



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

⌘ Doctrina: Estudios e Investigaciones

⌘ Ensayos

⌘ Jurisprudencia: Comentarios

⌘ Crónica

⌘ Bibliografía: Recensiones

Nº 31 / enero-junio 2020

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

María Loreto Monsalve Morales
Ayudante de Redacción

Comité Editorial

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

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

Convocatoria

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

Selección de trabajos: arbitraje anónimo

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

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

Indexada en Scopus

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

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

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

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

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

[Santiago de Chile, 2020]

Índice

Nº 31

I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Administrativo

AGUILERA MEDINA, Cristóbal

¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público?

Notas para un análisis crítico 5

CORDERO QUINZACARA, Eduardo

Los concursos infraccionales en el derecho administrativo sancionador chileno 33

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés y GÓMEZ VELÁZQUEZ, Alejandro

La consulta pública previa a la expedición de reglamentos y el principio de transparencia: su conexión con una concepción deliberativa de la democracia..... 67

FLORES RIVAS, Juan Carlos

¿Es la licitación pública la regla de general aplicación

en contratación administrativa? 93

HARRIS MOYA, Pedro

Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan

el principio de legalidad 125

PHILLIPS LETELIER, Jaime

La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General

de la República. Una regla chilena de stare decisis 149

PONCE CORREA, Patricio

La consignación y toma de posesión material por expropiación como gestión de jurisdicción voluntaria: ¿una garantía adecuada

de defensa de los derechos e intereses del expropiado? 177

Derecho de Energía

MARDONES OSORIO, Marcelo

Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión eléctrica..... 205

II. Ensayos

MODERNE, Franck

Los derechos subjetivos de los administrados: Bajo el signo del

subjetivismo jurídico. (Una mirada a la obra de Eduardo García de Enterría)..... 231

III. Jurisprudencia: Comentarios

- VERGARA BLANCO, Alejandro
El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y vacilaciones durante 2019..... 251

IV. Crónica

- CARCAMAN RODRÍGUEZ, Carolina
Crónica de las repercusiones del Estudio: "El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones", publicado en esta Revista, N° 28 (2019)..... 301

V. Bibliografía: Recensiones

- ARANCIBIA, Jaime y PONCE, Patricio (editores)
El dominio público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 488 pp.
Recensión de Phillips Letelier, Jaime 307
- PULIDO-ORTIZ, Fabio Enrique y BARRETO-MORENO, Antonio Alejandro
La regla de precedente en el derecho administrativo (Bogotá, 2019, Editorial Temis), 160 páginas.
Recensión de Raquel Sarria Acosta..... 311

¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? Notas para un análisis crítico

What do we talk about when we talk about public service?
Notes for a critical analysis

Cristóbal Aguilera Medina*

El presente trabajo aborda el concepto de *servicio público*. Se sostiene que esta figura se estructura sobre presupuestos que son incompatibles con los que subyacen a un sistema subsidiario. Esto se argumenta a partir de un análisis de sus notas determinantes y de una crítica a la teoría según la cual existiría una nueva interpretación de este concepto. Finalmente, se examina el ordenamiento jurídico para reafirmar lo sostenido.

This paper deals with the concept of *public service*. It is argued that this term is structured over presuppositions that are incompatible with those underlying a subsidiary system. This is based on an analysis of its determining notes and a critique to the theory that argues that there would be a "new" interpretation of this concept. Finally, the legal system is examined to reaffirm what has been sustained.

Palabras clave: servicio público, reserva, *publicatio*, subsidiariedad.

Keywords: public service, reservation, *publicatio*, subsidiarity.

Introducción

No resulta fácil, debido a su volubilidad, referirse al concepto de servicio público (en adelante "s.p.") en la actualidad. Esto contrasta —en principio— con el rol fundamental que jugó esta figura tanto en el origen como en el desarrollo del Derecho Administrativo¹. Con todo, el tiempo ha pasado, y los cambios que ha experimentado la manera en que se comprende el fundamento del poder público, el rol de la sociedad civil, el sentido del bien común, entre otros, ha provocado un constante

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae, Chile. Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: caguilera@uft.cl.

¹ SILVA CIMMA 1995, 11.

Artículo recibido el 31 de enero de 2020 y aceptado el 22 de mayo de 2020.

RESUMEN / ABSTRACT

mutar del sentido de este concepto. A tal punto ha ocurrido esto, que hoy es posible incardinar bajo la noción de s.p. realidades jurídicas que no tienen una significación común: por un lado, los órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas²; por otro, ciertas actividades económicas sujetas a una regulación, como ocurre con la distribución de energía eléctrica³.

La posibilidad de denominar s.p. a las dos realidades jurídicas mencionadas tiene como causa la llamada "crisis del s.p.". Esta crisis consistió en la disociación de los elementos de la figura tradicional, que, conforme a la doctrina del s.p. (identificada con el trabajo de la Escuela de Burdeos⁴) se entendían como unidad⁵. Esta disociación dio paso a la clásica distinción entre la noción "orgánica" y "funcional" del s.p.⁶. Las razones de esta crisis son múltiples; en el caso de Chile pueden resumirse en la superación del Estado de Bienestar por la irrupción del principio de subsidiariedad, cuyo hito fundamental es la Constitución de 1980. La crisis del s.p., así entendida, constituyó un síntoma de otra crisis mayor, que fue la crisis del Estado de Bienestar.

Estos cambios han provocado cierta desorientación en distintos planos⁷. Consecuentemente, ha habido intentos por explicar el significado del s.p., su relevancia y alcance en un contexto económico que en algunos aspectos es radicalmente distinto del que vio nacer esta figura⁸. Así, son diversos los esfuerzos de desentrañar el significado "actual" del s.p.⁹.

El presente trabajo busca sumarse a estas reflexiones, que en nuestro país no han tenido la misma intensidad que en otras latitudes¹⁰. En este sentido, el objetivo primero de estas líneas es reinstalar la discusión en el ambiente nacional¹¹. El trabajo seguirá el siguiente esquema: primero abordaremos

² Artículo 28, Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, de 2001.

³ Artículo 7, Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018, de 2007.

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA 2011, 51.

⁵ PIERRY ARRAU 2017, 150.

⁶ ARIÑO ORTIZ 2007, 187.

⁷ CASSAGNE 1996, 102; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 1999, 58.

⁸ En el prólogo a la tercera edición del tomo relativo al s.p. de su obra *Derecho Administrativo Chileno y Comprado*, Silva Cimma argumenta que "hubo de hacerse una revisión completa de la edición anterior [de 1969], sumamente meticulosa, como consecuencia de que la Administración Chilena, en veinticinco años, ha tenido modificaciones de singular importancia" (SILVA CIMMA 1995, 7). Estos cambios son la superación de un Estado intervencionista y la instauración de un régimen subsidiario.

⁹ Vgr. a nivel comparado, GORDILLO 2014, CASSAGNE 1996, REBOLLO 2008, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 1999; FERNÁNDEZ FARRERES 2003; a nivel nacional, sugerimos revisar el lúcido trabajo de VERGARA BLANCO 2004. También podría considerarse PIERRY ARRAU 2017 y, más recientemente, ROJAS CALDERÓN 2014.

¹⁰ Esto explica que las Jornadas de 2019 de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile estuvieran dedicadas al tema "el servicio público como actividad". Estas jornadas fueron suspendidas debido al COVID-19.

¹¹ Este trabajo comenzó a escribirse antes del 18 de octubre de 2019. Diferentes diagnósticos se han formulado para explicar la crisis que se instauraría luego de aquel día, entre los cuales se encuentra el que le imputa como causa la "privatización" de los servicios básicos. Esto, a nuestro juicio, vuelve todavía más relevante la tarea de reflexionar sobre la noción de s.p.

las notas determinantes del s.p. Luego, criticaremos la tesis según la cual existiría una interpretación actualizada del s.p. Finalmente, analizaremos el s.p. en nuestro ordenamiento jurídico.

I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público?¹² Dos puntos de partida

Desde sus inicios¹³, que se remontan a los trabajos de los juristas franceses de comienzos del siglo XX¹⁴, el concepto de s.p. ha sufrido múltiples interpretaciones. Así, ha sido calificado de concepto “polivalente”¹⁵, “inevitablemente equívoco”¹⁶, “que pareciera tener tantas definiciones como autores”¹⁷.

Por lo anterior, no es un concepto fácil de abordar. Sin embargo, la tarea de precisarlo es fundamental, en la medida en que no es posible discutir sobre un asunto si no hay claridad sobre el significado de los conceptos, más todavía para el caso de los juristas que trabajan con el lenguaje. En efecto, lo justo e injusto se juzga hablando, es decir, “por medio de la palabra”¹⁸. Por esto, “cuando no hay acuerdo en las palabras, se resiente la justicia”¹⁹. El acuerdo sobre los conceptos constituye, pues, el punto de partida de todo análisis. De ahí que lo primero sea definir de qué hablamos al utilizar el concepto de s.p., y buscar criterios que sirvan como puntos de partida y que permitan delimitar sus contornos. En lo que sigue nos abocaremos a ello.

Existen diversos esfuerzos por identificar las notas del s.p.²⁰. A nuestro juicio, estas pueden condensarse en dos (las demás quedan subsumidas en ellas): la intención de los gobernantes y la reserva de la actividad.

1. La intención de los gobernantes

Sin perjuicio de las discusiones conceptuales, pensamos que es posible establecer –a partir de reflexiones de antaño– un criterio formal de identificación que constituya el punto de partida de todo análisis que se oriente a responder jurídicamente la pregunta sobre el s.p.

Este criterio resuelve una tensión que podría ser resumida del siguiente modo: ¿Cuándo hablamos de s.p., hablamos de lo que el legislador estable-

¹² Este modo de preguntar fue tomado de un interesante texto de Hugo Herrera en el que explica su sentido. Ver HERRERA 2009, 1-6

¹³ Si bien es cierto, como afirma Valdivia, que los antecedentes de esa noción pueden remontarse a épocas más antiguas, este “recibió su más amplio desarrollo dogmático-jurídico en la doctrina francesa del *servicio público*” (VALDIVIA OLIVARES 2018, 42).

¹⁴ A pesar de la discusión sobre la “paternidad” de la teoría del s.p., no cabe duda de que ella se origina en Francia. Ver, v.gr. CASSAGNE 1996, 98.

¹⁵ ARIÑO ORTIZ 2007, 18.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 1999, 62.

¹⁷ *Ibid.*, 58.

¹⁸ PLATÓN 1966, 1696.

¹⁹ ORREGO SÁNCHEZ 1989, 68.

²⁰ V.gr. ARIÑO ORTIZ 1993, 299-305; GARRIDO FALLA 1994, 21-22.

ce a través de una regulación de derecho público o hablamos de una “esencia” en el concepto que se predica de cierto tipo de actividades (y órganos) con independencia de lo que disponga el legislador? Plantear esta tensión de este modo, tiene por objeto esquivar el riesgo de perder el tiempo con una invención humana, intentando buscar una profundidad metafísica donde no la hay. Así, desde un comienzo, cabe precisar que no hay un significado del s.p. que sea, por así decir, esencial. Esto no significa negar que el concepto esté anclado en premisas filosóficas e históricas, pero, en lo que respecta a sus notas caracterizadoras, no existe algo que le corresponda en esencia, pues sus contornos han sido definidos desde “afuera”. En otras palabras, el s.p. no es una realidad natural.

Lo anterior, a pesar de parecer abstracto, es clave tenerlo a la vista desde el comienzo. Cierta autor ha planteado algo similar al criticar el hecho de denominar como s.p. una actividad luego de que el derecho público la ha regulado, pues, esto, más allá de ser intrascendente, lo único que provoca es confusión: alguien podría pensar que esa regulación se establece porque “es” un s.p. en esencia, olvidando que, en realidad, dicha denominación únicamente encuentra su sentido debido a que está regida expresamente por el derecho público²¹.

A partir de lo dicho, y en miras a concretar este criterio formal, podemos remitirnos a un elemento que destaca el jurista francés Gastón Jèze. Frente a la pregunta ¿cómo se reconoce la existencia de un s.p.? o ¿qué circunstancias deben tenerse en cuenta para saber si en un caso determinado existe realmente un s.p.?, Jèze responde que “[a] nuestro entender procede averiguar únicamente la intención de los gobernantes en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate”²². Agrega que “[s]on única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público”²³. En el ambiente nacional esto ya ha sido advertido. Se ha afirmado que “hay una idea central que permanece y que puede utilizarse para reconstruir, a partir de ella, la teoría del servicio público”²⁴. Esta idea es precisamente la que Jèze identifica bajo la fórmula “intención de los gobernantes”, pero aterrizada a nuestro contexto jurídico: “es el Estado, Poder Ejecutivo y Legislativo, para estos efectos, el único juez de las exigencias de interés general, desde el punto de vista de la organización administrativa. Este aprecia libremente si en un determinado momento la satisfacción de interés general debe dar lugar a la creación de un servicio público o debe reconocérsele esa calidad a un organismo o actividad”²⁵.

