad para los órganos estatales, cuya argumentación carece de la densidad normativa necesaria para sostener dicha construcción. Según la Corte Suprema, la falta de servicio se aplica en tanto constituye un principio informador en materia de responsabilidad del Estado, pero poco aporta el sentenciador en la construcción normativa de dicha afirmación. Ahora bien, sostener que la falta de servicio es el

<sup>5</sup> LARROUCAU 2020, 40.

<sup>6</sup> El ordenamiento jurídico nacional sigue una tesis orgánica de la Administración, de acuerdo con el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.575 de 1986. SOTO KLOSS 2012, 167, BERMÚDEZ 2014, 18 y VALDIVIA 2018, 36-37.

<sup>7</sup> No es plausible sostener una interpretación que afirme que una ley que regula las bases de la Administración del Estado permite atribuir responsabilidad por los daños que ocasione un órgano jurisdiccional.

título de imputación general para los órganos públicos es un debate constante en la jurisprudencia, para lo cuál puede ser ilustrativa la discusión relativa a los órganos que integran la Administración del Estado, pero que por aplicación del artículo 21 se encuentran excluidos del Título II de la Ley N° 18.575, cuyo artículo 42 regula la falta de servicio.

En 2009, con el conocido caso “Seguel con Fisco”<sup>8</sup>, la Corte Suprema asentó su criterio de imputación a los órganos nombrados en el artículo 21 de la LOCBGAE. Descartada la hipótesis de irresponsabilidad, el máximo tribunal estimó que a dichos órganos les resulta aplicable el artículo 2314 del Código Civil. El modo de construir el factor de atribución viene de la mano con una asimilación conceptual: la falta de servicio es similar a la culpa en materia civil<sup>9</sup>. Así las cosas, el cambio vino dado en 2022 con el caso “Bustamante con Escuela de Aviación”<sup>10</sup>, donde, frente a la misma hipótesis, el máximo tribunal concluyó que el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no impide la imputación de la falta de servicio a los órganos allí incluidos. El sentenciador estableció que el artículo 4° de la Ley N° 18.575 sirve de “piedra angular” para la responsabilidad de los órganos del Estado, por medio de un método de interpretación sistemático de la ley<sup>11</sup>.

Este debate jurisprudencial permeó también la responsabilidad de los órganos que no integran la Administración, como es el caso de los tribunales de justicia. En el caso “Espinoza con Fisco” la Corte Suprema estableció que, para los órganos estatales excluidos de las reglas que atribuyen responsabilidad por falta de servicio, la controversia jurídica “ha de resolverse acudiendo al derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, esto es, los artículos 2314 y siguientes del Código Civil”<sup>12</sup>. De esta forma, la responsabilidad aquiliana se erigió como el régimen supletorio general de responsabilidad para los órganos estatales<sup>13</sup> y se confirmó el criterio de “Seguel con Fisco”. Lo anterior, hasta 2023, puesto que en la sentencia sujeta a análisis la Corte Suprema descartó en todo evento la aplicación de las reglas civiles al momento de atribuir responsabilidad a un órgano estatal, siguiendo la teoría de la *summa divisio* entre el derecho público y el derecho privado.

Finalmente, es posible concluir que el juicio de la Corte Suprema no permite construir un régimen general de responsabilidad aplicable a los órganos estatales. El alcance de las reglas de responsabilidad para los órganos de la Administración es claro, en tanto el ordenamiento jurídico sigue una

<sup>8</sup> *Seguel con Fisco de Chile* (2009).

<sup>9</sup> PIERRY 1996, 299-303, FERRADA 2020, 388-390 y ATAOGU 2023, 269.

<sup>10</sup> *Bustamante con Escuela de Aviación* (2022). Este criterio ha sido refrendado por el máximo tribunal en *Alarcón con Fisco* (2022). HUEPE 2022, 83-84.

<sup>11</sup> ATAOGU 2023, 271-272.

<sup>12</sup> *Espinoza con Fisco de Chile* (2015), c. 4°. Esto fue refrendado por el máximo tribunal en *Verme y otros con Fisco de Chile* (2016), c. 5°; *Acuña con Fisco de Chile* (2018), c. 7° y *Barros y otros con Fisco de Chile* (2018), c. 6°.

<sup>13</sup> FERRADA 2020, 389-390.

tesis orgánica de la Administración. Por último, si bien la asimilación de la falta de servicio a la culpa civil suscita cuestionamientos, sirve de argumento normativo para establecer responsabilidad al Estado, argumento que la sentencia en comento carece.

## 2. Algunas consecuencias de entender la falta de servicio como el principio informador en materia de responsabilidad del Estado

Como bien recuerda la sentencia objeto de análisis, la falta de servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado, es una figura de origen pretoriano y comparado. Así, encuentra su origen en el derecho francés a mediados del siglo XIX y fue incorporada por primera vez al ordenamiento jurídico chileno por medio de la dictación del D.L. N°1.289 de 1976 que estableció la Ley de Municipalidades. Sin perjuicio de lo anterior, la promulgación de la LOCBGAE en 1986 fue la encargada de establecer la falta de servicio como factor de imputación en materia de responsabilidad del Estado. Desde entonces, se ha constituido como el título de imputación por regla general y la jurisprudencia se ha encargado de perfeccionar la aplicación de la figura<sup>14</sup>.

La incorporación de falta de servicio al derecho chileno y su desarrollo por parte de la jurisprudencia ha sido clave para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Si bien su aplicación extensiva a todos los órganos que integran la Administración ha sido objeto de discusión, a partir del desarrollo jurisprudencial de las últimas décadas, es posible afirmar que esta incluye incluso a los órganos nombrados en el artículo 21 de la LOCBGAE. Respecto de estos últimos, ora por la equiparación de la falta de servicio a la culpa civil, ora por medio de una interpretación sistemática de la ley 18.575.

Así las cosas, paulatinamente el alcance de la falta de servicio se ha extendido a otros órganos estatales, como fue el caso de "Espinoza con Fisco". En dicho caso, la Corte Suprema aplicó el funcionamiento anormal de la Administración como título de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, de manera de equiparar, en cierta forma, la falta de servicio administrativa al "error en la administración de justicia". Esta precisión es relevante, toda vez que en un estadio previo a dicha sentencia, parecía un lugar común en la doctrina entender que la única hipótesis para hacer responsable al Estado Juez venía dada por el error judicial<sup>15</sup>, es decir, la comisión de un error o arbitrariedad al momento de ejercer la función jurisdiccional<sup>16</sup>.

A partir de la aplicación de la falta de servicio para casos en que existe un error en la administración de justicia no equiparable al error en el ejercicio de la función jurisdiccional, es posible preguntarse en qué medida este razo-

<sup>14</sup> CORDERO 2018, 65-74.

<sup>15</sup> De acuerdo con la acción constitucional del artículo 19 N°1 7 letra i) de la Constitución y el artículo 5° de la Ley N° 19.640 de 1999. SOTO 2016, 334-335.

<sup>16</sup> Es posible entender la función jurisdiccional como aquella consistente en agotar el componente jurídico de una controversia con autoridad de cosa juzgada. ALDUNATE 1995, 16.

namiento de la Corte Suprema se extiende a otros órganos estatales. Lo anterior, especialmente atendido que dicha figura no se encuentra expresamente regulada en el derecho chileno<sup>17</sup>. La falta de servicio encuentra su origen en el servicio público, en tanto se configura cuando el servicio no actúa debiendo hacerlo, actúa mal o tardíamente, o bien, al momento de presentarse una mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio público<sup>18</sup>. Por tanto, si se extiende su aplicación a órganos que detentan una función pública distinta de la administrativa surgen una serie de cuestionamientos, como, por ejemplo, cuál es el estándar normativo que deben cumplir los órganos jurisdiccionales para que no incurran en falta de servicio.

La sentencia sujeta a análisis es clara en afirmar que en Chile todos los órganos estatales se encuentran sujetos a responsabilidad por los daños que infrinjan a la ciudadanía. Ahora bien, en su decisión la Corte Suprema no se encarga de indicar cuál es el régimen aplicable a aquellos órganos que ni la Constitución ni sus leyes orgánicas respectivas establecen la disciplina normativa asociada a su responsabilidad. En su considerando 14° desecha cualquier remisión al derecho civil, como ocurrió en "Espinoza con Fisco". En este sentido, es posible preguntarse cuál es el alcance de la falta de servicio para estos órganos. ¿Qué ocurre si algún particular intenta asimilar una resolución judicial "errónea o arbitraria" a la falta de servicio administrativa? ¿Será igualmente responsable el Estado?

Para ensayar una respuesta a la cuestión es posible revisar una decisión anterior de la Corte Suprema, en el caso "Grimberg con Fisco" donde, si bien el sentenciador hace presente que el avance del derecho público ha consagrado como principio básico la responsabilidad del Estado por los daños que cometan sus órganos, este tiene un límite. En este sentido, el máximo tribunal establece que el principio de responsabilidad "no puede únicamente referirse a la Administración del Estado y alcanza también al Poder Legislativo y al Poder Judicial *en toda su actividad que no sea propiamente legislativa o jurisdiccional*"<sup>19</sup>. De esta forma, se concluye que la responsabilidad se extiende a todos los órganos estatales, en la medida en la que no implique el ejercicio de su función pública. Ahora bien, ¿en qué casos un órgano no está desarrollando "propiamente" su actividad? Es difícil sostener que una errada certificación de no oposición de excepciones en un juicio ejecutivo no constituye una actividad propiamente jurisdiccional<sup>20</sup>. Dibujar los contornos de esta responsabilidad sigue siendo una tarea pendiente para la jurisprudencia.

<sup>17</sup> VALDIVIA 2016, 344.

<sup>18</sup> CORDERO 2018, 16-20 y VALDIVIA 2018, 433.

<sup>19</sup> *Grimberg con Fisco de Chile* (2014), c. 11°.

<sup>20</sup> Especialmente al considerar que la Constitución dispone la función jurisdiccional a partir de los momentos que la integran, es decir, conocer las causas, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, de conformidad con el artículo 76 inciso primero. Desde luego, esto no implica que algunos tribunales tengan funciones que exceden el ejercicio de la jurisdicción, por ejemplo, considérese el gobierno judicial que ejerce la Corte Suprema BORDALÍ 2013, 619-626.