²¹ GORDILLO 2014, 293.

²² JÈZE 1923, 289-290.

²³ *Ídem*.

²⁴ PIERRY ARRAU 2017, 105.

²⁵ *Ídem*.

En cierto sentido, este criterio es sumamente extensivo (propio de la doctrina francesa)²⁶. Por consiguiente, existe el riesgo de vaciar de contenido la noción de s.p., pues la intención del gobernante en miras a satisfacer necesidades públicas puede traducirse en múltiples decisiones. En efecto, si toda determinación en el ejercicio de la función de satisfacer necesidades colectivas consiste en s.p., lo cierto es que la amplitud de este tiende a confundirse con la función misma²⁷.

Con todo, este criterio refuerza el punto que ahora intentamos dilucidar, cual es que no existe, *a priori*, un concepto de s.p. en abstracto, sino que habrá que verificar, en concreto, lo que dispone la ley. Esto no significa que la decisión legislativa no pueda ser objeto de críticas. Sin embargo, los juicios en virtud de los cuales criticamos la determinación sobre el s.p. están “fuera” del concepto, pues no existe un ideal o, si se quiere, un análogo principal del s.p. que sirva como punto de comparación. Así, podemos estar en desacuerdo con que el legislador se abstenga de elevar a rango de s.p. una actividad, pero eso no transforma dicha actividad en s.p.. Igualmente, podemos criticar que una actividad sea definida por el legislador como s.p., pues no satisface necesidades de relevancia social, pero esta crítica no quita que la actividad sea, de hecho, s.p.. Y esto ocurre, pues –insistimos en esto– el s.p. es una invención humana, cuya materialización parte de la premisa de la intención del gobernante. De esta manera, rechazamos la existencia de lo que podría denominarse, en abstracto, el “verdadero” s.p., el s.p. “en estricto sentido”, la “esencia” del s.p., etcétera. En palabras de Jèze, “[e]l criterio personal del jurista que resuelve la dificultad es indiferente”²⁸.

Conforme a lo expuesto, podemos afirmar que el criterio formal-normativo de la intención del gobernante, es incompatible con dos teorías: la teoría del s.p. virtual y la teoría del s.p. por naturaleza. Cabe, pues, descartar la teoría del s.p. virtual, según la cual “cuando una actividad tiene un claro contenido de interés general, ella constituye s.p. sin necesidad de declaración legal al respecto”²⁹. Esto también ha sido advertido por el Tribunal Constitucional, al señalar que “no hay servicios públicos por naturaleza [para nuestros efectos, se debe entender s.p. virtual], pues éstos son una creación del legislador”³⁰. Esto tiene diversas consecuencias. Por un lado, implica desecharse la idea de Duguit de hacer responsable al legislador por abstenerse de asumir una actividad como s.p., cuando, de no hacerlo, causa trastornos en un país³¹, pues ello significa negar que el s.p. es una definición política. Por otro lado, y relacionado con esto, negar la teoría del s.p. virtual implica

²⁶ Jèze sostiene que no es posible dar con un criterio único para poder reconocer la voluntad de los gobernantes a fin de advertir la existencia de un s.p. (JÈZE 1923, 291-292).

²⁷ ARIÑO ORTIZ 1993, 294-295.

²⁸ JÈZE 1923, 290.

²⁹ PIERRY ARRAU 2017, 105-106.

³⁰ Sentencia TC Rol N° 1295 (2008), c. 53°.

³¹ DUGUIT 1913, 127.

también negar que los jueces puedan definir si estamos ante un s.p., cuestión que, en todo caso, ha ocurrido en algunas ocasiones, por ejemplo, cuando la Corte Suprema ha declarado a las Isapres como “servicios públicos desarrollados por particulares”³² o cuando el Tribunal Constitucional las ha calificado de “servicios públicos *sui generis*”³³.

Asimismo, el criterio de la intención del gobernante es incompatible con la teoría del s.p. “por naturaleza”, conforme al cual “existirían actividades que naturalmente corresponde ejercer al Estado y otras no”³⁴⁻³⁵. Esta teoría supone que solo serían s.p. “aquellos organizados por el Estado teniendo en vista llevar a cabo un acto normal de su función”³⁶, esto es, aquellas actividades que corresponden a las funciones que constituyen al Estado, en cuanto que son ejercicio de poder indelegable de la esfera de soberanía, lo cual implica incurrir en una confusión³⁷⁻³⁸.

En definitiva, antes que otro criterio, el primero es uno formal, es decir, uno que se refiere a la forma de identificar (y convertir) algo (órgano o actividad) como s.p., y que es lo que el legislador determina, siendo, por tanto, un asunto fundamentalmente contingente. A continuación, desarrollaremos el segundo criterio que dice relación, ya no con la intención (abstracta) del gobernante, que, en la práctica, se traduce en el establecimiento de un régimen jurídico a fin de satisfacer necesidades públicas, sino con el objeto concreto de esa intención, es decir, el tipo específico de régimen jurídico, que es, si se quiere, el criterio de fondo.

2. Reserva o captura estatal

La primera nota del s.p. es que constituye una definición de la intención del gobernante en miras a satisfacer una necesidad colectiva. El segundo elemento es el objeto de esa definición o, dicho de otro modo, lo que significa, en concreto, este modo de intervención que denominamos s.p..

Lo que en concreto significa este modo de intervención es lo que entenderemos bajo el concepto de “reserva”. Al usar esta expresión nos referimos a la quinta acepción del Diccionario de la lengua española, según la cual es la “[a]cción de destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para un uso o una persona determinados”³⁹. Otra palabra que también se podría ocupar es “captura”. En este sentido, la “cosa” que se reserva o captura es la actividad prestacional que se orienta a satisfacer necesidades colectivas. Lue-

³² Sergio Carrasco Delgado con Isapre Consalud S.A. (2010), c. 7°.

³³ Sentencia TC Rol N° 2337 (2013), c° 9.

³⁴ PIERRY ARRAU 2017, 105.

³⁵ Lo mismo ha criticado cierta doctrina reciente, ver EVANS ESPÍNEIRA y YÁÑEZ REBOLLEDO 2017, 7.

³⁶ PIERRY ARRAU 2017, 105.

³⁷ GARRIDO FALLA 1994, 11.

³⁸ ARMIENTA HERNÁNDEZ 2013, 89-90.

³⁹ Diccionario de la lengua española, quinta acepción.

go, la “persona determinada” es el Estado. En otras palabras, la reserva nos deja ante una actividad estatalizada⁴⁰.

Esta reserva es denominada por la doctrina como “exclusividad regalista”⁴¹. La idea que subyace a este concepto es el monopolio del Estado tanto en la titularidad de la actividad (monopolio *de iure*) como –en principio, aunque no necesariamente– en la gestión de esta (la exclusividad en la gestión no es determinante, pues puede cederse al particular sin perder la titularidad)⁴². Así, “declarada determinada actividad como servicio público, la titularidad de esa actividad en bloque, es referida a la Administración, con la consecuencia de que en lo sucesivo es una actividad vedada a los particulares”⁴³. El efecto primero de la reserva es, pues, la titularidad estatal⁴⁴.

El efecto necesario de la titularidad estatal es la exclusión de los privados de la llevanza de dicha actividad. Esta exclusión es la primera y principal consecuencia jurídica que interesa al Derecho Administrativo, pues, a partir de ella, se articula el concepto de “concesión de s.p.”. En efecto, este concepto supone que hay, como dice su nombre, una cesión por medio de la cual el particular adquiere derecho a realizar una actividad que, en principio, no tenía. Por este motivo (y solo por este) es posible decir que la concesión es un título constitutivo y no meramente declarativo como lo sería la autorización: “[l]a concesión inviste la calidad de *traslativa* y *constitutiva*, es decir, son *traslativas* pues permiten al concesionario ejercer actividades o aprovechar bienes cuya titularidad corresponde a la Administración; pero también son *constitutivas*, porque otorgan al particular un derecho *ex novo* del que antes no era titular”⁴⁵. Sin la reserva, entonces, no cabría hablar de concesión, pues no podría cederse nada en la medida en que no se tenga la titularidad de lo cedido.

Desde un punto de vista jurídico filosófico, la reserva encuentra su explicación en la doctrina de la escuela de Burdeos que, en palabras sencillas, comprende la voz “público” que adjetiva el sustantivo “servicio” como sinónimo de “estatal”. En resumen, esta teoría supone que el fundamento de la legitimidad del poder público es que el Estado preste cierto servicios a la comunidad⁴⁶. De ahí que Duguit sostenga que “[l]a noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público”⁴⁷. Esto explica que, conforme a esta teoría, a los particulares solo se les permita

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ 1993, 286.

⁴¹ V.gr. ARIÑO ORTIZ 1993, 300; FERNÁNDEZ FARRERES 2003, 10.

⁴² García de Enterría, en el ámbito municipal, sostiene que “[l]a elevación de los servicios que cita al carácter de monopolio municipal no es más que su elevación al rango de servicios públicos propiamente dichos” (GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE 1955, 117).

⁴³ GUAITA MARTORELL 1969, 67-68. Ver también ARIÑO ORTIZ 1993, 300-301.

⁴⁴ GARRIDO FALLA 1994, 22.

⁴⁵ CORDERO VEGA 2015, 474. Ver también VERGARA BLANCO 2004, 34.

⁴⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ 2013, 63, 69 y 71.

⁴⁷ DUGUIT 1913, 93.

colaborar de modo secundario y derivativo, es decir, si así se lo concede la autoridad estatal⁴⁸. En nuestro país esta noción, aunque con ciertos matices, ha sido difundida, de manera que se considera que la relevancia del s.p. está ligada con la intervención del Estado en la vida de interrelación de los particulares: “[e]n la medida, entonces, en que esa administración se realice, y extienda o restrinja su esfera de acción, es que adquirirá mayor valor o perderá la teoría general del servicio público. Todo esto se vincula, en definitiva, a la extensión mayor o menor que se comete a la gestión del Estado”⁴⁹.

3. La *publicatio* como concepto paradigmático

El concepto que se emplea para referirse a la acción y efecto de reservar, para referirse a la intención del gobernante de “elevar” a s.p. una actividad, es el de *publicatio*⁵⁰. Etimológicamente hablando, *publicatio* significa “hacer público”⁵¹. Este concepto tiene, de la mano de lo recién dicho, una doble dimensión. Por un lado, significa que la prestación de la actividad definida como s.p. “la ley ha puesto a cargo de un determinado organismo público estatal”⁵². Por otro lado, supone que el encargo es excluyente. Esto es que la actividad que se ha incorporado al quehacer del Estado es ejercida de manera reservada, asumiendo la titularidad y quedando fuera de la actuación espontánea de los particulares⁵³. Aun si se acepta que la *publicatio* admite diversas modalidades, en todas ellas (reserva intensa o media) “el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, solo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta”⁵⁴. Por esto, desde que se acuñara el concepto de *publicatio* (mediado del siglo XX), se comprendió como una técnica que se orienta a la creación de “títulos *ope proprietatis* de potestad sobre actividad privada”⁵⁵. De ahí que la reserva sea “hecha, ciertamente, de la primacía de la iniciativa privada y del principio de subsidiariedad”⁵⁶.

La *publicatio* es, por tanto, en cuanto elemento de un modo específico de intervención (s.p.), lo determinante de ese modo. Por ello, frente a la pregunta “¿de qué hablamos cuando hablamos de s.p.?”, podemos respon-

⁴⁸ VERGARA BLANCO 2004, 33.

⁴⁹ SILVA CIMMA 1995, 12.

⁵⁰ La palabra es de origen romano. Con todo, en el Derecho Romano no hay una única manera de entenderla. Sin embargo, lo que sí nos parece claro -hasta donde hemos podido examinar-, es que el concepto *publicatio*, en cuanto actuación de la autoridad pública, operaba respecto de bienes y no respecto de servicios. De ahí que la aplicación sobre servicios sea un invento que es atribuible al trabajo de Villar Palasí. Ver: BASSOLS COMA 1977, 47.

⁵¹ Sustantivo *público* y sufijo *tio(n)*, que significa acción o efecto. En el Diccionario de la lengua española, la palabra cuya raíz latina es *publicatio* o *publicationis* es el sustantivo publicación (verbo transitivo publicar, de raíz latina *publicare*).

⁵² SOTO KLOSS 2012, 567

⁵³ VERGARA BLANCO 2004, 40.

⁵⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ 2002, 150-151.

⁵⁵ BASSOLS COMA 1977, 47.

⁵⁶ SOTO KLOSS 2012, 567.

der que hablamos, fundamentalmente, de la *publicatio*. Sin la *publicatio* no podemos hablar de s.p., como tampoco de aquello que se deriva de este, como la distinción entre concesión y autorización, pues no existiría el elemento en virtud del cual la distinción es posible. De ahí que sostengamos que es el concepto paradigmático. Ahora bien, también es paradigmático por otro motivo: porque logra condensar la doble dimensión del s.p.. Como quiera que la *publicatio* es estatización de una actividad, ello implica que solo el Estado puede llevarla a cabo. Así, la perspectiva material se funde con la perspectiva orgánica: solo los servicios públicos (órgano) pueden llevar a cabo servicios públicos (actividad).

II. Evolución de una idea

Al comienzo del Libro Segundo de “Los principios generales del Derecho Administrativo”, Gastón Jèze afirma que “[e]n todos los países civilizados satisface la Administración necesidades de interés general”⁵⁷. Luego, reconoce que hay diversos modos de satisfacer estas necesidades, y que su elección depende de decisiones políticas. Así, reconoce, en general, dos modos: el procedimiento de derechos privado y el procedimiento del s.p.. El procedimiento del s.p. caería dentro de aquel en virtud del cual “Administración está encargada de satisfacer con exclusión de los particulares”⁵⁸.

Lo dicho por Jèze, aunque parece obvio, es de suma importancia. A la hora de aproximarse al tema del s.p., antes de analizar en específico este tipo de intervención, da un paso atrás, para advertir que el s.p. es un modo, entre otros, de conseguir el fin de satisfacer necesidades colectivas. Este sencillo ejercicio es clave, pues es usual que se confundan las características del s.p., en cuanto modo específico de intervenir, con el fin público de satisfacer necesidades colectivas. Ambas cosas, por cierto, no son lo mismo, y la confusión en que se incurre no es trivial. Veamos.

1. Un “nuevo” concepto de servicio público

Al comienzo hemos sostenido que el acuerdo sobre el significado de los conceptos constituye el punto de partida de cualquier análisis. En este sentido, un riesgo que se corre es pretender conseguir “la uniformidad al precio de distorsionar el concepto jurídico”⁵⁹. Esto es lo que ocurre cuando se busca incardinar dos realidades diversas bajo un mismo concepto. En lo que se refiere al s.p., cierta doctrina ha pretendido reinterpretarlo a partir de críticas a la noción original. En lo fundamental, se ha sostenido que ella no responde a los cambios experimentados en las sociedades en cuanto a la dirección de su desarrollo. Estas críticas no buscan eliminar el concepto, sino “adecuarlo” a la realidad actual. La idea –errónea, según veremos– que subyace a esta

⁵⁷ JÈZE 1923, 283.

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ ORREGO SÁNCHEZ 2019, 92.

pretensión, es mantener vigente el concepto⁶⁰, dándole continuidad bajo una “nueva” perspectiva.

El fenómeno que más ha impactado en la idea de configurar un “nuevo” s.p. ha sido la privatización⁶¹. La privatización significó la transferencia de la titularidad de una serie de servicios desde el Estado a los particulares, es decir, operó una *des-publicatio*. Esto provocó un vuelco tanto en la labor que comenzaron a asumir los particulares en relación con ciertas actividades que satisfacen necesidades colectivas, como en la actividad específicamente de policía que asumió el Estado (potestades de fiscalización y de sanción).

El fenómeno descrito fue el antecedente del denominado Derecho Regulatorio⁶². El Derecho, en este ámbito, justifica la intervención del Estado en la actividad económica en dos objetivos: primero, “garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate”; segundo, “establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer”⁶³. De ahí que se haya acuñado el concepto de “mercados regulados”, para aludir a una intervención más intensa del Estado, que se traduce en la imposición de cargas a los particulares tanto en el acceso, permanencia o retiro de actividades económicas⁶⁴. Sin embargo, al ser actividades económicas, la intervención del Estado solo se limita a la regulación y fiscalización⁶⁵. No puede, en efecto, operar una reserva, dado el derecho a la libertad económica. En otras palabras: la esfera de la libre iniciativa de los privados no puede ser reducida en el sentido de que el Estado acapare alguna actividad económica. Este es uno de los efectos más fuerte en el ámbito económico del principio de subsidiariedad. Lo que establece específicamente la legislación chilena lo veremos más adelante. Lo que ahora nos interesa es examinar la propuesta de un nuevo concepto de s.p., bajo la idea de adecuarlo al marco jurídico actual que parte de la premisa de que estas actividades están abiertas a la competencia⁶⁶.

Entre los esfuerzos que se han realizado con este fin, se encuentra la tesis según la cual la noción “actualizada” del s.p. constituiría “en cuanto a fenómeno material y jurídico (...) un Derecho de regulación de actividades económicas donde están involucrados intereses generales o colectivos –o sea, de toda la población o de alguna parte de ella– y en definitiva *públicos*, identificando la noción de servicio público con una técnica legal de regulación

⁶⁰ Este es el esfuerzo que inspira el importante trabajo de Silva Cimma y, específicamente, su tesis de que el s.p. aún mantiene su vitalidad (SILVA CIMMA 1995, 74-51).

⁶¹ ARÓSTICA MALDONADO 1995, 259-261.

⁶² CORDERO QUINZACARA 2013, 120.

⁶³ ARIÑO ORTIZ 2003, 589. Ver también: CORDERO QUINZACARA 2013, 121-122.

⁶⁴ Las exigencias se traducen en el cumplimiento de lo que se denomina principios de operación. Para el caso de la regulación de la energía eléctrica, ver: EVANS ESPINERÍA Y YÁNEZ REBOLLEDO 2017, 8-10.

⁶⁵ CORDERO QUINZACARA 2013, 122-125.

⁶⁶ VERGARA BLANCO 2004, 37.

sobre actividades de contenido económico cuya titularidad ostenta la Administración pública o no, y su gestión es realizada fundamentalmente por particulares, destinadas a la satisfacción de necesidades generales o sectoriales colectivas⁶⁷. Lo importante de esta definición es la expresión “o no”, pues ello cambia “el eje central desde la titularidad estatalizada a la del régimen jurídico, constituyéndose en verdadero Derecho de la regulación de actividades económicas –como se dijo anteriormente–, que desplaza el régimen de actividad administrativa de prestación, y que debe atender intereses de toda la población”⁶⁸. Una idea similar fue sostenida por otra doctrina, según la cual, si determinados servicios son gestionados por particulares en condiciones monopólicas, el “Estado debe ejercer su potestad de controlar cómo se presta ese servicio. Allí reaparece un *corpus* normativo y una realidad económica que puede ser calificada últimamente como servicio público”⁶⁹.

Este esfuerzo busca conciliar la noción tradicional del s.p. con un marco normativo donde se privilegia la iniciativa privada. Con todo, esta idea presenta tres problemas. Primero, nos parece que se cae en la distorsión de conceptos que más arriba mencionamos. Si el s.p. es el régimen de reserva estatal, pero también es el régimen de mercado regulado, entonces denominamos bajo el mismo concepto situaciones jurídicas conceptualmente opuestas (transgredimos la distinción básica formulada por Jèze). Y no cabe la argumentación de que el concepto se debiera interpretar conforme a la evolución económica, con el fin de actualizarlo. Una interpretación que le asigna a un concepto una significación que es opuesta a la original, en rigor, no es una interpretación, sino un cambio en su sentido y alcance. Estamos, pues, ante dos figuras diferentes, que debieran ser conceptualizadas, como es lógico, de modos diferentes, más aún cuando sus presupuestos son incompatibles (lo veremos). Una pretensión similar es la de actualizar el concepto de *publicatio* para hacerlo coincidir con la decisión estatal, no de capturar, sino de “que una actividad se sujeta a las potestades administrativas mediante un régimen especial”⁷⁰. De este modo, el Estado no sería titular de la actividad, sino que titular “de la regulación del servicio público”⁷¹. Pero, de igual modo, se tuerce el sentido de las palabras.

La segunda objeción, dice relación con el tipo de actividad de que se trata. Conforme a la tradicional distinción, las actividades de la Administración son fomento, servicio público y policía⁷²⁻⁷³. Tomando de nuevo las palabras de Jèze, cabe decir que todas estas actividades se orientan a satisfacer necesida-

⁶⁷ ROJAS CALDERÓN 2014, 181.

⁶⁸ *Ídem*

⁶⁹ GORDILLO 2006, 243.

⁷⁰ CASSAGNE 1996, 103.

⁷¹ CASSAGNE 2002, 291.

⁷² JORNADA DE POZAS 1949, 42.

⁷³ Hay, por cierto, otras clasificaciones de los modos o tipos de actuación del Estado, v.gr. ARIÑO 2007, 184.

des colectivas, por lo que todas ellas, en cierto sentido (en un sentido general, que no aporta mayor significación), son s.p., pues a toda subyace la idea de que el “[e]l derecho administrativo propende a la satisfacción de necesidades públicas”⁷⁴. Pero, materialmente, es decir, sin perjuicio de que coincidan en la causa final, son actuaciones diferentes. En este caso, bajo la tesis de la actualización del s.p., la actuación del Estado es la de “regular”, es decir, crear un estatuto normativo al que los particulares deben someterse en la medida en que desarrollen la actividad que dicho estatuto regula. Materialmente esta no es una actividad de s.p., dado que no es una actividad prestacional.

Lo que cierta doctrina denomina “nuevo s.p.” es, en realidad, actividad “legislativa”, ya que consiste en la “emanación de normas obligatorias”⁷⁵, que corresponde inicialmente al legislador y, luego, en su concreción, a la Administración. En otras palabras, es la intervención del Estado “para regular las actividades económicas por razones de interés público”⁷⁶, interés que, en este caso concreto, apunta a la satisfacción de necesidades colectivas⁷⁷. A su vez, la actividad de velar por el cumplimiento de estas normas obligatorias es una actividad de policía, es decir, una actividad de la Administración “realizada en el ejercicio de su potestad pública, que supone la limitación de los derechos de los particulares, por razones de interés general y con el objeto de alcanzar la mantención del orden público”⁷⁸. También se ha definido policía como “el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”⁷⁹. Esta última es una definición, que, si bien es “provisional”, de todos modos es útil, pues enfatiza en la idea de “ajuste de actividad a un fin de utilidad pública”. Específicamente, podría adoptarse la nomenclatura de “policía especial”, pues constituye un “conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares que se dictaron en específicas materias”⁸⁰. Así, coincidimos con un autor que sostiene que es un error comprender la actividad regulatoria como una “modalidad de la actividad de la Administración”⁸¹, ya que esta puede comprenderse bajo las categorías tradicionales de actuación.

Es importante aclarar esta confusión, no solo por los eventuales efectos prácticos, sino que también por los desafíos conceptuales del Derecho Ad-

⁷⁴ VALDIVIA OLIVARES 2018, 41.

⁷⁵ JORNADA DE POZAS 1949, 42.

⁷⁶ CORDERO QUINZACARA 2013, 120.

⁷⁷ La regulación presenta características que responden a lógicas de la noción tradicional del s.p., como la continuidad del servicio (Duguit, por ejemplo, trataba la continuidad como un aspecto fundamental (ver DUGUIT 1913, 103). Sin embargo, ello solo representa una manifestación de la figura tradicional en “un mundo en el que la publicatio ha caído en desuso a causa de la entrada de los conceptos de competencia y libertad económica en muchas actividades en el pasado calificadas de servicios públicos en sentido estricto” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ 2013, 64.)

⁷⁸ BERMÚDEZ 2014, 319.

⁷⁹ GARRIDO FALLA 1953, 11.

⁸⁰ *Ídem*. Ver también BERMÚDEZ 2014, 320.