En conclusión, es posible sostener que, si bien la Corte Suprema identifica correctamente el origen pretoriano y comparado de la falta de servicio, parece soslayar que dicho origen se enmarca precisamente en el actuar de un servicio público. Si la falta de servicio es una construcción teórica para atribuir responsabilidad al Estado por hechos cometidos por los órganos que integran la Administración ¿cómo resulta aplicable dicho criterio al Estado Juez? Esto, incluso considerando que esa responsabilidad alcanza a los tribunales de justicia “en toda su actividad que no sea propiamente jurisdiccional”. ¿Cuándo la función de un tribunal de justicia no es “propiamente jurisdiccional”?

### 3. La construcción de un estándar normativo de la falta de servicio para los tribunales de justicia

A partir de la premisa consistente en que en Chile todas las autoridades y órganos que integran el Estado se encuentran sujetos a responsabilidad por los daños que ocasionen a la ciudadanía, la Corte Suprema sostiene que la falta de servicio es una noción transversal en la materia y opera como un verdadero principio informador en responsabilidad del Estado<sup>21</sup>. Desde luego, la falta de servicio se construye como una noción que opera en la “falta”, o bien, en el “error” en algo<sup>22</sup>. Si bien la construcción de un estándar normativo aplicable a la falta de servicio para los órganos de la Administración es una tarea en continuo desarrollo, la propia sentencia en comento recuerda las formas que puede adoptar, a saber, “la actividad jurídica ilegal del aparato estatal, su mala organización, el funcionamiento defectuoso y las omisiones o silencios cuando debió actuar, siempre que de ello derive *daño* en los particulares”<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, una cuestión llamativa que surge a la luz de la sentencia en discusión dice relación con el estándar normativo de la falta de servicio para los órganos jurisdiccionales. Es decir, identificar cuáles son las hipótesis en que la acción u omisión de un tribunal de justicia constituye falta de servicio. Bien se identificó anteriormente que esta no tiene lugar en el marco de su actividad “propiamente jurisdiccional”. Entonces, ¿de qué forma es posible construir el estándar normativo aplicable a los órganos jurisdiccionales para que estos no incurran en falta de servicio? Pretender aplicar la falta de servicio a los órganos jurisdiccionales viene de la mano con el intento de asimilar el ejercicio de la función jurisdiccional con el cumplimiento de un servicio público. Como se indicó previamente, es menester tener en consideración que el ordenamiento nacional se adscribe a una tesis orgánica de la Administración del Estado. Resulta problemático afirmar que un tribunal de justicia sea un servicio público<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Acevedo con *Fisco de Chile* (2023), c. 12°.

<sup>22</sup> SOTO KLOSS 2012, 845-846 y Cordero 2018, 16-20.

<sup>23</sup> Acevedo con *Fisco de Chile* (2023), c. 8°.

<sup>24</sup> VALDIVIA 2016, 349-350.

En la decisión en comento, la falta de servicio se construye a partir del actuar de un funcionario del 13° Juzgado Civil de Santiago, cuyo error dio lugar a la equivocada certificación de no oposición de excepciones en el juicio ejecutivo hipotecario. En concreto, en dicha sentencia se construye la falta de servicio a partir de las disposiciones que establecen el parámetro de conducta que debía seguir el Secretario. En términos generales, la Corte Suprema concluye que sus principales obligaciones vienen dadas, por un lado, por verificar la correcta formación del expediente judicial y, por el otro, por actuar como ministro de fe. En tanto dichas obligaciones fueron manifiestamente incumplidas por el Secretario, el sentenciador concluye que esto “importa una actuación imperfecta de un órgano de la administración de justicia, constitutiva de falta de servicio”<sup>25</sup>.

Por su parte, en otro caso de responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia, el conocido “Espinoza con Fisco”, el máximo tribunal no fue tan preciso en la construcción del estándar normativo aplicable al órgano jurisdiccional<sup>26</sup>. Sin embargo, a partir de dicho caso, alguna doctrina ha indicado que el funcionamiento anormal de la administración de justicia, como factor de atribución, es un concepto jurídico indeterminado, que agrupa situaciones como la dilación indebida del procedimiento, funcionamiento irregular en los procedimientos judiciales o falta de coordinación entre ellos. La clave viene dada en cuanto el error, o ausencia de servicio, no pueda asimilarse a un error o arbitrariedad judicial, sino a una falta de servicio<sup>27</sup>.

Por último es posible preguntarse si estamos frente a un proceso de construcción, vía jurisprudencial, de un estándar de actuar para los órganos jurisdiccionales. Estándar que, en caso de ser incumplido, compromete la responsabilidad del Estado. Ahora bien, si la hipótesis de responsabilidad del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución era extremadamente restrictiva, la cláusula general de la falta de servicio conceptualizada en la sentencia en comento no entrega un parámetro claro de conducta, especialmente, atendido que se aplica sin norma expresa que dibuje las fronteras o elementos de esta responsabilidad.

## Conclusiones

A partir del análisis de la sentencia en comento, se ofrecen las siguientes conclusiones.

1. En primer lugar, es posible concluir que, por vía jurisprudencial, se ha construido un régimen de responsabilidad para los órganos jurisdiccionales sin norma expresa. Este se funda en una asimilación conceptual entre la falta de servicio administrativa y el error o funcionamiento anormal de la admi-

<sup>25</sup> *Acevedo con Fisco de Chile* (2023), c. 18°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23°.

<sup>26</sup> VALDIVIA 2016, 336-337.

<sup>27</sup> SOTO 2016, 334 y VALDIVIA 2016, 348.

nistración de justicia. Lo anterior es problemático, toda vez que encarna un intento de equiparar un tribunal de justicia a un servicio público.

2. Enseguida, el juicio de la Corte Suprema no permite construir un régimen general de responsabilidad aplicable a los órganos estatales. Las reglas de responsabilidad para los órganos que componen la Administración del Estado no son aplicables a órganos que no la integran: el ordenamiento jurídico sigue una tesis orgánica de la Administración. A su vez, si bien la asimilación de la falta de servicio a la culpa civil conlleva cuestionamientos, sirve de argumento normativo para establecer responsabilidad a órganos estatales sin norma expresa.

3. Finalmente, el análisis de la presente sentencia invita a cuestionarse cuál es el estándar normativo aplicable a un órgano jurisdiccional. Si la hipótesis del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución era extremadamente restrictiva, la cláusula general de la falta de servicio no ofrece un parámetro normativo claro de conducta, de manera tal de identificar cuáles son los casos en que el error de un órgano jurisdiccional constituye una falta de servicio.

## Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1995). La independencia judicial. Aproximación teórica. Consagración constitucional y crítica. *Revista de Derecho (Valparaíso)* 16, 11-26.
- ATAOGLU COLONNELLO, Seren (2023). La especialidad jurídica y la falta de servicio en las Fuerzas Armadas. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de enero de 2022 en autos Rol N° 4191-2021. *Revista Ius et Praxis* 29 (1), 267-275.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª edición). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2013). La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)* 40 (2), 609-634.
- CORDERO VEGA, Luis (2018). *Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado*. DER.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Administración Pública* 211, 373-406.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2022). La falta de servicio como título de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado, ¿es el único que acepta nuestro sistema? Fundamentos para la admisión de otros títulos de imputación. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (36), 71-109.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020). *Judicatura*. DER.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1996). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho Público* 59, 287-309.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Corte Suprema). *Revista de Derecho (Valdivia)* XXIX (1), 331-335.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (3ª edición). LegalPublishing.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch.
- VALDIVIA, José Miguel (2016). Responsabilidad del Estado por faltas de servicio de los órganos judiciales. Comentario a Espinoza Marfull con Fisco. *Anuario de Derecho Público* 1, 334-353.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como "derecho común"*. LegalPublishing.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).  
 Ley N° 18.575 de 1986. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. No. 32.640.  
 Decreto N° 1 de 2006. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. No. 38.523.  
 Ley N° 19.640 de 1999. Orgánica Constitucional del Ministerio Público. 15 de octubre de 1999. D.O. No. 36.489.  
 Decreto N° 1 de 2000. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000. D.O. No. 36.676.

## Jurisprudencia citada

- Acevedo con Fisco de Chile* (2023): Corte Suprema, 4 de abril de 2023 (Rol N° 5.334-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Alarcón con Fisco de Chile* (2022): Corte Suprema, 11 de julio de 2022 (Rol N° 85.903-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Bustamante con Escuela de Aviación* (2022): Corte Suprema, 25 de enero de 2022 (Rol N° 4.191-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Barros y otros con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, 25 de septiembre de 2018 (Rol N° 45.106-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Acuña con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, 22 de mayo de 2018 (Rol N° 41.971-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Verme y otros con Fisco de Chile* (2016): Corte Suprema, 5 de enero de 2016 (Rol N° 5.760-2015). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Espinoza con Fisco de Chile* (2015): Corte Suprema, 2 de junio de 2015 (Rol N° 4.390-2015). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Grimberg con Fisco de Chile* (2014): Corte Suprema, 30 de enero de 2014 (Rol N° 5.145-2013). Tercera Sala. [Recurso de casación].  
*Seguel con Fisco de Chile* (2009): Corte Suprema, 30 de julio de 2009 (Rol N° 371-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].

## Setuáin, Beatriz

*La reutilización de agua en un contexto de cambio. Un análisis jurídico-administrativo*, Editorial Aranzadi, (Pamplona, España, 2023) , 231 pp.

La obra de la autora Setuáin sobre reutilización de agua, resulta ser un texto actual, novedoso y muy necesario para comprender el fenómeno del reúso de las aguas en España, dentro del contexto de la Unión Europea. También constituye un aporte muy valioso para estudiar este fenómeno desde la perspectiva chilena puesto que, adelanta al jurista la configuración de instituciones que apenas se han recogido en el Derecho nacional, por no decir que solo se han esbozado como meras pretensiones en la legislación de aguas y de cambio climático. Es, además, un trabajo que resulta de necesaria lectura puesto que el mismo fenómeno de la crisis climática que azota en otras latitudes, está presente en nuestro territorio y el Poder Legislativo está haciendo innumerables esfuerzos por regular la reutilización de las aguas residuales.