⁸¹ CORDERO QUINZACARA 2013. 123-124.

ministrativo. El autor que postula la tesis que criticamos, con todo, sostiene que este régimen o actividad “es fundamento y explicación, ya no del Estado de Policía ni Estado del Bienestar, sino de un *Estado garante* de intereses públicos frente a la actividad de empresas privadas que funcionan en régimen de mercado y competencia en aquellos sectores que tienen relevancia para la sociedad y sus habitantes, y garantizando que en ellos se realicen prestaciones básicas conforme reglas o principios mínimos de operación”⁸². Con todo, a esto podemos responder que la asunción del Estado de una posición de garante no es incompatible con que dicha posición se realice a través de actuaciones de policía (especial), como ocurre, por ejemplo, con el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud⁸³.

En tercer lugar, nos parece que también hay un problema en la tesis que ahora comentamos al confundir los conceptos de *publicatio* y publicación, que la doctrina, en general, suele comprenderlos como sinónimos. Publicar significa “trasladar la regulación de una determinada actividad desde el derecho privado al derecho público”⁸⁴. En este sentido, se ocupa el concepto para describir el fenómeno –cada día más importante– de la “publicación del derecho privado”⁸⁵. En consecuencia, no todo traslado de la regulación de una actividad desde el derecho privado al derecho público supone necesariamente que la autoridad administrativa asume la titularidad de esta actividad. En otras palabras, no toda publicación implica una *publicatio*. Hay una confusión entre el género y la especie, cuestión que también nos parece que ocurre en el intento de “actualizar” la noción de la *publicatio* que revisamos líneas arriba.

En este punto, nos parece interesante destacar el argumento de un autor en miras a mantener la categoría del s.p. y, concretamente, de la *publicatio*, aun en un contexto jurídico subsidiario. En síntesis, este autor se opone a la tesis de “abandonar la idea de la *publicatio* específica para reemplazarla por una noción ambivalente o, si se quiere, polifacética, como es la noción de regulación económica”⁸⁶. La razón fundamental de esta oposición, es que, a pesar de los cambios descritos, “seguirá siendo necesario distinguir –en el campo de la regulación económica– los servicios públicos de las llamadas actividades de interés público, porque el problema que plantea la naciente realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones, sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el

⁸² ROJAS CALDERÓN 2014, 181.

⁸³ El inciso cuarto del numeral 8 del artículo 19 de la Constitución establece que “[e]s deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”. Así, el Estado garantiza la prestación de acciones de salud “a través de instituciones privadas”, prestación que, en consecuencia, deberá regular, regulación a la cual el particular deberá someterse (“en la forma y condiciones que determine la ley”). Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los convenios celebrados entre los Servicios de Salud e instituciones privadas en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 36 de 1980.

⁸⁴ Diccionario de la lengua española, segunda acepción *Der*.

⁸⁵ GUZMÁN BRITO 2015, 20-21.

⁸⁶ CASSAGNE 1996, 104.

servicio público, en relación con otras actividades de interés público que no se imponen como prestaciones obligatorias”⁸⁷. Sin perjuicio de compartir la distinción entre los tipos de actividades que se exponen, nos parece que su razonamiento es equivocado en la medida en que basta revisar la regulación específica para saber si la actividad, por satisfacer necesidades colectivas, se debe realizar de manera continua y regular, imponiéndole al particular, en consecuencia, una carga pública de esa naturaleza (ahondaremos en esto).

2. Servicio público: ¿una técnica, solo una técnica?⁸⁸

Lo expuesto en el apartado anterior nos acerca a una cuestión decisiva en esta reflexión sobre el s.p., que dice relación tanto con la determinación de sus elementos como con la distinción respecto de otros modos de intervención estatal. Hemos sostenido que el s.p. es una técnica caracterizada por la reserva estatal de la actividad prestacional. Con todo, si bien es cierto que, en abstracto, constituye una “alternativa” entre varias de que dispone el Estado para satisfacer necesidades colectivas, no se puede analizar simplemente como una técnica y solo una técnica más.

Desde un punto de vista, los modos de intervención estatal pueden diferenciarse según su “intensidad”. En efecto, por decirlo así, se puede advertir intervenciones de mayor o menor fuerza, es decir, mayor o menor presencia. Así, que el Estado regule una actividad que desarrolla un particular es menos intenso que el que el Estado asuma la titularidad de esta. Con todo, desde otro punto de vista, que dice relación, en último término, con la concepción del Estado y sus fines, el criterio de intensidad no logra captar lo que subyace a la definición del s.p., pues lo que existe es más bien una opción política que se relaciona –según sostuvimos– con las diferentes formas de entender el fundamento de la legitimidad del poder público.

En este marco, la *publicatio* (como nota central de la noción tradicional del s.p.) y la publicación de actividades económicas (“nuevo” s.p.), no corresponden al mismo género de intervención, pues las lógicas detrás de ambos no tienen punto en común. La *publicatio*, que significa acaparamiento estatal, con la consecuente supresión de la iniciativa privada en ese ámbito económico particular, supone la idea de que el Estado está llamado primera y privativamente (*in iure*) a la satisfacción de aquellas necesidades que se cubren por medio de dicha actividad. Esta premisa pugna con el principio contrario a esta tesis, que es el principio de subsidiariedad, el cual fundamenta o, más bien, es el antecedente desde el cual se articula la noción “actualizada” del s.p.. Este principio admite grados de intervención (por ejemplo, es compatible con este principio que el Estado asuma un rol activo en la garantía y prestación directa), pero es incompatible con un régimen de reserva. Y

⁸⁷ *Ibíd.*, 104-105.

⁸⁸ Este título está sacado del apartado II, “Una técnica, solo una técnica”, del lúcido artículo “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy” de Tomás-Ramón Fernández (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 1999, 59).

esta incompatibilidad encuentra su causa en el hecho de que la *publicatio* vulnera el principio de la primacía de la persona humana⁸⁹ (la dignidad de la persona humana es el fundamento de la subsidiariedad⁹⁰), en cuanto a que ella y las organizaciones que articule en el despliegue de su libertad asociativa (sociedad civil), son los primeros llamados a satisfacer las necesidades colectivas, ya que “la persona es responsable primigenio del bien común cuya contribución al mismo tiempo no es solo un deber sino un derecho inalienable, porque es, al mismo tiempo, fuente de su propia perfección y expresión de su dignidad”⁹¹. Puesto así, la reserva y la regulación no pertenecen al mismo “género” de intervención, ya que bajo un criterio que tome en cuenta las lógicas que subyacen a estas actuaciones, es claro que se fundan en criterios de legitimidad del Estado que son contrarios entre sí.

3. Dialéctica entre Estado y sociedad: un problema de relación y de poder

Es usual que se sitúe la reflexión teórica sobre el s.p. en un tema que podría condensarse bajo la idea de la dialéctica entre el Estado y la sociedad. Esto se debe, principalmente, al hecho de que “[l]a separación entre Estado y sociedad pertenece al interior del propio Estado, y es privativa del pensamiento político moderno. El Estado es la forma de lo político en cuanto concebido como autónomo respecto de lo social. La sociedad es la forma de lo social en cuanto concebido como autónomo respecto de lo político”⁹². En palabras de otro filósofo, podríamos decir que la dialéctica a la que se alude para enmarcar la reflexión del s.p., nace de la idea de que la noción de Estado moderno introdujo separaciones fundamentales, entre las cuales está la “separación de la sociedad civil y el Estado”⁹³.

El Estado moderno se identifica con la idea de la condensación del poder político y, en consecuencia, de que todo ejercicio de poder “procede, como delegación, de una sola fuente que lo monopoliza”⁹⁴. De ahí que, desde la Revolución Francesa –momento en el cual nace el Derecho Administrativo– “la Administración Pública se identificara con el Poder ejecutivo”⁹⁵. Sumado a lo dicho, hay que advertir que en el contexto histórico en que nace la figura primaba la tesis de que “las tareas del Estado y las tareas de la sociedad son tareas diferentes”⁹⁶. En este cuadro conceptual, es fácil comprender la idea de la dialéctica: el s.p. “constituye una técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre Sociedad y Estado”⁹⁷.

⁸⁹ SOTO KLOSS 2002, 44 y 48.

⁹⁰ URBINA MOLFINO 2005, 326-331. Para mayor desarrollo de la fundamentación antropológica de la subsidiariedad, ver FINNIS 2000, 174-176.

⁹¹ ARANCIBIA MATTAR 2017, 3.

⁹² CRUZ PRADROS 2006, 53.

⁹³ MANENT 2016, 39.

⁹⁴ CRUZ PRADOS 2006, 53.

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2006, 28.

⁹⁶ ARIÑO ORTIZ 1993, 286.

⁹⁷ CASSAGNE 1996, 98.

Esta dialéctica, sin embargo, luego de que se materializaran los cambios políticos y económicos que hemos relatado brevemente más arriba (privatización), ha quedado fuertemente matizada. En efecto, la idea de la libre iniciativa de los particulares configura un orden social diverso al anterior, pues estos pueden realizar actividades que antes estaban reservadas al Estado. El Estado, de este modo, pierde la potestad de capturar, y los particulares no necesitan, en consecuencia, de una delegación de poder para realizar cierto tipo de actividades. Así, la noción jurídica de concesión, con toda la fuerza doctrinal que condensa, queda al margen de un sistema jurídico que no permite la reserva estatal. En este sentido, en la medida en que se establece un régimen abierto a la competencia, se adopta un orden social que es incompatible con el s.p.. En otras palabras, si la *publicatio*, como elemento determinante del s.p., implica –como hemos mencionado– “una reserva hecha, precisamente, de la primacía de la iniciativa privada y del principio de subsidiariedad”⁹⁸ y, a la vez, si estos principios y derechos no pueden ser vulnerado, se puede comprobar la incompatibilidad a que aludimos.

Esto no quiere decir que el Estado queda al margen del fin público de satisfacer necesidades colectivas. La subsidiariedad no supone ausencia, ni tampoco mera suplencia o sustitución, como algunos autores han sugerido⁹⁹. Como hemos visto, al Estado sí le cabe, en cuanto a su labor específicamente subsidiaria (faz positiva¹⁰⁰), establecer una regulación (y fiscalizar su cumplimiento) para el correcto desenvolvimiento de las actividades que satisfacen necesidades colectivas. En este sentido, estas actividades económicas, en la medida en que son reguladas en miras al fin mencionado, contribuyen a crear y proveer bienes que son “públicos” (comunes). Esto es así, pues los bienes que existen en comunidad no son públicos o privados según el sujeto que los produce o distribuye (Estado o particular), sino por el modo en que estos se comparten, y la regulación, en el caso de los bienes públicos, busca justamente que ellos se compartan públicamente, es decir que “cada uno participa de él en virtud de su condición de miembro del pueblo, de ciudadano”¹⁰¹. Con todo, esta regulación supone –como hemos sostenido– la libertad económica, la que es incompatible con el s.p.. Y esta incompatibilidad, lo veremos ahora, es la que existe en nuestra legislación.

III. Servicio público en el ordenamiento jurídico chileno

Hemos adelantado al comienzo que la legislación chilena distingue dos significados del concepto de s.p.: orgánico y material. Esto ya nos advierte de un dato relevante, cual es que la unidad que supone el concepto original no aplica en nuestra legislación. Esto se comprueba, además, si se observa que

⁹⁸ SOTO KLOSS 2002, 567.

⁹⁹ Para una argumentación acerca de que subsidiariedad no es equivalente al acto de suplir o reemplazar, ver LETELIER WIDOW 2015, 115-119.

¹⁰⁰ MILLÁN-PUELLES 2000, 144-154.

¹⁰¹ CRUZ PRADO 2009, 98.

la Administración no realiza ninguna actividad prestacional de modo excluyente y, a la vez, que los particulares realizan actividades de estas características sin necesidad de una concesión (esto lo veremos enseguida).

No es nuestro objetivo hacer un análisis normativo minucioso, sino tomar ciertos elementos que nos parecen relevantes a la hora de reflexionar sobre el s.p.. Para ello, se distinguirá el análisis desde el punto de vista orgánico y material.

1. Servicio público como órgano

Todas las menciones del concepto s.p. en la Constitución aluden a la noción orgánica. Lo mismo ocurre con la Ley N° 18.575. Esto ya da luces acerca del énfasis de la perspectiva orgánica en nuestra legislación, conforme a la cual s.p. serían las “entidades de que el Estado se vale para cumplir su política de satisfacer necesidades públicas”¹⁰². Esto ha significado que cierta doctrina concluya que, desde el punto de vista normativo, “prima por entero en nuestro derecho el servicio público orgánico”¹⁰³.

El artículo 3 de la Ley N° 18.575 norma el fin de la Administración, cual es la promoción del bien común “atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente”. Por su parte, el artículo 28 dispone que los servicios públicos son “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. La conceptualización es sumamente amplia, pues, por un lado, estos servicios públicos no solo realizan actividades de prestación, como originalmente se comprendía la noción de s.p., sino también realizan otro tipo de actividades en donde la Administración “queda fuera de la gestión”¹⁰⁴. Por nombrar dos casos, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena tiene importantes funciones de “promoción” o “incentivo”¹⁰⁵, que no son prestacionales. Lo mismo cabe decir de la Dirección del Trabajo, cuya labor es, fundamentalmente, de fiscalización¹⁰⁶, donde no se aprecia una actividad de prestación. Dicho de otro modo, hoy los servicios públicos-órganos no realizan, necesariamente, servicios públicos-actividad.

Además de lo dicho, cabe aclarar que estos servicios públicos, si bien muchos de ellos realizan materialmente actividades de prestación, ello no lo hacen de modo reservado, pues no ha operado la *publicatio*. Por ello es un error comprender que el artículo 37 de la Ley N°18.575 trata de actos de naturaleza concesionaria. En efecto, por un lado, esta disposición utiliza el vocablo “encomendar”, cuyo sentido es muy distinto al de “concesionar”; este último supone que quien concede tiene la titularidad de lo concedido, no así

¹⁰² SILVA CIMMA 1995, 48.

¹⁰³ *Ídem*.

¹⁰⁴ ARIÑO ORTIZ 1993, 299.

¹⁰⁵ Artículo 38 y 39, ley N° 19.253, de 1993.

¹⁰⁶ Artículo 1, Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967.

en el caso del verbo encomendar. Por otro, las veces en que la legislación regula la aplicación de este artículo, reafirman este aspecto.

Un ejemplo de esto último son los convenios que celebran los Servicios de Salud con instituciones privadas. De acuerdo con el artículo 37 citado y según lo dispone el artículo 23 letra i) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, se autoriza a los Directores de los Servicios de Salud a celebrar convenios “con toda clase de personas naturales o jurídicas [por ejemplo, instituciones privadas de salud], a fin de que tomen a su cargo, por cuenta del Servicio, algunas acciones de salud que a éste correspondan por la vía de la delegación o de otras modalidades de gestión”. En este sentido, la institución que ha celebrado el convenio “sustituye” al Servicio en la ejecución de las acciones objeto del acuerdo¹⁰⁷. El convenio, con todo, no implica una concesión, puesto que las acciones de salud que el Estado encarga no le están reservadas. En efecto, el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley mencionado dispone que las instituciones privadas “gozan de la libre iniciativa para realizar acciones de salud, en la forma y condiciones que determine la ley”. Por este motivo, el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67 de 2018 del Ministerio de Salud, que prohibía que las instituciones privadas que suscriban convenios con el objeto de ejecutar cierto tipo de prestaciones puedan ser objetores de conciencia, argumentó, en contra de lo que sostuvo la Contraloría General de la República¹⁰⁸, que el Estado “garantiza ampliamente la libertad de asociación, y permite *iure proprio* a las instituciones privadas participar en el quehacer de la salud”¹⁰⁹. En este sentido, declaró que la figura de la concesión de s.p., de acuerdo con la Escuela de Burdeos, se estructura en torno a “[s]upuestos que, como es posible advertir, no son del todo compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad”¹¹⁰⁻¹¹¹.

2. Servicio público como actividad

Antes nos hemos referido a la tesis de que la noción del s.p. “actualizado” es un derecho de regulación de actividades económicas donde está involucrado el interés general, destinada a satisfacer necesidades colectivas. Con el fin de aclarar el panorama, el autor distingue cuatro figuras: servicios públicos estatales, servicios públicos concedidos, servicios de utilidad pública o mercados regulados y servicios privados de interés públicos o servicios públicos impropios (virtuales)¹¹². Luego, enumera una serie de principios que serían apli-

¹⁰⁷ Esta es la expresión que utiliza el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley N°36, de 1980.

¹⁰⁸ Dictamen N° 11.781 (2018); Dictamen N° 24.216 (2018).

¹⁰⁹ Sentencia TC Rol N° 5572 (2018), c. 18°.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ Para un contrapunto a esta sentencia, ver CORDERO VEGA 2019.

¹¹² ROJAS CALDERÓN 2014, 181-182.

cable a todas estas categorías, que constituirían los “servicios públicos *lato sensu*”¹¹³. Estos principios son la universalidad, la continuidad, la igualdad y no discriminación y la mutabilidad¹¹⁴.

La distinción, con todo, nos parece más compleja de lo que la realidad normativa nos ofrece. Por un lado, ya resulta a lo menos problemático denominar a todos los casos señalados bajo el vocablo s.p., teniendo en cuenta las prevenciones conceptuales que más arriba hemos formulado. Así, por ejemplo, los servicios públicos estatales, que el autor adjetiva con la expresión “propriadamente tales”¹¹⁵, en realidad no tienen como característica determinante la *publicatio*, por lo que no podrían ser, en realidad, s.p. propiadamente tales. Por otro lado, los servicios de utilidad pública y servicios privados de interés público responden a una misma lógica: actividades económicas que los privados pueden libremente desarrollar en la medida en que cumplan con las disposiciones que la ley establece. La regulación, por cierto, se debe a razones públicas. En este sentido, los –denominados por el autor– mercados regulados (o servicios de utilidad pública, aunque este concepto no coincida con el que la Constitución utiliza), como el caso de la electricidad, no son fundamentalmente distintos de aquellos –como también denomina el autor– servicios privado de interés público, como el caso de los servicios de taxis. En ambos casos se imponen cargas públicas a quien ejecuta la actividad. En otras palabras, en ambos subyace la misma lógica, cual es el ser actividades económicas que los privados pueden desarrollar libremente, cumpliendo con las condiciones que establece la ley (lógica autorizacional). Esto es así, además, si se advierte lo que el autor señala, de que ambas deben regirse por los principios mencionados en la prestación de estos servicios (la diferencia que existe es, pues, sobre el tipo de carga pública específica que se impone).

Finalmente, la denominación de servicios públicos concedidos, también nos parece errónea, pues, si bien es cierto que puede existir una delegación o encargo, la actividad que se encarga no está reservada a la Administración. En este sentido, no hay, en estricto rigor, una concesión; hay una relación jurídica que se establece, pero lo fundamental en este caso no es la titularidad de la actividad. Por último, cabe decir que “los servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional” (inciso quinto del artículo 19 N° 16 de la Constitución) tienen una característica propia que es la prohibición de huelga que se sigue de la importancia de estas actividad, lo cual, en todo caso, la misma disposición señala que debe estar regulada por ley, por lo que deberá estarse a lo dispuesto en concreto. Aquí se advierte, como se ha señalado, una característica clásica del s.p., que es la continuidad y regularidad¹¹⁶, pues la paralización del servicio es altamente perjudicial para

¹¹³ *Ibid.*, 181.

¹¹⁴ *Ibid.*, 182-185.

¹¹⁵ *Ibid.*, 181

¹¹⁶ DUGUIT 1913, 103; CASSAGNE 2002, 304

la sociedad. Con todo, ello no significa que deban ser comprendidas como s.p.: no hay *publicatio*.

Lo anterior es importante prevenirlo, pues, a nuestro juicio, la distinción fundamental o, por ocupar la expresión de un autor, la *summa divisio*, ya no es entre actividades económicas reservadas y no reservadas¹¹⁷, sino que entre actividades económicas reguladas y no reguladas. Esto es así, pues bajo los presupuestos jurídicos actuales, la dicotomía debe dejar fuera la consideración fundamental del s.p., que es la reserva. La razón de esta exclusión, desde el punto de vista normativa, es que el artículo 19 N° 21 excluye la *publicatio*. En efecto, reconoce dicho numeral el “derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”. Esto es una concreción en materia económica del principio de la primacía de la persona humana¹¹⁸. A la vez, el mismo numeral establece: “respetando las normas legales que la regulen”. Es decir, el Estado puede regular las actividades económicas, con el fin, por ejemplo, de que ellas se presten de manera regular y continua pues son funcionales a satisfacer necesidades públicas (sector eléctrico) o porque su desarrollo puede causar daños a terceros (farmacia), al medio ambiente o abusos (bancos), etcétera. Es decir, es la regulación, de la mano del ejercicio de la actividad de policía, la forma que tiene el Estado –más allá de las prestaciones que realiza a través de sus órganos– de participar en la satisfacción de necesidades colectivas a nivel prestacional. Aquí hay una manifestación clara de la subsidiariedad en su faz positiva, que normalmente no se advierte por la costumbre de observar solo el inciso segundo del numeral citado cuando se habla de subsidiariedad.

La disposición recién aludida sitúa la Constitución chilena en las antípodas de otras, como la española, que sí permiten aquello que es necesario para la configuración del s.p. (*publicatio*). El artículo 182.2 de la Constitución española nos parece un ejemplo paradigmático en este sentido, al disponer que “[m]ediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (...) cuando así lo exigiere el interés general”. Como se puede observar, y como también ha sido reconocido en la doctrina española, esta norma nos sitúa frente a una intervención del Estado que implica reserva, es decir, ante la posibilidad de la *publicatio*. De ahí que se haya sostenido que esta norma permita un “verdadero” s.p., pues reconoce una potestad que “supone la asunción por parte de los poderes públicos territoriales de la titularidad de una categoría genérica de bienes o actividades”¹¹⁹. Asimismo, se reconoce que esta *publicatio* tendría “carácter genérico o abstracto, en el sentido de que no se proyecta sobre titularidades concretas, sino sobre toda una categoría de bienes o derechos

¹¹⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ 2004, 197. Ver también BREWER-CARÍAS 2017, 1-3.

¹¹⁸ SOTO KLOSS 2002, 48.

¹¹⁹ ORTEGA ÁLVAREZ y ARROYO JIMÉNEZ 2018, 837.

o sobre todo un sector de actividad”¹²⁰. Finalmente, y como corolario de lo dicho, se puede concluir que la reserva que permite el artículo 128.2 “determina la expulsión del sector de actividad reservado del posible ámbito de ejercicio del derecho a la libertad de empresa (...). Los particulares solo podrán acometer la actividad reservada en caso de que se opte por gestionar el servicio indirectamente, y además no lo harán en ejercicio de libertades propias, sino en el de titularidad ajena cuyo ejercicio les habrá sido delegado a través de la oportuna concesión administrativa”¹²¹. La diferencia con nuestra normativa constitucional es decisiva.

Por lo anterior es que nos parece correcta la conclusión que han formulado ciertos autores respecto a que, al contrario del régimen concesional que dice relación con el dominio público, en lo que se refiere a las concesiones de actividades no existen normas que signifiquen una *publicatio*, sino que “únicamente contemplan disposiciones que sujetan la actividad o servicios a un régimen concesional”¹²². A su vez, estas concesiones, en realidad, tienen naturaleza jurídica de autorizaciones, puesto que “ninguna ley ha establecido que esta actividad sea privativa del Estado, sino que, por el contrario, en cumplimiento del artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República, corresponde de suyo a los particulares”¹²³. Respecto a la naturaleza autorizacional de estas concesiones, otros autores han formulado una crítica similar a la confusión conceptual¹²⁴. Asimismo, otro autor ha señalado, a nuestro juicio con razón, que “(...) la denominación concesión de servicio público ha pasado de un criterio de *publicatio* a uno de *ordenatio* de las actividades sujetas a concesión”¹²⁵.

A pesar de lo dicho, hay autores que señalan que nuestra legislación sí contempla actividades económicas reservadas, por lo que los particulares solo podrían acceder a ellas mediante una concesión. El caso que la doctrina nombra con mayor frecuencia es la función de aseo y ornato de la comuna que corresponde a la municipalidad¹²⁶. Este ejemplo nos sirve para ilustrar lo ya expuesto y hacer un par de necesarias precisiones. Veamos.

La tesis de la reserva estatal (*publicatio*) de la función de aseo y ornato de la comuna, se fundamenta en que el artículo 3 de la ley orgánica de municipalidades confiere esta función a las municipalidades de modo privativo (“funciones privativas”), lo que es sinónimo de que “le es atribuida a ellas de modo exclusivo y excluyente”¹²⁷. Así, al ser exclusivo y excluyente, estaríamos

¹²⁰ *Ídem*.

¹²¹ *Ibid.*, 838.

¹²² LARA ARROYO y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA 2014, 125.