Del mismo modo como lo señala en sus primeras páginas, esta investigación se realiza en una época de cambio normativo, en especial del marco europeo, tras la aprobación del Reglamento comunitario 2020/741, de 25 de mayo, que establece los requisitos mínimos para la reutilización del agua (RRA), “[...] que hace precisamente de la gestión de riesgos y de la figura del Plan de Gestión de Riesgos el núcleo central del modelo regulatorio que establece” (p. 18). Se trata entonces de encajar la normativa comunitaria en las reglas españolas de reutilización que aparecen ya en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA) y en su Reglamento, Real Decreto 1620/2007 de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas (RDR) que sigue vigente en todo aquello que no sea contrario a la nueva regulación legal, recientemente aprobada, mediante el Decreto Ley

4/2023, de 11 de mayo por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, entre otros.

El libro se estructura sobre la base una breve presentación y de cuatro capítulos que en su extensión son bastante uniformes y abordan a cabalidad el fenómeno del reúso de las aguas. La tesis central sobre la que se sustenta la obra es la necesidad de adaptar normativa y sustantivamente en la regulación española las directrices que contiene el Derecho europeo comunitario. Un aspecto muy valioso que destacar es que no constituye un texto de lege ferenda, sino que, por el contrario, repasa las distintas instituciones de las que se compone el proceso –o, mejor dicho, la actividad– de la reutilización de aguas bajo una perspectiva crítica, muy aguda y precisa, con la finalidad de demostrar los efectos negativos de la regulación vigente y descubrir los desafíos que plantea la nueva normativa comunitaria.

En el primer capítulo, intitulado “La reutilización de agua en el marco de la economía circular: el mito del nuevo paradigma frente a la necesidad de un derecho ajustado y operativo”, la autora hace una evaluación crítica frente a la alusión que, en distintos instrumentos –tanto supranacionales (de carácter no normativos) como nacionales–, se hace con respecto al vínculo que se habría forjado entre la economía circular y la reutilización de agua como necesaria para justificar y reforzar esta actividad. En este sentido, Setuáin sostiene que “[p]ese a su decidida apuesta por la circularidad, lo cierto es que, hasta la fecha, la Unión Europea no ha considerado preciso ju-

ridificarla a través de una norma ad hoc que regule el modelo económico desde la perspectiva de la acción comunitaria. La decisión habitual, como se ha visto, ha sido formalizar dicha opción en textos extranormativos no vinculantes en los que, en el mejor (y menos frecuente) de los casos, se fijan objetivos y directrices de actuación para una posterior consolidación normativa” (p. 33). Para la autora, el nexo entre reutilización y economía circular no contribuiría a aportar o agregar un elemento distintivo a la forma en que el ordenamiento jurídico ha regulado la actividad, al punto que no hay ninguna base para efectos de poder sustentarla como un nuevo paradigma. Sin embargo, y vinculando la economía circular con los objetivos de sostenibilidad ambientales, podría concluirse que este concepto clama por la necesidad de que el Derecho actúe, modificándose y adaptándose, con la necesidad de perfeccionar la aplicación de su marco jurídico, en especial, llenando lagunas. Una de dichas lagunas está constituida por la ausencia del diseño de un régimen económico-financiero aplicable a esta actividad, es decir, quién debe sufragar los costes de la reutilización. En la actualidad, esta obligación se dirige a quienes detentan el título administrativo que la habilita (una concesión o una autorización, según sea el caso), pero ello no necesariamente se coherencia con quién o quiénes deben realmente soportar los costes de regenerar y distribuir el agua depurada. Se cierra este capítulo con una mención muy especial a los Planes Hidrológicos de Cuenca, los que a juicio de la autora y de conformidad a la ley son aquellos instrumentos a los que se subordina toda actuación en torno al recurso y “[...] juegan un papel esencial para la incorporación de dicha actividad [la reutilización] en la gestión ordinaria del agua” (p. 45).

El capítulo segundo, denominado “El desafío de las sustancias potencialmente contaminantes no reguladas en el ámbito de la reutilización de agua. La incorpora-

ción de la gestión de riesgos prevista en el RRA”, está dividido en dos partes. La primera de ellas se dirige a enjuiciar la falta de consideración por parte del ordenamiento jurídico de ciertas sustancias sobre las que existen indicios razonables de potencialidad contaminante. Como señala la autora, “[l]as reflexiones que ocupan este capítulo están centradas en poner en evidencia el desafío que supone para la reutilización la presencia en el agua regenerada de productos no considerados por el ordenamiento jurídico” (p. 65). En este sentido, el texto analiza el control de las sustancias no reguladas a través del sistema de “listas de observación” o “Watch lists” –sistema propuesto en el ordenamiento comunitario–, las que se componen de sustancias sobre las cuales se sospecha, a partir de información disponible, de su potencial contaminante, pero respecto de las cuales se carece de elementos suficientes para acreditar su riesgo significativo. A este respecto, se tacha de insuficiente este mecanismo tanto desde una perspectiva sustantiva (en cuanto se han restringido los productos objeto de seguimiento, otros se han excluido y hay dificultades para determinar la significación del riesgo), como desde una óptica cronológica (en especial, la vigencia y oportunidad de dichas listas) y desde una arista funcional (las listas de observación como resultado de un proceso de evaluación a doble escala). Finaliza esta primera parte con la propuesta de herramientas de mejora normativa y la adopción de medidas complementarias conforme al principio de precaución.

La segunda parte del capítulo segundo se avoca a ciertas propuestas específicas del RRA, como es la incorporación de la gestión de riesgos en la reutilización del agua. A juicio de la autora, “[r]esulta palmario que la norma comunitaria de reutilización adopta de manera decidida la óptica propia del actual Derecho ambiental, en la que el riesgo es una referencia principal” (p. 98). La actividad de la reu-

tilización se había tratado en España desde la perspectiva del Derecho de aguas, sin perjuicio de la incidencia sanitaria, bajo lo que la autora denomina una óptica “clásica”. La normativa europea intercala a esta mirada tradicional el concepto de riesgo. El engranaje medular del sistema jurídico comunitario en torno a la reutilización está constituido por los Planes de Gestión del Riesgo (PGR). A través de ellos, “[...] se determinarán las condiciones, requisitos, responsabilidades, prácticas, medidas y cualquier otro elemento preciso para identificar, evaluar y, sobre todo, responder a dicho riesgo” (p. 99). Esta segunda parte aborda los aspectos subjetivos de los PGR (los sujetos intervinientes en su elaboración) para destacar el papel fundamental que le cabe al operador de la ERA (Estación Regeneradora de Aguas), que controla dicha instalación y que a menudo –en España– coincidirá con el gestor de la EDAR (Estación Depuradora de Aguas Residuales), en la identificación y valoración de los riesgos, como en el reconocimiento de sus obligaciones y de las demás de las partes responsables. Asimismo, se plantean los aspectos sustantivos de los PGR, es decir, la identificación, evaluación y gestión de los riesgos, lamentando que el RRA no haya integrado el saneamiento en baja en el sistema de reutilización, dejándolo al margen del sistema normativo. Sin embargo, la autora entrega sólidos argumentos para defender que dicha actividad no quede relegada de la reutilización y que sus responsables, aun cuando no tengan la calidad de partes del modelo, participen de diversas maneras en la elaboración de los PGR. Culmina el capítulo con un análisis detallado de la evaluación y gestión de los riesgos con especial consideración al principio de precaución y el nuevo enfoque multibarrera que incorpora el RRA para dar respuesta a una realidad patente en la reutilización: “[...] la necesidad de aplicar a demandas potenciales o existentes caudales regenerados que no alcanzan el nivel de calidad exigido por el ordenamiento jurídico” (p. 120).

El capítulo tercero que se titula “La necesidad de adaptar sustantiva y normativamente el elemento subjetivo de la reutilización de agua: los actores implicados y sus obligaciones y responsabilidades”, consiste en el análisis contrapuesto del elemento subjetivo de la reutilización entre el RDR y la normativa comunitaria o RRA. A este respecto, se indica que en el RDR “[s]e señala así a los titulares de la concesión o autorización de reutilización como detentadores de los títulos que la habilitan, lo que permite constatar su intervención preeminente en esta actividad pero no determinar la posición en que actúan, puesto que no se indica a quiénes corresponden” (p. 128). Por su parte, el RRA amplía las posiciones subjetivas de la reutilización ya que se inclina por un diseño normativo de mayor complejidad, al que la autora identifica como “sustantivo”, en el que distingue las diversas fases intermedias de la reutilización. La autora identifica como preeminente la necesidad de coordinación que debe existir entre todos aquellos que intervienen en el sistema de reutilización (tanto operadores como usuarios finales) ya que ambos, están concatenados a partir de la elaboración del PGR que se alza como la obligación vertebral de la actividad. A su juicio, “[e]l propósito que persigue esta figura es disponer de un instrumento integral y “engrasado” que opere sobre todos los elementos del sistema y que se conforme desde la intervención coordinada y complementaria de los diversos actores implicados, propiciando así una visión completa del conjunto a través de la suma articulada de las distintas ópticas específicas” (p. 153). Concluye este acápite sosteniendo que para adecuar la normativa interna a la europea se deben efectuar ciertas articulaciones “imprescindibles” entre ambos cuerpos jurídicos, abandonando el modelo interno y aproximándose a uno que defina con claridad las posiciones, obligaciones y responsabilidades de la reutilización, desde una perspectiva funcional o sustantiva.