¹²³ *Ibid.*, 127.

¹²⁴ V.gr. ARÓSTICA MALDONADO 2016, 151-152; VERGARA BLANCO 2004, 46-48; SOTO KLOSS 2002, 569-570; MORAGA KLENNER 2019, 154.

¹²⁵ CORDERO VEGA 2015, 472.

¹²⁶ Artículo 3 letra f), Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006.

¹²⁷ V.gr. SOTO KLOSS 2002, 567; LARA ARROYO y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA 2014, 125.

evidentemente ante régimen de intervención que implica reserva de esta actividad de la esfera de la libre iniciativa de los particulares. El problema de esta tesis, sin embargo, es que no es sostenible si se observa a la luz de la historia fidedigna del establecimiento del artículo que contiene la disposición en cuestión y de las distinciones sobre las actividades que caben dentro de la función de aseo y ornato.

Comencemos por decir que el proyecto de ley original no confería esta función de modo privativo. El artículo 2, que contemplaba la función de aseo y ornato, rezaba en su inciso primero: “[c]orrespondera a las municipalidades ejercer las siguientes atribuciones”¹²⁸. El adjetivo privativo fue introducido en el “Texto sustitutivo Proyecto de Ley”, cuyo artículo 3 inciso primero contemplaba una disposición casi idéntica a la actual: “[c]orresponderán a las Municipalidades las siguientes funciones privativas”¹²⁹. La explicación de este cambio se encuentra en el documento “Informe Comisión Conjunta”. En lo que nos concierne, el argumento expuesto para justificar el cambio fue el siguiente:

“Por ende, tanto las funciones como las atribuciones de los municipios, son consideradas materias propias de la Ley Orgánica Constitucional en estudio. Asimismo, se dejó claramente establecido que las funciones de las Municipalidades se dividen entre aquéllas que “privativamente”, y con exclusión de otros órganos de la Administración del Estado, les corresponde ejercer (artículo 3º), y aquéllas que también debe desarrollar por sí misma, pero en forma “compartida”, pues no obsta al ejercicio de funciones similares por parte de otros órganos del sector público (artículo 4º)”¹³⁰.

La intención del gobernante, por ocupar la expresión del criterio antes expuesto, no fue reservar la actividad con el fin de excluirla de los particulares, sino que distinguir las potestades con otros órganos de la Administración. De ahí la referencia al artículo 4 que se señala en el documento recién citado, cuyo inciso primero –conforme a la redacción actual– dispone que las municipalidades “podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado (...)”. De hecho, en el documento “Informe Comisión Conjunta” se señala que “(...) cabe hacer presente que la circunstancia de que se trate de funciones “privativas” solo implica que otros órganos de la Administración del Estado están impedidos de asumir, en forma autónoma, tales funciones”¹³¹. Esto explica, por lo demás, que la actual redacción de la letra f) del artículo 3 de la ley orgánica de municipalidades contemple, luego de la expresión “[e]l aseo y ornato de la comuna”, la siguiente aclaración: “[r]especto a los residuos domiciliarios, su recolección, transporte y/o disposición final corresponderá a las municipalidades, con excepción de las que estén situadas en un área metropolitana y convengan con el respectivo gobierno regional que asuma total o parcialmente estas tareas”.

¹²⁸ Historia de la Ley N° 18.695, 11.

¹²⁹ *Ibid.*, 46.

¹³⁰ *Ibid.*, 87.

¹³¹ *Ibid.*, 87.

Hay también otro argumento para sostener que no nos encontramos ante una actividad respecto de la cual no ha operado la *publicatio*. Conforme a la letra f) del artículo 3 mencionado y al artículo 25 de la misma ley, podemos distinguir dos tipos de actividades. Por un lado, “[e]l aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna” (letra a), artículo 25) y, por otro, “el servicio de extracción de basura” (letra b), artículo 25). Ambas actividades le corresponden a la unidad encargada del medio ambiente, aseo y ornato, aunque la municipalidad también puede concesionarlas (artículo 8). Sin embargo, ninguna de estas actividades está reservadas al Estado de modo que las excluye de la libre iniciativa de los particulares. Respecto de la segunda actividad –extracción de basura–, sin perjuicio de que los usuarios de la comuna deban pagar por este servicio¹³², no existe ningún impedimento jurídico para que estos contraten los servicios de una empresa privada, al margen del servicio municipal o concesionado, con este mismo fin (sin perjuicio de las regulaciones que puedan existir, por ejemplo, desde el punto de vista sanitario). Lo mismo ocurre respecto de la primera actividad –aseo y ornato de bienes públicos–, pues a pesar de que ellos son administrados por la Municipalidad (artículo 5), no hay norma que prohíba, por ejemplo, que una agrupación de vecinos contrate a una empresa particular para el aseo de una plaza que está descuidado. Así, queda claro que no hay *publicatio* y que la denominación de “concesión” es errada (más adecuada nos parece el vocablo “encomendar” que contempla el artículo 37 de la Ley N° 18.575).

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, podemos enumerar las siguientes conclusiones:

1. El concepto de s.p. está dirigido a conceptualizar un modo de intervenir que tiene como características fundamentales el ser una definición contingente del legislador y, en concreto, significar la reserva estatal de la actividad que se define como s.p..
2. La reserva estatal confiere la titularidad de la actividad que se eleva como s.p. al Estado, de modo tal que la excluye de la esfera de la libre iniciativa de los particulares. El concepto jurídico que significa este fenómeno es el de *publicatio*.
3. Se ha formulado la tesis de que existiría una nueva noción de s.p., que consistiría en la regulación de actividades económicas que satisfacen necesidades colectivas desarrolladas por particulares. Esta nueva concepción busca conciliar la noción tradicional con un régimen jurídico subsidiario.
4. Esta tesis presenta diversos problemas. Por un lado, realiza un esfuerzo interpretativo que es contrario a las normas básicas de la hermenéutica en el sentido de significar un concepto de un modo incompatible con la noción

¹³² Artículo 6, Decreto N° 2385, de 1996.

original del mismo. Por otro, la noción original es, en sus presupuestos filosóficos, incompatible con el “nuevo” s.p.. El principio de subsidiariedad es contrario a la idea de la reserva de actividades estatales.

5. Nuestra legislación utiliza el concepto s.p. desde un punto de vista orgánico y funcional. Con todo, en ningún caso se usa de un modo que sea compatible con la *publicatio*, fundamentalmente por el artículo 19 N° 21 de la Constitución. A la vez, se comprueba que no hay actividades de s.p. reservadas al Estado, y que la concesión, en este sentido, no opera realmente en nuestro ordenamiento.

Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2017). La relación jurídica público-privada: *iter* conceptual, atributos y criterios. En: SOTO KLOSS, Eduardo [ed.], *El derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro Homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC*, Santiago, Ediciones UC, pp. 1-15.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007). *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*. Navarra, Editorial Aranzadi, 233 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 933 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993). *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid, Marcial Pons, 422 pp.
- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo (2013). La privatización de los servicios públicos municipales, una necesidad para la democracia y una realidad. *Revista IUS*, Vol. 7 N°32, pp. 86-99.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2016). ¿Qué es “privatizar”? (Una aproximación jurídica). *Revista de Derecho Público*, Nos 57-58, pp. 239-261.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2016). Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad. *Revista de Derecho Público*, N°55/56, pp. 143-160.
- BASSOLS COMA, Martín (1977). Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. *Revista de Administración Pública*, N° 84, pp. 27-60.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Thomson Reuters, 794 pp.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (s/a). Historia de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7546/> [fecha de consulta: 28 enero de 2020].
- BREWER-CARIÁS, Allan (2017). Sobre la ‘publicatio’ en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de ‘actividades reservadas al estado,’ ‘utilidad pública,’ ‘interés social,’ ‘servicio público,’ ‘dominio público’ y ‘orden público’. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/10/1200.-conf.-doc.-XVI-FIDA-Sto-Domingo.pdf> [fecha de consulta: 28 enero 2020].
- CASSAGNE, Juan Carlos (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. (Hacia una nueva concepción). *Revista de Administración Pública*, N°140, pp. 95-110.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis, T II, 622 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Thomson Reuters, 786 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). Servicio público imaginario. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2019/01/30/El-servicio-publico-imaginario.aspx?disp=1> [fecha de consulta: 28 enero de 2020].

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Sanciones administrativas y mercados regulados. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 26 N°1, pp. 119-144.
- CRUZ PRADOS, Alfredo (2006). *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*. Navarra, EUNSA, 442 pp.
- CRUZ PRADOS, Alfredo (2009). *Filosofía Política*. Navarra, EUNSA, 170 pp.
- Diccionario de la lengua española, 23° edición.
- DUGUIT, León (1915). *Las transformaciones del Derecho Público* (trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén). Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 372 pp.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y YÁÑEZ REBOLLEDO, Eduardo (2017). *Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica*. Santiago, Thomson Reuters, T I, 544 pp.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, N°18, pp. 7-21.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1999). Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, N°150, pp. 57-73.
- FINNIS, John (1980[2000]). *Ley Natural y Derechos Naturales* (trad. Cristóbal Orrego Sánchez). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 455 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1955). La actividad industrial y mercantil de los municipios. *Revista de Administración Pública*, N° 17, pp. 87-138.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima, Editorial Temis, T I, 899 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1994). El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de Administración Pública*, N°135, pp. 7-36.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, N° 11, pp. 11-32.
- GORDILLO, Agustín (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T II, 752 pp.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio (1969). *Derecho Administrativo Especial*. Zaragoza, Librería General, 3ª edición, 320 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005). El derecho público y el derecho privado. *Revista Persona y Derecho*, N°72, pp. 11-21.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2002). Cauces de intervención de la iniciativa económica pública y privada en la nueva ley orgánica de hidrocarburos. *Derecho y Sociedad. Revista de estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N°3, pp. 145-192.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2004). Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social. En: BREWER-CARÍAS, Allan [AAVV], *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica: VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randilph Brewer Carías*. Caracas, FUNEDA, pp. 179-246.
- HERRERA ARELLANO, Hugo (2009). *¿De qué hablamos cuando hablamos del Estado?*. Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 135 pp.
- JÉZE, Gastón (1928). *Los principios generales del Derecho Administrativo* (trad. Carlos García Oviedo). Madrid, Editorial Reus, pp. 563.
- JORNADA DE POZAS, Luis (1949). Ensayo de una teoría del fomento den el Derecho Administrativo. *Revista de estudios políticos*, N°48, pp. 41-54.
- LARA ARROYO, José. y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014). Sobre el régimen concesional chileno: ¿Podemos hablar de un modelo de concesión?. En: SOTO KLOSS, Eduardo [coord.], *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, Thomson Reuters, pp. 89-165.
- LETELIER WIDOW, Gonzalo (2015). Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación. En: ORTUZAR, Pablo [ed.] y ORTUZAR, Santiago [coord.], *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, pp.113-138.
- MANENT, Pierre (2016). *Curso de Filosofía Política*. Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 336 pp.
- MILLÁN-Puelles, Antonio (2000). *Persona humana y justicia social*. México, Minos, 161 pp.

- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación administrativa*. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 613 pp.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2018). Artículo 128. En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María [coord.], *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, T II, pp. 837-841.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2019). *Derecho: Conceptos Fundamentales*. Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago, 234 pp.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (1989). Acerca del Derecho en la unidad de las ciencias y de las artes. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N°1, pp. 67-97.
- PLATON (1969). *Obras Completas*. Madrid, Editorial Aguilera, 1741 pp.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017). El servicio público en Chile. En: CORDERO QUINZACARA, Eduardo [coord.], *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 105-114.
- REBOLLO, Luis Martín (2008). Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En: CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis [coord.], *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 355-382.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013). Sobre *Las Transformaciones del Derecho Público*, de León Duguit. *Revista de Administración Pública*, N° 190, pp. 61-100.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2014). La categoría jurídica de los "servicios privados de interés público. El caso de la junta de vigilancia de los ríos. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N°1, pp. 171-204.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime (2011). León de Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista digital de Derecho Administrativo*, N°5, pp. 43-86.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995). *Derecho Administrativo Chile y Comparado. El servicio público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 323 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 966 pp.
- URBINA MOLFINO, Francisco (2005). El principio de subsidiariedad, sus fundamentos y su función en una sociedad democrática. *Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 325-335.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 448 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 12, pp. 33-49.