Por último, en el capítulo cuarto, llamado “La necesidad de adaptar normativa y sustantivamente los títulos habilitantes de la reutilización de agua” la autora expone que tanto en la normativa interna como en la comunitaria se exige la obtención previa de un título administrativo para la reutilización de agua. Sin embargo, la diferencia estriba en su contenido. De conformidad al TRLA para proceder a la reutilización de agua se requiere concesión administrativa, como regla general, salvo que el solicitante disponga de una autorización de vertido de agua depurada, en cuyo caso, solo necesita de una autorización complementaria. En rigor, los títulos se requieren para “reutilizar” y “[...] en ningún momento la definición de “reutilización” hace referencia a la función regeneradora –producción y suministro de dicha agua anterior al uso–, que aunque forma parte de esa actividad en sentido amplio y resulta determinante para tal uso, es para estos preceptos algo materialmente separable y superado: los títulos habilitan para aplicar el agua tras su regeneración” (p. 185). El ordenamiento español no consagra un título habilitante para la función de regeneración del agua ni tampoco considera algún título específico para publicar la actividad. La autora intenta interpretar los motivos que condujeron al legislador y al reglamentador en esta omisión para concluir que esta regulación ocasiona importantes desajustes jurídicos que, a su vez, tienen implicancias subjetivas y materiales, tales como la diferenciación entre el titular de la concesión o autorización de reutiliza-

ción del usuario final, que posibilita la detentación de titularidades por parte de quienes no son usuarios de la actividad. Por su parte, el permiso de que da cuenta el RRA “[...] tiene una dimensión sustantiva más intensa, que afecta a todo el sistema de reutilización como conjunto de infraestructuras y elementos tecnológicos y también, rebasando este plano, al propio ejercicio de la actividad, sin erigirse por ello en título de uso final del recurso” (p. 194). Lo anterior, queda demostrado por la estrecha vinculación que tiene este título con los PGR, en los que se basa. Lo fundamental, está en que el PGR cimenta al permiso administrativo y sus “[...] disposiciones se asumirán en el contenido del título como obligaciones directas de su titular” (p. 194). Cierra este capítulo una reflexión sobre la oportunidad que brinda el RRA de poder adaptar la normativa española y pasar de una regulación de títulos deficiente a una funcional.

Estamos ante una obra muy meritoria que aborda de manera integral y muy detalladamente la reutilización de agua desde una perspectiva jurídica-administrativa. Se transforma en un texto relevante por el hecho de encontrarnos inmersos en la coyuntura del cambio normativo, debiendo integrar los presupuestos jurídicos europeos al ordenamiento español. En suma, se trata de un trabajo que adelanta los problemas técnicos que están inmersos en la actual normativa advirtiendo tempranamente los errores que se pueden cometer en una futura regulación.

**Tatiana Celume Byrne**

*Investigadora  
Universidad San Sebastián, Chile*

---

## Rodríguez de Santiago, José María (2021)

*Sistema de fuentes del Derecho Administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho.* Madrid: Marcial Pons, 183 pp.

---

La publicación objeto de esta recensión, se inserta dentro de las preocupaciones constantes que el autor –catedrático de Derecho administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid y periódico visitante de Chile–, viene desarrollando en los últimos 15 años.

En efecto, desde *La administración del Estado social*<sup>1</sup> Rodríguez de Santiago viene perfilando la diferencia esencial entre dos modos de configurarse el ordenamiento jurídico, en especial aquel que apunta a la Administración a través de mandatos vinculantes y mandatos de optimización. Asimismo, tuve la suerte de participar en un seminario en Barcelona el año 2013 donde el autor expuso las ideas centrales de un trabajo ya mayor y que ha provocado profundo impacto en la teoría general del Derecho administrativo como es su *Metodología del Derecho administrativo*<sup>2</sup> donde traza esa diferencia radical entre el método de control propio del Poder Judicial a partir de normas de control, y el método direccional específicamente jurídico-administrativo que permite a la Administración tomar decisiones entre el arco de posibilidades que le plantea legítimamente su discrecionalidad a partir de normas de conducta.

El libro que ahora se comenta, constituye una profundización y aplicación en este mismo orden de reflexiones, acerca de cuál es el sistema de fuentes propio del Derecho administrativo, pero no solo eso, sino que también es una respuesta o explicación al modo en que desde el Derecho se guían las decisiones complejas que debe tomar este esencial centro

de imputación de poder en su actividad permanente.

Para ello hablaré sobre la estructura y contenido del libro, y luego haré una valoración crítica del mismo.

La presente monografía, se encuentra dividida en una presentación justificativa del trabajo, más cuatro capítulos.

En efecto, en la *Presentación* aparte de trazar el rumbo de la monografía, justifica metodológicamente el trabajo, en la medida que el Derecho, junto con la Política y los presupuestos “han sido formas tradicionales de dirigir (y dotar de legitimidad democrática a) la actividad administrativa”. Y en efecto, el Derecho es no solo una forma de controlar a la Administración, sino que también de dirigirla. Entonces, es imperioso construir y explicar debidamente el sistema de fuentes, no solo decir lo que no puede hacer la Administración, sino que sobre todo para decir lo que debe hacer y cómo debe realizarlo. Para ello, es imprescindible un recorrido por todo el sistema de fuentes desde la Constitución en línea descendente y hasta las normas técnicas.

En el *Capítulo Primero*, trata sobre conceptos fundamentales del sistema de fuentes del Derecho administrativo. Partiendo del concepto de norma jurídico administrativa, como todo criterio jurídico de decisión impuesto a la Administración por alguna de las fuentes reconocidas en el sistema, realiza un recorrido desde la Constitución como un programa para la validez de las normas del Derecho interno, en especial por su capacidad para –precisamente– programar el modo o procedimiento de creación del Derecho, y para luego integrar armónicamente las normas provenientes de sistemas externos, en especial de la UE y de tratados internacionales, superándose de

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2007, 199.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 210.

paso el viejo principio de la jerarquía que reconocía a un solo centro normativo impulsor, y que ahora es abierto a distintos niveles tanto en el sistema interno como en el sistema externo. Asimismo, plantea que el panorama de la vigencia territorial nacional de las normas jurídicas se disuelve en la medida que se reconocen distintos centros o subcentros productores territoriales y funcionales de normas. Igualmente, el tema temporal o de entrada en vigencia de las normas se complejiza, lo mismo que el panorama de la retroactividad e irretroactividad cambia desde las viejas reglas decimonónicas a panoramas más complejos en la medida que entran en juego otros elementos como la confianza legítima, los derechos adquiridos en el campo del Derecho público u otros, que relativizan esas reglas generales. Por último, se cierra este capítulo con un apartado sobre la pérdida de vigencia de las normas por derogación o por nulidad con sus efectos diferenciales.

El *Capítulo Segundo* analiza los distintos criterios para la ordenación de las relaciones internormativas, a saber: jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad y primacía aplicativa. Así, inicia su análisis desde la configuración de la base: el principio de jerarquía normativa, en cuanto verdadero motor o mecanismo ordinamental de los Estados modernos, y cómo se ha ido transformando especialmente en nuestro tiempo. Un tiempo de continua y ascendente complejización de las estructuras estatales, donde cabe un lugar destacado a la participación público-privada en el desarrollo de tareas de profundo interés público, y donde el sistema jurídico que rige esas relaciones es precisamente uno de esa clase.

En el *Capítulo Tercero* se tratan específicamente las fuentes del Derecho administrativo interno. Revisa por consiguiente todo el entramado necesario entre Constitución, Ley en sus variantes, el Reglamento especialmente, y luego se analiza el procedimiento administrativo de aprobación de las normas y de eva-

luación de norma. En este punto, cabe detenerse para señalar que, como se afirma, conviene distinguir distintos niveles o tipos de reglamentos en tanto normas de rango infralegal, que pueden revisarse desde su centro productor, en órganos de gobierno (como el Ejecutivo, gobiernos regionales, municipalidades, en el caso de nuestro país) o en organizaciones autónomas (como el Banco Central, Ministerio Público, Contraloría General de la República, entre otros), así como en organizaciones de base corporativa; pero también desde su funcionalidad como mecanismo más o menos democrático en su generación u operación, lo que permite afirmar su plena legitimidad.

Por último, el *Capítulo Cuarto* se dedica a analizar otras piezas del sistema de fuentes, tan caras a nuestro Derecho como igualmente ocurre en España, como son la costumbre administrativa, los principios generales del Derecho administrativo, el precedente y jurisprudencia administrativa, y el *Soft law* o Derecho indicativo, instrucciones y ordenes de servicio, y normas técnicas de origen privado juridificadas. En especial, el modo en que se integran a las fuentes internas, se entrelazan, renuevan y actualizan, donde los cambios tecnológicos son “pan de cada día”, a los cuales ya no la Constitución ni la Ley, sino que incluso ni los Reglamentos son capaces de capturar para conducir a la Administración en cada decisión.

Haciendo un balance de este trabajo cabe afirmar algunas cosas, que corresponde destacar especialmente:

En *primer lugar*, destacar este libro que constituye una verdadera renovación del tratamiento de las fuentes en general y del Derecho administrativo en particular, ya no ahora para decir qué no puede hacer la Administración, sino que a partir de una re-mirada a esta temática –funcional y realista–, se centra en la tarea de desentrañar el modo el que puede dirigirse a la Administración a través de los distintos

instrumentos y fuentes con que cuenta el Derecho; en eso Rodríguez de Santiago es claro, preciso, incisivo incluso en un tema árido y que demanda conocimientos técnicos de base, a partir de lo cual se re-construye la explicación sobre el funcionamiento del sistema de fuentes, ya no para restringir su actuación sino que para conducir la acción administrativa ajustada a la ley *lato sensu*.

En *segundo*, destacar el método de análisis fáctico, dogmático-jurídico y luego, concreto, proponiendo fórmulas o modelos de solución; lo que constituye –y en esto no debe haber sorpresa–, lo propio de la ciencia jurídica. Por consiguiente, encarar este Derecho de las cosas complejas del modo en que lo presenta y explica con precisión Rodríguez de Santiago, no solo permite comprender con coherencia este sistema y funcionalizarlo al interés general, sino que también permite finalizarlo a las necesidades presentes de la población.

Y como *tercer término*, celebrar una obra como esta, pues considerada como un todo, constituye un aporte contundente a los temas tan presentes en el Chile de hoy, donde las discusiones en torno al modo en que se construye y funciona el sistema de fuentes se encuentran tan presentes, particularmente las fuentes del Derecho administrativo con relación a toda la aplicación que se hace a una serie de actividades cada vez más complejas que se despliegan a partir de ello: ordenación, inspección, sanción, servicio público, fomento, limitación de bienes privados, gestión de bienes públicos, regulación económica y gestión empresarial; lo que no puede ser explicado sino a través de una construcción coherente, interrelacionada y consistente con la realidad. Eso es precisamente lo que hace el libro que se recensiona.

En fin, el texto es claro, describe y muestra un camino, reflexiona con profundidad sobre ello, y por lo mismo realiza

elaboraciones dogmáticas significativas a partir de la problematización.

Christian Rojas Calderón<sup>3</sup>

#### Bibliografía citada

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007). La Administración del Estado social. Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016). Metodología del derecho administrativo. Marcial Pons.

<sup>3</sup> Profesor Asociado, Universidad Andrés Bello. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso, Abogado (2000), Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011) por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador asociado del Grupo de Regulación de Riesgos en Sectores Estratégicos (GRRISE) de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: christian.rojas@unab.cl.



## Esteve Pardo, José

*Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder* (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2020) 93 pp.

Este libro de José Esteve Pardo analiza la historia protagonizada, supuestamente, por Federico, el Grande, de Prusia y un molinero. Conforme a ella, en la versión más conocida, el primero quiso comprar al segundo su molino, ya que, próximo a su máspreciado palacio, Sans Souci, en Postdam, le ocasionaba contaminación tanto visual como acústica; a lo que este último se opuso. El monarca insistió en su propuesta, pero con la amenaza al molinero de que si no aceptaba, lo privaría de su molino sin indemnización. En este contexto, este habría concurrido ante el tribunal de Berlín, el que habría establecido que ello no estaba dentro de las atribuciones del monarca, confirmando así, frente a este, su derecho de propiedad. Así, Federico, el Grande, de Prusia, al tomar conocimiento de lo resuelto por dicho tribunal, habría manifestado su alegría al saber que aún *"hay jueces en Berlín"*. Como dato anecdótico cabe destacar que hoy, en las cercanías del referido palacio se encuentra un añoso molino, lo que, pareciera corroborar la veracidad de esta narración.

Conforme se observa, esta historia alude a unos de los principios basales del Derecho Administrativo como lo es el control judicial (para otros, acceso a la justicia o tutela judicial efectiva), y conforme al cual todos los actos –u omisiones– del poder, ya sean del Gobierno o de la Administración, pueden ser reclamados ante tribunales. Esto se encuentra reconocido en nuestra Constitución, en su artículo 38, inciso 2º, al disponer que *"Cualquier persona lesionada por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades podrá reclamar ante los tribunales que señale la ley"*. Y si bien esto nos parece una obviedad, lo cierto es que se trata de un logro relativamente reciente de nuestra Civilización Occidental, mismo

que se ha consolidado luego de lo que algunos han llamado *"la lucha contra las inmunidades del poder"*<sup>1</sup>, y que encuentra como un punto de inicio, en opinión de distintos autores, precisamente en esta historia.

Así, por ejemplo, Friedrich Hayek, distinguido economista de la Escuela Austríaca, en su libro *"The Constitution of Liberty"*, traducido a la lengua española habitualmente como *"Fundamentos de la Libertad"*, al respecto nos señala que *"La concepción del poder de la ley dominante en la Prusia del siglo XVIII se ejemplariza bien a través de una anécdota que en Alemania conocen hasta los niños. Se dice que Federico II estaba molesto a consecuencia de un viejo molino que se alzaba cerca de su palacio de Sans Souci, desluciendo el paisaje. Después de varios intentos infructuosos de compra, Federico II amenazó al propietario con la expulsión. A tal amenaza se pretende que el molinero respondió: "Aún hay tribunales en Prusia" (...) La historia sugiere límites al poder real que probablemente en su tiempo no existieron en ningún otro país del continente y que no tengo la seguridad de que puedan aplicarse hoy en día a los jefes de Estado de los países democráticos"*<sup>2</sup>.

Pues bien, en términos muy generales, Esteve nos expone la historia del molinero de Sans Souci y destaca que esta ha adquirido singular relevancia en la formación del Derecho Administrativo, no obstante existir otras historias que parecieran tener mayor espectacularidad como, por ejemplo, los juicios seguidos en contra de los reyes Carlos I de Inglate-

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 2016, 25-89.

<sup>2</sup> HAYEK 2013, 271-272.

rra<sup>3</sup> y Luis XVI de Francia<sup>4</sup>, y en los cuales ambos fueron condenados a muerte. Mas concluye que estos juicios no pueden ser entendidos como juicios al poder, ya que a la sazón tales personajes históricos no contaban con él, y se trató, en puridad, de procesos parlamentarios, y no de procesos judiciales. En suma, en sus palabras, “no estamos, por tanto ante un control judicial del poder, pues no concurre ninguno de los dos elementos: ni hay enjuiciamiento de un poder, pues lo ha perdido quien lo detentaba, ni hay intervención judicial, pues quien juzga en ambos casos es el Parlamento y no los jueces o tribunales de justicia”<sup>5</sup>.

Luego observa que el caso del molinero de Sans Souci se ha “mitificado y se presenta como un ejemplo paradigmático del control judicial de los abusos del poder. El imponente rey de un Estado absolutista en clara expansión, que se contaba entre las grandes potencias europeas, apuntaba a los tribunales para la revisión de sus decisiones en un conflicto con un humilde molinero y acataba la sentencia que le condenaba a indemnizarlo. Con este caso se inauguraría en Europa la línea evolutiva enderezada al control judicial del poder”<sup>6</sup>. Mas, observa lapidariamente que, “A pesar de la extraordinaria difusión que ha tenido, que aumenta con el paso del tiempo no hay constancia histórica del caso del molinero de Sans

Souci. Es evidente la existencia del molinero –ahora y en los tiempos de Federico II– y cierto es que causaba molestias, por lo que el molinero y el rey –más verosímilmente sus consejeros– tuvieron sus desavenencias, pero en ningún momento se plantearon estas ante tribunales, ni se entabló el diálogo entre el molinero y el rey en el que se deslizó la frase “hay jueces en Berlín”, convertida luego en bandera de la lucha por el control judicial del poder”<sup>7</sup>. Es decir, esta historia se trataría, en rigor estricto, de un mito, y si se me permite, de un mito fundacional del Derecho Administrativo.

Con todo, Esteve expone luego un caso real, en el cual le cupo un rol relevante a Federico, el Grande, de Prusia, y que trataba sobre una pugna por aguas entre un molinero (de molino de agua) cuyo nombre era Christian Arnold, y un noble señor. Requerido el monarca por el molinero, y habiendo solicitado dictámenes a juristas sobre el particular, aquél se inclinó a favor de este último y promovió que instara por la apertura de un proceso judicial. Inesperadamente, el juez de primera instancia resolvió en su contra, y en apelación, el tribunal de Berlín también. Entonces Federico II reaccionó en contra de los jueces, así como también contra el noble señor, encarcelándolos. Tal proceder, que mereció el reproche de Voltaire y el elogio de D’Alambert, fue justificado por el monarca en los siguientes términos: “ante la justicia todas las personas son iguales, ya se trate de un príncipe o de un campesino (...) y el colegio de jueces que trata injustamente a las personas en atención a su condición social resulta más reprobable y peligroso que una banda de forajidos y merecen por ello un castigo”<sup>8</sup>.

En este contexto, nuestro autor sostiene que el caso del molinero Arnold se explica por la pugna entonces existente entre el poder real y el poder señorial. Por lo

<sup>3</sup> Al respecto, véase: THORN, John; LOCKYER, Roger y SMITH, David, Historia de Inglaterra, Editorial Pomare Santiago, 1962, pp. 398-415. BELLOC, Hilaire, Carlos I, Rey de Inglaterra, Editorial Juventud, Buenos Aires, 1942. JONAS, I. Deane, La Revolución Inglesa, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1968.

<sup>4</sup> Al respecto, véase: CAMUS, Albert, L’homme révolté, Folio Essais, París, 2014, pp. 147-171. FAY, Bernard, La Revolución Francesa, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1967, pp. 383-412. DE FERMONT, Edgawort, Del trono al cadalso, Librería La Hormiga de Oro, Barcelona, 1907, pp. 129-142. BERTAUD, Jean-Paul, La Revolution Francaise, Larousse, París, 1976.

<sup>5</sup> ESTEVE PARDO 2020, 49.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, 52- 53.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, 53.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 61.

pronto, el demandado era un noble señor y los jueces pertenecían a la misma clase. De ahí que el monarca, al obrar de esta forma, daba un paso más en pos de la centralización del poder en sus manos. Así nos señala que *"no hay, por tanto, en esta primera fase del proceso de formación del moderno Estado en torno a las monarquías absolutas atisbo alguno de control judicial del poder. El caso del molinero de Sans Souci, que pudiera haber alimentado esa ilusión, se diluye en los perfiles borrosos de la leyenda y sobre él se impone la fuerza de los hechos, bien acreditados por la historia, del molinero Arnold, que justamente muestra con toda su crudeza la realidad del sometimiento de los jueces al poder"*<sup>9</sup>.

Dejando atrás múltiples e interesantes aspectos del libro como, por ejemplo, el prisma histórico con el que revisita instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, nos centraremos en aquél que nos parece el más "telúrico", pues, mal entendido, podría resquebrajar las bases sobre la cual se ha erigido, en gran parte, esta disciplina. Me refiero a la conclusión en cuanto a que la historia del molinero de Sans Souci, misma que diversos autores emplean para iniciar a explicar, así como también para justificar y fundar el control judicial del poder, sea un mito.