Normas citadas

- Constitución Política de la República.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 17 noviembre 2001.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 25 diciembre 1986.
- Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación nacional de desarrollo indígena. *Diario Oficial*, 5 octubre 1993.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. *Diario Oficial*, 26 julio 2006.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 5 febrero 2007.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que 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. *Diario Oficial*, 14 abril 2006.

Decreto N° 2385, que fija texto refundido y sistematizado del decreto ley N° 3.063 de 1979, sobre rentas municipales. *Diario Oficial*, 20 noviembre 1996.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo. *Diario Oficial*, 29 septiembre 1967.

Decreto con Fuerza de Ley N° 36, normas que se aplicarán en los convenios que celebren los Servicios de Salud. *Diario Oficial*, 27 diciembre 1980.

Decreto supremo N° 67, Ministerio de Salud, que aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del código sanitario. *Diario oficial*, 23 octubre 2018.

Jurisprudencia citada

Sentencia TC Rol N° 1295 (2008): Tribunal Constitucional, 31 diciembre 2008.

Sergio Carrasco Delgado con Isapre Consalud S.A. (2010): Corte Suprema, 28 enero de 2011. Sentencia TC Rol N° 2337 (2013): Tribunal Constitucional, 1 octubre 2013.

Dictamen N° 11.781 (2018): Contraloría General de la República, 9 de mayo de 2018.

Dictamen N° 24.216 (2018): Contraloría General de la República, 27 de septiembre de 2018.

Sentencia TC Rol N° 5572 (2018): Tribunal Constitucional, 31 octubre 2018.

Los concursos infraccionales en el Derecho administrativo sancionador chileno

Chilean Punitive Administrative Law and Concurrent contraventions

Eduardo Cordero Quinzacara*

El trabajo analiza los problemas del concurso de infracciones administrativas en Chile, haciendo una relación con la doctrina y normas penales, las regulaciones sectoriales y los criterios que ha seguido la jurisprudencia. Se proponen las bases de un sistema aplicable a los concursos para atenuar la acumulación matemática, considerando las deficiencias regulatorias existentes.

Palabras clave: Infracciones administrativas, Sanciones administrativas, Concurso infraccional.

The paper analyzes the problems of concurrent contraventions in Chile. It makes a relation with the doctrine and penal norms, the sectorial regulations and the criteria of the jurisprudence. The bases of a system applicable to the competitions are proposed to attenuate the mathematical accumulation considering the existing regulatory deficiencies.

Keywords: Administrative contraventions, Administrative sanctions, Concurrent contraventions.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

La matriz de los principios y normas que debieran regir el Derecho administrativo sancionador ha dado lugar en Chile a una discusión que no reconoce siempre un punto de encuentro, ya que al separar radicalmen-

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@pucv.cl.

Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa" N° 1201868; y del Proyecto DI Consolidado 37.0/2019, de la Vicerrectoría de Investigación y Estudios Avanzados de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Artículo recibido el 27 de diciembre de 2019 y aceptado el 25 de mayo de 2020.

te el mundo de lo “administrativo” de lo “penal”, se produce una tensión que no otorga la seguridad necesaria en relación con los criterios que se deben aplicar y, por tanto, no existe una solución del todo satisfactoria. En efecto, el tratamiento y análisis del régimen de las infracciones administrativas ha estado dominado en nuestro país por un debate en relación con sus fundamentos, función y principios, que no está cerrado¹, frente a una jurisprudencia que también ha dado cuenta de cambios de criterios al momento de resolver temas centrales, como es su relación con el Derecho penal y la aplicación de diversos principios que pretenden colmar los vacíos que existe en una fragmentada y diversa legislación especial². Por eso no es de extrañar que exista una constante referencia desde el ámbito administrativo a los conceptos, técnicas, garantías y regulaciones propias del Derecho penal –ya sea para acercarse o marcar distancias–, y que ha servido como punto de referencia para construir –no sin tropiezos–, un sistema de sanciones que considere la particular posición y funciones que debe cumplir la Administración pública.

Ahora bien, todo este panorama produce una natural sensación de desasosiego y preocupación, al darnos cuenta que el “mundo de lo ilícito” está dominado principalmente por infracciones administrativas más que por los delitos, que en términos cuantitativos tienen una magnitud que es casi exponencial en relación con los ilícitos penales, recogidos en un puñado de leyes, partiendo por el Código penal. Y no puede ser de otra forma, pues existe la percepción de que los temas centrales de los ilícitos administrativos no están del todo resueltos –como ocurre con el concurso infraccional, y además existe una alta probabilidad de que podamos cometer una infracción administrativa antes que incurrir en algún tipo penal.

¹ Si pudiéramos hacer una síntesis de la discusión, en una primera etapa se experimentó en nuestro país una suerte de “tolerancia o indiferencia constitucional” de las sanciones administrativas, no sin alguna crítica aislada (HUNNEUS 1891, vol. 3, pp. 230-231). Posteriormente, el tema fue abordado fundamentalmente por la doctrina penal, siguiendo los criterios y la discusión del Derecho comparado (NOVOA 2005, pp. 36-40; CURY 1979, pp. 86-94), teniendo presente lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal. Bajo la Constitución de 1980 el análisis fue mucho más agudo en orden a cuestionar su constitucionalidad (SOTO KLOSS, 1979/1808, pp. 95-103; ARÓSTICA, 1987, pp. 71-81), hasta que comienza lentamente un proceso de racionalización de esta potestad (RODRÍGUEZ 1986, pp. 117-164; ARÓSTICA, 1991, pp. 173-195; CURY 2005, pp. 100-114), que culmina con la sentencia Rol N° 244/1996 del Tribunal Constitucional, reconociendo su legitimidad constitucional y la aplicación con matices de los principios constitucionales del orden penal, siguiendo la tendencia del Derecho español (VERGARA 2004, pp. 137-147). Luego de extenderse dicha posición en la jurisprudencia de Contraloría y la Corte Suprema (CORDERO 2013, pp. 79-103), comenzó lentamente un replanteamiento del tema sobre la base de la autonomía de las sanciones administrativas respecto de los principios y garantías del Derecho penal (ROMÁN 2008, pp. 107-136; LONDOÑO 2014, pp. 147-167; VALLEJO y GUILLOFF, 2013; VAN WEEZEL 2017, pp. 997-1043), que llegó a la jurisprudencia judicial y administrativa (vgr. casos de transmisibilidad de las multas, Corte Suprema Rol N° 1079-2014, y los plazos de prescripción, Contraloría Dictamen N° 24.731, de 2019), con una versión más radical que difumina todo tipo de garantías (LETELIER 2017, pp. 622-689). Sin embargo, el Tribunal Constitucional volvió sobre los argumentos originales de la inconstitucionalidad de las potestades sancionadoras de la Administración, dejando abierto nuevamente el debate (Sentencias Roles Nos. 3.958-17 y 4.012-12).

² Véase *FISCO DE CHILE CON DÖRR ZEGERS* (2014), considerando 9°; *HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS* (2017), considerandos 26° y 27° y *HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS* (2018), considerandos 33° a 39°.

También existe la conciencia de que no estamos ante un fenómeno que sea pasajero, pues todo apunta a su consolidación, a partir de un dato que es bastante conocido: la existencia de una sociedad más compleja, debido a un desarrollo y crecimiento industrial, tecnológico y financiero cada vez más avanzado y sofisticado, que colocan necesariamente a la Administración en una función central dentro del Estado para poder asegurar que los valores y bienes constitucionales realmente se puedan cumplir, debiendo llevar adelante una tarea de conformación social cada vez más intensa, para lo cual el ordenamiento le entrega un amplio abanico de herramientas, una de las cuales es la potestad sancionadora.

De esta manera, cada nueva regulación que pretende disciplinar sectores relevantes en lo social y económico, nos deja una estela de tipos infraccionales que nos resulta imposible de conocer y que en muchas ocasiones la propia Administración no tiene los medios y recursos suficientes para aplicarla. Así, se recurre a fiscalizaciones selectivas o “matrices de riesgos” que sorprenden a los inadvertidos infractores que han tenido la mala fortuna de caer en la mira de los inspectores y que se convierten en la poca afortunada alerta que mantiene viva en la comunidad la finalidad disuasiva de la sanción. Como bien señala Alejandro Nieto “[...] no ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer [...] Nadie, por muy escrupuloso que sea puede alardear de no haber cometido alguna infracción administrativa. Nadie –cuando es detenido en la carretera por la policía de tráfico o visitado en su casa o empresa por los inspectores– pues estar seguro de salir ileso”³.

En este contexto, el ámbito de libertad de la cual gozan los ciudadanos se comienza a cerrar de forma abrupta. Y esto ocurre no por lo que constituía la principal amenaza para los revolucionarios liberales, como eran los tipos penales, sino por el exponencial desarrollo de los tipos infraccionales en el ámbito administrativo, frente a los delitos que constituyen verdaderas islas sujetas a una legalidad y taxatividad estricta. Una extendida, dispersa y creciente regulación de diversos sectores de la vida social, ha hecho difuminar esa idea de libertad que está en el sustrato del Derecho penal, cambiando hacia una sensación vital de encontrarnos en un estado infraccional permanente, haciendo de este sector un espacio propicio y más recurrente para la existencia de concursos infraccionales. De esta forma, existe una posibilidad cierta de incurrir en una pluralidad de hechos tipificados como infracción (concurso real infraccional) o que un hecho sea constitutivo de dos o más infracciones administrativas (concurso ideal infraccional).

Por tal razón el objetivo de este trabajo es determinar cómo tienen lugar las figuras concursales en el Derecho administrativo sancionador y cuáles son los criterios que se deberían tener presente para su resolución, para luego

³ NIETO 2012, p. 27.

determinar cómo han sido abordados por nuestra jurisprudencia y cuáles deberían ser las reglas o pautas de solución en nuestro Derecho positivo que, por lo demás, clama durante largo tiempo por una regulación básica sobre varios aspectos del régimen de este tipo de infracciones. Por ahora, las limitaciones de este estudio solo comprenden el problema en el ámbito de las infracciones administrativas, dejando para otra ocasión el análisis del concurso entre las infracciones administrativas y los delitos.

La hipótesis central de esta investigación postula que ante la inexistencia de una norma general en Chile que regule los concursos infraccionales, se pueden establecer criterios para atenuar la regla de la acumulación matemática de sanciones orientados a garantizar el principio de proporcionalidad que rigen en estas materias. Además, las deficiencias regulatorias no permiten ser superadas por la aplicación del principio *non bis in ídem*, que por su sentido y función no responde adecuadamente al problema de este tipo de concursos.

Para analizar este tema, será necesario examinar cómo se han desarrollado los conceptos y técnicas para analizar y dar solución al problema de las figuras concursales, particularmente en el Derecho penal (I); para luego comprender la forma en que se ha justificado la aplicación de estas categorías al ámbito del Derecho administrativo sancionador (II) y establecer cómo se producen estos concursos a partir de los conceptos de unidad y pluralidad de infracciones (III). Con estos elementos, nos detendremos en revisar la regulación en el Derecho comparado y nacional, para determinar sus principales vacíos y falencias (IV), para continuar con un análisis de la jurisprudencia relativa a las figuras concursales (V), proponiendo, posteriormente, las bases para la construcción de un sistema de aplicación de dichas figuras al ámbito administrativo sancionador (VI), terminando con unas conclusiones.

I. Las formas concursales: categorías y técnicas del Derecho penal

La existencia de elementos comunes ente los delitos y las infracciones –al punto de sostenerse su identidad ontológica–, no significa necesariamente que deba aplicarse un mismo régimen jurídico, como bien lo ha sostenido la doctrina⁴ y la jurisprudencia nacional⁵. Sin embargo, los principios del orden penal han servido como herramienta para racionalizar el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración, aunque fuese con “matices”, considerando su particular naturaleza y función. Por lo demás, buena parte

⁴ En este sentido, Alejandro Nieto sostendrá que “[...] decir que dos fenómenos son iguales en la realidad no significa que hayan de tener el mismo régimen jurídico; de la misma forma que el legislador puede dotar del mismo régimen jurídico a figuras que en el mundo real, sin duda alguna, ontológicamente diferentes”. Así es “jurídicamente casi irrelevante, dado que la hipotética identidad ontológica metanormativa no garantiza una correlativa identidad de regímenes legales”. NIETO 2005, p. 153 y 161.

⁵ FISCO DE CHILE CON DÖRR ZEGERS (2014), considerando 9° y Dictamen N° 24.731, de 2019, de Contraloría.

de la batería de principios que comparte el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador provienen del Derecho público estatal y se pueden aplicar sin necesidad de recurrir a una categoría superior que los unifique, como ha sido la figura de la potestad punitiva única del Estado.