Por lo pronto, convengamos que los mitos son una auténtica necesidad humana, requerida en los más variados planos, y que conforman la base sobre la cual total o parcialmente, e incluso en comunión con otros, se construyen ideas, categorías, conceptos, etcétera; mismos que permiten o facilitan, en la mayor parte de los casos, el avance del hombre y de la Humanidad. Ello es especialmente patente en relación a pueblos, naciones, etcétera. Y de los cuales, por cierto, los chilenos no estamos exentos. Así, Joaquín Edwards Bello, en su libro *Mitópolis*, cuyo propósito *ex profeso* es revelar mitos, nos

señala que *"Poseemos una enorme capacidad para demoler los hechos verídicos y cubrir el lugar con una pátina de leyenda, de magia, de ultratumba. El mito es un fruto de la infancia de los pueblos. Una explicación equivocada..."*<sup>10</sup>. Y tampoco, el Derecho. En efecto, este, en tanto construcción humana, cuenta con muchos mitos (históricos o dogmáticos); y muchos de ellos están siendo revelados por diversos autores<sup>11</sup>, tal como en Chile por Vergara Blanco, respecto del mito dogmático que atribuye al Derecho Civil el carácter de *"Derecho Común"* en relación al Derecho Administrativo, y que se traduce, en la práctica, en su inercial y rutinaria aplicación supletoria a este último<sup>12</sup>.

Con todo, volviendo a la historia del molinero de Sans Souci, revelada ahora como un mito jurídico-histórico, y así como una *"narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico"*, conforme consigna una de las acepciones referidas por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cabe concluir, sin ambages, que ello no resta valor alguno al principio que habitualmente con ella se ilustra, cual es, el control judicial del poder. Simplemente, porque su valor, hoy por hoy, no radica en la veracidad de dicha historia, sino que en su razón intrínseca. Y si bien, en algún momento, dicha historia se empleó instrumentalmente para dotar a dicho principio de valor, y así superar la resistencia inicial que enfrentó, hoy está tan fuertemente consolidado, incluso como principio general o núcleo dogmático del Derecho Administrativo, que la falta de veracidad de esa historia no le hace mella alguna. Y en este sentido, huelga recordar las certeras palabras de Tolkien: *"los cuentos tienen como objeto el desvelamiento de la verdad y avivar los grandes valores éticos en este mundo"*

<sup>10</sup> EDWARDS 1973, 15.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-CREHUET 2017, 13-31.

<sup>12</sup> VERGARA 2010, 67-91.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, 68.

*real, mediante el viejo artificio de ejemplificarlos en situaciones extrañas para presentarlos como válidos en nuestro mundo real”.*

**Cristian Román Cordero**

*Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Chile*

#### Bibliografía citada

EDWARDS BELLO, Joaquín (1973). *Mitópolis*. Editorial Nascimento.

ESTEVE PARDO, José (2020). *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Editorial Marcial Pons.

FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico (2017). *Acerca de mitos y construcción de discursos en el Derecho Público*. En M. STOLLEIS, *Introducción al Derecho Público alemán (Siglos XVI-XXI)* (pp. 13-31). Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (2016). La lucha contra las inmunidades del poder. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (8), 25-89.

HAYEK, Friedrich (2013). *Los Fundamentos de la Libertad*. Unión Editorial.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*. Editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing.

## Schmidt-Assmann, Eberhard

*La dogmática del Derecho administrativo*, Traducción castellana de Javier Barnés et al. (Sevilla: Global Law Press / Editorial de Derecho Global, 2021). 347 pp.

Cabe celebrar que se vierta nuevamente al castellano una obra de Eberhard Schmidt-Assmann, profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Heidelberg, prolífico autor, promotor de un importante movimiento de renovación de la disciplina del Derecho administrativo en Alemania y cultor de la aproximación metodológica de la misma. El libro *La dogmática del Derecho administrativo* (cuyo título original es *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz Zu Entwicklung, Reform Und Künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Verlag, 2013) está dedicado, como su título lo indica, a la dogmática de la disciplina, de la cual su autor es un relevante representante de su país. El profesor Schmidt-Assmann no requiere demasiada presentación y es bien conocido entre nosotros por las múltiples traducciones de sus obras que se han realizado, desde 2003 al menos, en especial aquellas realizadas de manera cooperativa y bajo la coordinación científica y lingüística del profesor de Derecho administrativo español Javier Barnés, hoy de la Universidad Pompeu Fabra. En esta ocasión, nuevamente, es un grupo de profesores españoles de derecho administrativo formados también en Alemania, quienes realizan la traducción.

En esta breve noticia, muestro de partida el lugar que ocupa en Alemania ese movimiento científico de reforma de la disciplina del que el profesor Schmidt-Assmann ha sido uno de sus promotores; luego dedico algunas líneas a revisar en perspectiva teórica la dogmática, que es el tema de este libro, dada su intitulación; en seguida describo su contenido.

1. Todo trabajo científico ha de tener la pretensión de proponer una nueva visión para la disciplina; esto es, ayudar al perfeccionamiento de la vigente matriz disciplinar o, en su caso, proponer una

nueva matriz disciplinar, para decirlo en el lenguaje que, desde 1962, Thomas S. Kuhn introdujo en la epistemología científica moderna (véase su *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962; traducción castellana: *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971, múltiples reimpresiones; también en Santiago de Chile, 1993 y posteriores). El planteamiento kuhniano sobre la tradición y cambio en las ciencias, tiene relación con los conceptos de ciencia normal y matriz disciplinar. La investigación, usualmente, opera a través de lo que Kuhn denomina "ciencia normal", que sería el modo típico de operación de una comunidad científica, a través de la cual se extiende, se asienta, se pule, se desarrolla, se profundiza, etc., el campo de lo conocido, sin buscar novedades fundamentales. Y eso se realiza precisamente así por la mayoría o la unanimidad de los científicos de un área del conocimiento porque hay una aceptación generalizada de la "matriz disciplinar" que rige el ámbito científico de que se trate; hay un consenso sobre esa matriz (o "paradigma", que fue la designación que en un inicio el propio Kuhn eligió). Y de esta realidad surge la matriz disciplinar de cada área del conocimiento, de cada ciencia, la que opera en medio de una "ciencia normal", según la propia formulación de Kuhn, el que las define como "las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica". Pero ¿qué puede ocurrir en medio de esa ciencia normal? Puede suceder que, a través de las mismas tareas de investigación y de profundización en los aspectos de la matriz disciplinar vigente, comiencen a surgir disidencias entre los investigadores. Así, la existencia

de problemas que tercamente se resisten a ser asimilados termina por desencadenar la sospecha de que algo anda mal en esa matriz disciplinar. Y, unos pocos científicos (o, incluso, uno solo de ellos) empezarán a dudar de la utilidad de mantenerla y se dedicarán a buscar una nueva matriz disciplinar que resulte más satisfactoria y sea capaz de resolver los problemas que la matriz aceptada hasta ese momento no puede resolver.

Es eso lo que Eberhard Schmidt-Assmann, en conjunto con otros administrativistas alemanes (en especial, Wolfgang Hoffmann-Riem y Andreas Vosskuhle) comenzaron a realizar desde la década de los años 1991 a 2003, a través de diversas publicaciones y reuniones científicas. A tal movimiento le llamaron la «Nueva ciencia del derecho administrativo». Una primera manifestación relevante fue la colección de nueve volúmenes llamados *Schriften zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht* (Escritos sobre la reforma del Derecho administrativo), publicados desde 1993 hasta 2004; de ahí que quienes integran este movimiento se llaman a sí mismos “grupo reformador” o “reformadores” o “administrativistas de orientación reformista”. En medio de ello, el propio Schmidt-Assmann publicó en 1998 su *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee* (Springer Verlag), traducido al castellano como *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* (Madrid / Barcelona: Marcial Pons); dicha traducción fue realizada por un conjunto de profesores de derecho administrativo españoles bajo la coordinación del también administrativista Javier Barnés. Además de otros trabajos individuales y obras colectivas, los tres profesores promotores de la reforma publicaron un tratado de la disciplina con el título de *Fundamentos de Derecho administrativo (Grundlagen des Verwaltungsrecht*, en tres volúmenes: Verlag C.H. Beck, vol. I, 1ª ed. 2006, 2ª ed. 2012, 3ª ed. 2022; vol. II, 1ª ed.

2012, 2ª ed. 2022; vol. 3, 2013), en el que sintetizan el proyecto académico sobre la reforma que promueven.

El profesor Schmidt-Assmann es, entonces, no sólo un reconocido intelectual del Derecho administrativo, sino además una de las más prominentes figuras de ese movimiento de reforma de la disciplina. Él es reconocido en Alemania por sus análisis y aportes del proceso de subjetivización del Derecho administrativo, esto es, la orientación por los derechos individuales y la significación de estos y de su crucial incidencia en el sistema jurídico administrativo. También es reconocido en Alemania y entre nosotros por la importancia de sus planteamientos del Derecho administrativo como sistema, por su aporte y concepción propia del Derecho administrativo como idea ordenadora, en especial del contenido del Derecho administrativo general como instancia mediadora entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo especial, integrado este último por los que Schmidt-Assmann llama «sectores de referencia», sintagma este que ya ha pasado a impregnar el lenguaje habitual de los profesores de Derecho administrativo de España e Hispanoamérica.

Este movimiento de la “Nueva ciencia del derecho administrativo”, como se autodenomina, ha tenido un desarrollo notable en Alemania, a través de esas publicaciones y manifestaciones, que son sólo una muestra; no obstante que ha sido objeto de críticas, como aquella formulada por Rainer Wahl, profesor de la disciplina en Friburgo, en su libro sobre la historia de la disciplina en Alemania en la segunda mitad del s.XX (publicado en 2006, y traducido al castellano bajo el título *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2013). Wahl, quien se autodefine como “representante de una vieja ciencia del Derecho administrativo” (y que ha sido entonces objeto de las inyectivas por parte de los “reformadores” entre los que se sitúa Schmidt-Assmann),

plantea que este movimiento de reacción sería algo normal de la ciencia, salvo que cree ver en la "Nueva ciencia del derecho administrativo" un intento por ir más allá del caso concreto e inmiscuirse en las políticas públicas ("política legislativa" en sus palabras) con su propuesta del Derecho administrativo como ciencia de la dirección, y así no sólo delimitar la juridicidad estricta de las actividades de la Administración, sino ir más allá y servir para la posibilización de esas actividades, en favor de su eficacia.

De todo lo anterior nos ha mantenido muy informados e involucrados el mismo profesor Barnés, no sólo por las traducciones indicadas, sino, además, a través de la edición del libro colectivo *Innovación y reforma en el Derecho administrativo* (1ª ed. de 2006, Sevilla: Global Law Press / Editorial de Derecho Global), que contiene dos relevantes trabajos del profesor Schmidt-Assmann sobre los fundamentos de la reforma del Derecho administrativo que promueve para Alemania, y sobre el método de la ciencia del derecho administrativo. Se agrega un trabajo de Rainer Pichas de Alemania, y de Luciano Parejo y de Javier Barnés. Este libro tuvo una 2ª edición renovada y ampliada en 2012 (*Innovación y reforma en el Derecho administrativo. 2.0*, Sevilla: Global Law Press / Editorial de Derecho Global) en que ahora se agrega un trabajo de Andreas Vosskuhle (otro de los promotores del movimiento de reforma) sobre el método del Derecho administrativo, y nuevos aportes de Javier Barnés y Luciano Parejo. Cabe citar además el reciente libro colectivo: J. Barnes / E. Schmidt-Assmann (editores), *La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Un diálogo entre Europa y América*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2023, con trabajos de sus editores y de los profesores Juan Carlos Cassagne, Carlos J. Laplacette, Guillermo Sánchez Luque, Alejandro Vergara Blanco y William Zambrano Cetina. En fin, el pro-

pio profesor Barnés se ha integrado, por decirlo así, desde España, al movimiento de reforma con su libro *Transformaciones científicas del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, en la colección Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global - Global Law Press, Sevilla, 2011.

2. Cabe también abordar otro contexto de esta obra del profesor Schmidt-Assmann, esta vez teórico: lo que sea la dogmática. La literatura que los juristas producen y escriben constituye, precisamente, la dogmática (también llamada Ciencia del derecho, doctrina u "orden externo" = *science of law, doctrine juridique, dottrina, Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik*) cuyo objetivo cultural es una tríada: formular disciplinas, teorías y principios. A lo anterior, cabe agregar dos técnicas que utilizan los juristas: la interpretación y la sistematización del derecho positivo, técnicas que son los insumos básicos de que se sirven para esas otras tres tareas esenciales. La dogmática o doctrina es una de las cuatro dimensiones de ese fenómeno cultural que llamamos Derecho: las leyes, provenientes de un acuerdo parlamentario, a través de las cuales los legisladores adoptan el llamado derecho legal (las "reglas") y sus sustitutos (Constitución y tratados, por ejemplo); el *hecho jurídico*, que se manifiesta en el actuar cotidiano de los ciudadanos, en sus relaciones con relevancia jurídica; en medio del sentimiento popular de lo que es "justo" o "equitativo", así como en las costumbres: es el espíritu del pueblo, la conciencia jurídica popular; el derecho vivido, hoy representado por los principios generales del derecho; la *jurisprudencia*, proveniente de las sentencias que dictan los jueces, en el ejercicio de su rol de componedores de conflictos; y, la , que se manifiesta a través de la labor de los juristas.

Si se revisan los escritos de los juristas eruditos (sus tratados, manuales o cursos, o sus monografías) la doctrina realiza las

tres tareas esenciales ya enunciadas y que reviso brevemente:

i) diseñar cada disciplina jurídica, esto es, sus ramas o departamentos especializados, lo que es útil tanto para la enseñanza como para la aplicación del derecho. Ha sido un tema constante en el análisis del fenómeno jurídico: desde mediados del siglo XIX por Friedrich Karl von Savigny, postuladas como un "sistema" (en los §§ 4, 9 y 52 y ss. del volumen I de su *System des heutigen römischen rechts*, de 1841, traducido al castellano como *Sistema del derecho romano actual*, por Mesía y Poley, Madrid: Góngora y Compañía, 1878, reimpresión reciente en: Granada, Comares, 2005) hasta la segunda mitad del siglo XX por Ronald Dworkin, analizadas como "prioridad local" (en el capítulo 7 *in fine* de su *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, nueva traducción castellana como: *El imperio del justicia*, Barcelona, Gedisa, 2022). Existen diversos mecanismos a través de los cuales los juristas construyen cada rama, disciplina o departamento especializado del derecho, y para tal tarea abstraen una masa de conceptos básicos o esenciales, y obtienen dos resultados: 1º) la división del derecho en ramas, disciplinas o departamentos del derecho, especializados y autónomos; y, 2º) una vez que cada disciplina jurídica autónoma es aceptada por la tradición o comunidad académica, es en medio de tales ramas, disciplinas o departamentos que los jueces aplican el derecho positivo, ya sea identificando por círculos concéntricos las reglas de cada disciplina o, en su caso, formulando los principios jurídicos que en tales ramas se configuran.

ii) formular teorías e instituciones, que sirven como modelos de solución de casos difíciles, en base al derecho positivo, esto es, a las reglas constitucionales y legales y a sus sustitutos (principios generales del derecho) en un ordenamiento jurídico dado. Esta tarea es muy relevante y se encuentra a cada paso en todo libro de doctrina o dogmática jurídicas.

iii) formular principios jurídicos (que son también teorías), para una mejor interpretación y llenar los vacíos de las reglas.

Cabe agregar que para cumplir esas tres tareas la doctrina debe, previamente, interpretar el corpus normativo y sistematizar ese derecho positivo vigente, tarea paradigmática de la dogmática, en torno a lo cual se ha construido. Es esta, entonces, la dogmática tradicional.

Los juristas eruditos, a través de la dogmática tradicional, entonces, ofrecen a los prácticos (jueces y abogados) esos tres productos culturales. Entre los prácticos del derecho cabe mencionar de manera destacada a los abogados quienes deben asistir a quienes enfrentan conflictos ante los jueces, y a quienes desean evitar esos conflictos, ya sea que asesoren a particulares, empresas, organizaciones privadas u órganos de la Administración, previniendo toda infracción de las reglas y el cumplimiento de las leyes en la etapa de *ejecución* de sus mandatos. A este respecto, debemos considerar desde ya que los órganos administrativos, en su tarea de ejecución de los mandatos legales, entre los cuales cabe mencionar las tareas que les imponen las leyes, suelen asesorarse no sólo por abogados sino también por diferentes profesionales, a través de un fenómeno multidisciplinar, en que el derecho es una más entre variadas disciplinas. Pero esta última fase, que es una tarea de ejecución y cumplimiento de los mandatos legales, y que se desarrolla tanto en el seno de los órganos burocráticos como en seno de los particulares, en sus empresas y asociaciones autónomas, siempre ha estado a cargo no sólo de abogados (que hacen uso de la dogmática) sino también de funcionarios públicos y gestores de distintas profesiones (que hacen uso de sus diversas especialidades). Y, *hasta ahora*, esta fase no ha sido parte de la preocupación de la dogmática jurídica, por tratarse de una fase interdisciplinaria que excede sus aportes tradicionales, como describo más arriba.

Me detengo en esto, pues es precisamente en este último aspecto en que incide el nuevo método jurídico que propone el profesor Schmidt-Assmann y los demás promotores del movimiento de reforma del Derecho administrativo en Alemania, pues la propuesta consiste en *ampliar* los límites del objeto de la dogmática (esto es, de la ciencia jurídica) ya no sólo a esas tareas tradicionales, sino a agregar la fase de ejecución normativa. Ese es uno de los temas que trata este libro que reseño, como reviso en seguida.

3. En cuanto al contenido del libro, este comporta desarrollos de dos índoles: por una parte, y como prolegómeno, con una perspectiva teórica, explica el profesor Schmidt-Assmann las que llama cuestiones fundamentales de la dogmática y su reforma. Y, luego, desarrolla con una perspectiva dogmática (esto es, asumiendo un rol de doctrina o ciencia del derecho) cuatro temas relevantes de la disciplina: las fuentes del derecho, las actividades administrativas, la tutela judicial y la organización administrativa.

La primera parte y el prólogo para la edición española son relativos al método (pp. 21-77), con lo que complementa escritos suyos anteriores traducidos al castellano, explicando las que a su juicio son las funciones de la dogmática de la disciplina, la estructura de la dogmática en el debate sobre su reforma y la orientación del Derecho administrativo como "ciencia de la dirección". Sirve útilmente para su mejor comprensión la presentación del profesor Javier Barnés, intitulada *La gramática del Derecho administrativo*. Parte Schmidt-Assmann exponiendo su idea de la dogmática jurídica como un foro abierto, como un "espacio de comunicación" en el que conversan diversos actores con una pluralidad de perspectivas; luego caracteriza la dogmática a través de cinco binomios o dualidades, en que realiza contrapuntos bien explicativos. Entre estos destaca la función a la vez "estabilizadora" de la dogmática con la flexibilidad y dimensión dinámica de la misma.

Quizás el contrapunto más relevante para conocer el pensamiento del autor es aquel en que distingue las siguientes dos perspectivas: i) la tarea fundamental de la dogmática, dice, consiste en el examen de la legalidad o adecuación al derecho de una determinada actuación; precisa que "esta marcada centralidad que ocupan las cuestiones de legalidad responde a la tradicional orientación de la dogmática hacia la práctica judicial, cuya relevancia sigue siendo hoy día extraordinaria" (p. 10); y, ii) agrega: "con todo, ese eje situado en la dimensión jurisdiccional no puede obviar el hecho de que las Administraciones, los despachos de abogados o los parlamentos necesitan un asesoramiento jurídico más amplio, que no se detiene en determinar la conformidad a derecho o a la legalidad aplicable de un determinado acto o actuación. Y para esa tarea resulta necesaria igualmente la dogmática jurídica", siendo esta última frase muy indicativa de su propuesta, en cuanto a que la dogmática debe *ir más allá* (la expresión es mía) de la mera legalidad o tareas de interpretación de esa legalidad. Luego contrapone la que llama la "dogmática clásica" o "tradicional" con la "dogmática de la nueva ciencia del Derecho administrativo", cuyas diferencias pone de manifiesto en especial en la selección de "sectores de referencia", esto es, del Derecho administrativo especial, y el debate sobre los diversos enfoques metodológicos que entrañan las que llama "la vieja y la nueva dogmática" (p. 32). Luego describe el resultado de su propuesta teórica: la ciencia del Derecho administrativo como "ciencia de la dirección", esto es, siguiendo a Vosskuhle, quien también es promotor de la "reforma", quien postula que el Derecho administrativo no sería únicamente una "ciencia de la interpretación" sino una ciencia "centrada en la aplicación del Derecho, y que avance hacia una ciencia de la decisión y de la acción, orientada a la creación del Derecho" (p. 55). Cierra este desarrollo aclarando que este postulado de la disciplina como ciencia de

la dirección se aparta de las teorías de la gobernanza; expone igualmente sobre la necesidad de la incorporación de conocimientos extrajurídicos, siendo necesario, dice, realizar una "recepción juridificada" de las ciencias vecinas (p. 63). Revisa en fin los conceptos-puente, propios de este contacto tan estrecho que postula con otras disciplinas extrajurídicas.

Sobre la base de estos fundamentos teóricos, el autor aborda en seguida los señalados temas dogmáticos, con lo que, ahora, el libro cambia de naturaleza y se transforma en un texto dogmático, en un verdadero manual o tratado de Derecho administrativo, si bien siguiendo ese método así descrito. Desarrolla así los cuatro temas propios de la disciplina ya adelantados: fuentes del Derecho, actuaciones administrativas, tutela judicial y organización administrativa. A los tres primeros temas los califica de "clásicos", "tradicionales" y "piedras angulares" de la dogmática del Derecho administrativo. Pero obviamente se trata de una selección, pues podría considerarse que otros temas merecerían esos mismos calificativos, como es el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, del procedimiento administrativo, en fin, de la potestad sancionadora. Pero debemos considerar muy acertada su selección, dado que en el desarrollo de cada una de estas temáticas realiza, a la vez, una constatación de las posibilidades del método que propone el movimiento de la reforma.

El primer tema elegido es el de las fuentes del derecho (pp. 79-137). Expone primero la clásica visión de las fuentes del derecho en Otto Mayer (en su *Deutsches Verwaltungsrecht*, Derecho administrativo alemán, de 1895) y en Fritz Fleiner (jurista suizo que en 1928 publicó unas *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Instituciones de Derecho administrativo alemán) y luego realiza un análisis crítico de esa dogmática clásica. Muestra en seguida la pluralidad de tipos de normas, lo que configura a su juicio un "entramado policéntrico". En medio de esa

observación de la realidad, expone su reflexión sobre las funciones actuales de las fuentes del derecho, la que concentra en tres categorías de fuentes: la ley parlamentaria, como pilar insustituible; los principios generales del derecho, como categoría general; y el *soft law* o derecho blando o indicativo. Son todos estos desarrollos muy relevantes, pero es especialmente oportuno traer a colación lo que señala sobre los principios generales del derecho (pp. 108-120), fruto del trabajo conjunto de la doctrina y jurisprudencia, mencionando el autor los casos de la proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la protección de la confianza legítima y la reparación integral del daño, y destacando su "formulación abierta" (p. 109). A su juicio, los principios generales del derecho "cumplen una función capital como piedra angular en la construcción sistemática del Derecho" (p. 118) y "ponen de manifiesto la *dimensión del Derecho en favor de la eficacia*" (p. 119; el destacado está en el original), uniendo así esta fuente del derecho con los postulados del movimiento de reforma de la disciplina.

Desarrolla en seguida el tema de las actividades administrativas (pp. 139-186), en las que incorpora los actos jurídicos, como categoría general, las actuaciones materiales y aquellas destinadas a la efectividad de las medidas. Parte igualmente haciendo el contrapunto con la visión tradicional, señalando que los actos jurídicos han constituido el centro de la dogmática de la disciplina, y que no contempla acciones administrativas destinadas a la efectividad de las medidas adoptadas o de los fines encomendados a la Administración (p. 143). Toma como ejemplos para mostrar nuevas perspectivas de análisis el caso del acto administrativo y de la elaboración de normas administrativas. En cuanto al acto administrativo parte citando la clásica definición de Otto Mayer de fines del s.XIX, que remarca la exigencia del derecho, la que contrasta el autor con las regulaciones actuales. En el caso

de las normas administrativa a su juicio “crean Derecho”; señala que “las normas administrativas poseen una *doble naturaleza*: como fuentes del Derecho y como instrumentos de actuación” (p. 153; lo destacado en el original), citando al efecto los casos del reglamento, de las ordenanzas o estatutos y de las disposiciones administrativas internas. Cabe conectar esta afirmación con el desarrollo suyo anterior sobre fuentes del Derecho, pues ya no sólo serían tales la Constitución y las leyes, sino también estas decisiones infra legales de la Administración, todo lo cual *amplía* considerablemente la visión tradicional. Se refiere asimismo a los diversos instrumentos de actuación administrativa “no regulada jurídicamente”, y a ciertos instrumentos “al servicio de la efectividad de otros actos jurídicos”, en la misma línea de *ir más allá* de los que considera estrechos márgenes del acto administrativo clásico.

Desarrolla luego la tutela judicial (pp. 187-261), destacando desde el inicio que para el Derecho administrativo alemán “resulta esencial la concepción de una *tutela judicial individual a la luz de parámetros jurídicos*” (p. 187; lo destacado en el original). Al respecto, desarrolla primero las distintas garantías de la tutela judicial y su dependencia recíproca, en especial en su relación vinculante con el Derecho de la Unión Europea. En seguida, se refiere a las transformaciones de las coordenadas de la tutela judicial, esto es, las distintas instancias encargadas de la tutela, de las cuales desarrolla el cado de tres de ellas: las teorías de la legitimación; la teoría de la intensidad del control judicial y la teoría del alcance del control jurisdiccional. En fin, se refiere a las interrelaciones, convergencias y complementariedad en las diversas formas de tutela judicial. Todo ello, de igual modo, según el desarrollo del Derecho alemán y en su vinculación con el Derecho de la Unión Europea.

Desarrolla, en fin, la organización administrativa (pp. 265-333), con un epígrafe

muy expresivo: entre la unidad, la multiplicidad y la idea de asociación. Parte igualmente, como en casos anteriores con un contrapunto con la dogmática desarrollada por Otto Mayer a fines del s.XIX, a cuya construcción sistemática califica de “asimétrica” (p. 274). Desarrolla luego cuestiones metodológicas, los condicionantes constitucionales de la organización administrativa, el tema de la legitimidad democrática de la Administración, y en especial de la legitimidad democrática de las agencias. Agrega además el análisis de los componentes institucionales y procedimentales de la organización administrativa.

Cierra el libro con una reflexión final sobre el constante movimiento que caracterizaría al Derecho administrativo, por lo que a su juicio es necesario para aprehender ese movimiento estudiarlo de manera *estructurada jurídicamente*, en lo que la doctrina académica tendría una importante labor que cumplir (pp. 335-336). Por cierto, con este aporte de gran magnitud del profesor Schmidt-Assmann, esa labor de estructuración se facilita para el resto de la comunidad científica, no sólo de su país, a la cual está dirigida, sino ahora, gracias a esta notable labor de sus traductores, a la comunidad hispanohablante, cuyos desafíos en varios aspectos son similares a los que se describe en esta obra excepcional, de la cual doy noticia. De ahí que no podría en este sitio intentar siquiera alguna línea crítica de tales planteamientos, dirigidos a la dogmática de su propio país, pero permítaseme siquiera señalar que he quedado deslumbrado nuevamente por este autor y estimulado para, en lo posible, emular en algo tanto su expresión llana como su fino análisis.

**Alejandro Vergara Blanco,**  
Profesor titular de Derecho administrativo,  
Pontificia Universidad Católica de Chile



## I. DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

### Derecho Administrativo

- › **BOLÍVAR-GACITÚA, Natalia:** Colusión en licitaciones públicas (bid rigging) y sus efectos en las compras públicas
- › **COLMAN VEGA, Luis :** Instrumentos de caución para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos administrativos: ¿existe una equivalencia funcional?
- › **ESCOBAR VEAS, Javier:** ¿Por qué los legisladores establecen sistemas sancionatorios de vía múltiple? Análisis sobre el fundamento, justificación y formas de organización de los sistemas sancionatorios de vía múltiple
- › **GONZÁLEZ CRUZ, Juan Pablo:** Las potestades de fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales
- › **HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso:** Las potestades de los organismos supervisores de servicios públicos en Chile: análisis dogmático de su aplicación responsiva, basada en riesgos y garante
- › **FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo y ILLANES SOTTA, María Elisa:** La estabilidad de los permisos urbanísticos: análisis doctrinario y jurisprudencial
- › **SALAZAR ZAPATA, Nelson:** Las tensiones entre el principio de libre concurrencia y el principio de estricta sujeción a las bases en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República

### Derecho de Aguas

- › **CELUME BYRNE, Tatiana:** El interés público como elemento determinante de la fisonomía legal de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile
- › **JAQUE BOPP, Sergio y JIMÉNEZ VALENZUELA, Claudio:** Instrumentos de gestión hídrica para la conservación del régimen hidrológico de los humedales urbanos

## II. ENSAYOS

- › **CÉSPEDES, Rodrigo y GARCÍA, Jaime:** Actividad administrativa de fomento y zonas de tratamiento tributario especial
- › **VERGARA BLANCO, Alejandro:** El sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek: Impacto y actualidad en el Derecho administrativo

## III. JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

- › **HARRIS MOYA, Pedro:** La presunción de daños ambientales por infracciones normativas. Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional
- › **SCHÄFER RODRÍGUEZ, Joaquín:** La falta de servicio por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Acevedo con Fisco de Chile (2023)

## IV. BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

- › **CELUME BYRNE, Tatiana:** Setuáin, Beatriz. La reutilización de agua en un contexto de cambio. Un análisis jurídico-administrativo, Editorial Aranzadi (Pamplona, España, 2023), 231 pp.
- › **ROJAS CALDERÓN, Christian:** Rodríguez de Santiago, José María (2021) Sistema de fuentes del Derecho Administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 183 pp.
- › **ROMÁN RIQUELME, Cristian:** Esteve Pardo, José, Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder (Editorial Marcial Pons, Madrid, 2020) 93 pp.
- › **VERGARA BLANCO, Alejandro:** Schmidt-Assmann, Eberhard (2021) La dogmática del Derecho administrativo, Traducción castellana de Javier Barnés et al., Sevilla: Global Law Press / Editorial de Derecho Global, 347 pp.