Por su parte, esta proximidad también responde al notable avance de la ciencia jurídico-penal en el análisis y comprensión de sus figuras centrales, como son el delito y la pena, a partir de técnicas, categorías y conceptos que se despliegan sobre la legislación positiva, incluso encontrando soluciones que superan su límite dogmático y la llevan a la teoría general del derecho. Por tal razón, no es de extrañar que muchas de estas herramientas también sean útiles para analizar y comprender las figuras de las infracciones y las sanciones administrativas⁶.

Ahora bien, estando muy trabada la relación entre derecho positivo y dogmática en el Derecho penal, es posible hacer la distinción entre uno y otro. De esa forma, si bien se puede discutir si corresponde aplicar los principios y normas del Derecho penal para resolver los problemas que plantean las infracciones administrativas, parece que la utilización de conceptos y categorías dogmáticas penales no presentan reparos tan serios o insuperables, en la medida que permiten resolver problemas similares en el ámbito administrativo. Por lo demás, muchos de estos principios están asociados en su implementación a determinadas técnicas o instrumentos que, dada sus características, no admiten una aplicación matizada, como sucede con el principio *non bis in ídem*, la prohibición de la retroactividad *in pejus* o, en el caso que nos interesa, con las figuras concursales⁷.

En esta línea, el Derecho penal ha consolidado históricamente sus principios a partir de un conjunto de normas que son depositarias de una larga tradición, que culmina con las revoluciones liberales. Y esto se aprecia claramente en el caso de las figuras concursales, que son objeto de preocupación y análisis desde la Baja Edad Media por parte de los juristas italianos a través

⁶ En este sentido, Nieto sostiene que el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del Derecho penal, sino desde el propio Derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho público estatal, pero a diferencia de lo que se podría pensar, afirma que "[...] en esta tarea la presencia del Derecho Penal es no ya solo útil sino imprescindible y ha de seguir operando, no obstante y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo Sancionador debe tener siempre presentes" (NIETO 2005, p. 32). A su vez, destaca la prevalencia que tenido el Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador por razones históricas, constitucionales y, particularmente, dogmáticas respecto de los principios que aporta al Derecho punitivo del Estado (NIETO 2005, p. 168).

⁷ La discusión matizada de los principios constitucionales del orden penal ha planteado una serie de dificultades en su aplicación al ámbito administrativo, especialmente en los principios de tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y del debido proceso administrativo. Sin embargo, en los casos citados, no es posible postular una aplicación matizada como sería, por ejemplo, respecto de la prohibición de doble valoración para unos casos y no para otros, lo mismo que en la aplicación de efectos desfavorables de forma retroactiva.

del *concursum delictorum*, debido a la excesiva rigurosidad que planteaba la acumulación de penas en los casos de concurrencia de delitos. De esta forma, tienen lugar los primeros planteamientos para aplicar una sola pena, aunque aquella fuera más agravada⁸. Esta propuesta ejerció influencia en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, considerando como el primer y único Código Penal del Reich hasta 1870, y bajo cuya vigencia se desarrolla la teoría del concurso⁹, que se consagra legislativamente en el Código penal bávaro de 1813 (parágrafos §107, §109 y §110), gracias al aporte de Paul Anselm von Feuerbach¹⁰, pasando posteriormente al Código Penal prusiano de 1851 y el Código Penal del Imperio Alemán de 1871.

Por su parte, las reglas para resolver el problema de los concursos de delitos (acumulación material, absorción y exasperación) son recogidas en el Código Penal Español de 1822¹¹, frente a los cuestionamientos del principio de que a cada delito le corresponda la aplicación de una pena (*quot delicta tot poenae*)¹². Luego de varios proyectos, se aprueba el Código Penal de 1848, en donde se formulan las bases de la regulación vigente respecto de la teoría de los concursos, haciéndose cargo del concurso ideal y medial de forma muy similar a los códigos posteriores¹³, incluyendo el actual Código Penal Español.

Es conocida la importancia de este cuerpo normativo en Chile, ya que constituye uno de los antecedentes directos del Código Penal de Chile de 1874. Por tal razón, no es de extrañar que reproduzca casi de forma literal las reglas sobre concurso material, ideal y medial en sus artículos 74 y 75. Así, siendo la regla general la acumulación material de penas, se considera una regla de absorción agravada para el concurso ideal y medial. En reformas

⁸ Se destacan en esta materia los aportes de Julius Clarus y, especialmente de Prosper Farinacius, quien era una juez que no se caracterizaba por ser benevolente. En todo caso, sus planteamientos reconocían como antecedente la línea iniciada por los postglosadores Bartolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldi. Véase GEERDS 1961, pp. 24-27; JESCHECK y WEIGEND 1996, p. 708; CURY 2005, p. 654.

⁹ Se considera que Johannes Christoph Koch fue quien desarrolló por primera vez la teoría de concurso como actualmente se conoce, en sus *Institutiones juris criminalis* de 1758, distinguiendo entre concurso simultáneo (concurso ideal) frente al concurso sucesivo (concurso material). GEERDS 1961, pp. 41-42.

¹⁰ Son varios los aportes realizados por Feuerbach, al punto de ser reconocido como el fundador de la moderna ciencia de Derecho punitivo. Su planteamiento se puede ver en su obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, cuya primera edición es de 1801.

¹¹ Artículos 113 y 114.

¹² SANZ 1986, p. 30.

¹³ Luego de establecer que "[...] al culpable de dos o más delitos o faltas, se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones" (artículo 76), se dispone que dicha regla no es aplicable "en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro" (artículo 77 inciso 1°). En este caso, el problema se resuelve aplicando una absorción agravada: "se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, aplicándola en su grado máximo" (artículo 77 inciso 2°).

posteriores se incorpora además una regla de exasperación para el concurso real, que complementa a las dos normas anteriores¹⁴.

En paralelo, se desarrolla desde mediados del siglo XIX la teoría del concurso aparente de leyes penales, que muchas veces se confunde con el concurso de delitos. Se atribuye a Merkel su conceptualización, aunque ya existían algunos estudios incipientes que abordaba el problema como una cuestión de determinación de la ley penal aplicable¹⁵. La construcción teórica la distingue del concurso real, donde hay una pluralidad de infracciones legales; y del concurso ideal, en que un mismo y único hecho solo agota su contenido penal bajo la subsunción en una pluralidad de leyes penales. En cambio, en el concurso (aparente) de leyes penales un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero solo será regulado por uno de ellos a partir de determinados criterios o principios¹⁶ (especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad)¹⁷. Se trataría de un problema de interpretación y que debe llevar a una solución única: la ley que resultaría aplicable a una determinada infracción y, por tanto, la pena correlativa. No nos corresponde ahora entrar en un análisis detenido de esta figura concursal, pero si debemos tenerla en consideración dentro del proceso lógico que exige la determinación de la sanción, que parte por establecer el hecho punible, la ley aplicable y, luego, los posibles concursos que se pueden presentar.

II. La aplicación de las reglas de los concursos en el Derecho administrativo sancionador

Como se ha indicado, la opción metodológica de construir el Derecho administrativo sancionador a partir del Derecho público estatal no lo ha liberado necesariamente del recurso a las normas y técnicas del Derecho penal, aunque se ha tratado de restringir su alcance a supuestos excepcionales, como son: a) la analogía *in melior*, b) la declaración expresa de supletoriedad, y c) la remisión de la norma administrativa¹⁸.

Por su parte, se ha reconocido en los ordenamientos comparados la aplicación de las reglas de las figuras concursales del Derecho penal a las infracciones administrativas, considerando que esta disciplina dispone de una regulación más completa y consolidada, además de responder a principios

¹⁴ Esta regla fue incorporada por el artículo 537 Código de Procedimiento Penal de 1907: “En los casos de reiteración de simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados”. Posteriormente, fue complementada por la Ley N° 3.988, de 1923, en los casos que resultará más favorable la regla del artículo 74 del Código Penal, incorporando a las faltas (ahora artículo 509). Luego, la Ley N° 7.836, de 1944, considerará también a los crímenes dentro de la regla de exasperación. Por último, el texto se mantuvo en el artículo 351 del actual Código Procesal Penal, comprendiendo también a las faltas (artículo 397). Véase OLIVER 2013, pp. 169-170.

¹⁵ Con abundantes antecedentes y bibliografía, véase MATUS 2000.

¹⁶ CURY 2005, p. 667.

¹⁷ MATUS 2002, pp. 31-34.

¹⁸ NIETO 2011, p. 132.

generales que forman parte del Derecho público del Estado, como sucede con la proporcionalidad en la reacción punitiva.

Sin embargo, la forma como opera esta recepción es diferente, dependiendo de cada ordenamiento:

a) En algunos países la solución se ha adoptado directamente por la legislación positiva, aplicando las reglas de absorción o exasperación, como sucede en el Derecho Alemán¹⁹, Italia²⁰, España²¹ y en Latinoamérica con la legislación peruana²².

b) Como una regulación supletoria. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español ha sostenido en materia de concurso infraccional que “[...] en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del derecho penal da la semejanza en materia regulada en él y el Administrativo sancionador”²³. Por su parte, la doctrina tiende ir un poco más lejos, sosteniendo que la mayor parte de los principios y garantías que se predicen del Derecho penal se deberían aplicar también, *mutatis mutandi*, a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que los mismos sean compatibles con el cumplimiento de la función a la que estas últimas están destinadas²⁴.

c) Por analogía *in melior*, como lo sostiene Alejandro Nieto dentro de las pautas generales para aplicar el Derecho penal²⁵ y que, en esta materia, confirma Tomás Cano Campos al señalar que “[...] la aplicación de la teoría del concurso de infracciones parece clara en el Derecho administrativo sancionador, pues en favor de la misma no solo juega el *ius puniendi* único del Estado o la aplicación analógica del CP, sino la propia previsión de esta modalidad concursal en determinadas normas administrativas”²⁶.

Sin embargo, todas estas posiciones descansan en una gran evidencia: la prevalencia dogmática que tiene el Derecho penal y que autorizan la utilización de sus conceptos y categorías. Pero, además, existe un elemento que es común, como es la aplicación del principio de proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de los poderes punitivos²⁷. Por tal razón, frente al problema

¹⁹ §19 y §20 de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 1987.

²⁰ Artículo Octavo de la Ley N° 689, de 1981.

²¹ Artículo 29.5 y 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²² Artículo 230 N° 6 de la Ley N° 27.444, del Procedimiento Administrativo General.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1999 (RJ 1999, 6394), F. 4°.

²⁴ GÓMEZ y SANZ 2017, p. 116.

²⁵ NIETO 2011, p. 132.

²⁶ CANO CAMPOS 2001, p. 214.

²⁷ En tal sentido, se ha señalado que: “En principio, el problema es idéntico al que se plantea en el Derecho Penal, por lo que ante la inexistencia de reglas generales en el Derecho Administrativo Sancionador, los criterios y soluciones que en aquel otro Derecho se han formado debieran

de cómo enfrentar los concursos infraccionales, se nos señala con autoridad que en esta tarea “[...] contamos una vez más con la valiosa ayuda de los instrumentos técnicos del Derecho penal, que hay que utilizar sin reparos mientras el Derecho administrativo sancionador no esté en condiciones de crear sus propios remedios”²⁸.

III. Unidad y pluralidad de infracciones administrativas

El análisis del concurso infraccional requiere determinar de forma previa en qué casos estamos frente a un hecho infraccional o frente a varios.

En una primera instancia la autoridad debe calificar jurídicamente determinados hechos que pueden ser constitutivos de infracción. Así, bien puede establecer que la conducta desplegada no se encuentra comprendida dentro del tipo infraccional, razón por la cual no procede aplicar sanción alguna (atipicidad de la conducta)²⁹, o que estemos ante un hecho infraccional, caso en el cual se debe continuar con el procedimiento y determinar si procede aplicar la sanción. Luego, la regla general será que un hecho debiera dar lugar a una infracción; a su vez, varios hechos debieran dar lugar a varias infracciones (concurso real); pero también puede ocurrir que un hecho constituya dos o más infracciones (concurso ideal). En los dos últimos casos, estaremos ante una pluralidad de infracciones.

En todo caso, el concepto de hecho no se toma en sentido naturalista, como la acción natural desplegada por un ser humano, sino que se debe hacer en sentido jurídico o valorativo³⁰, es decir, como la ley configura el tipo infraccional, ya que el hecho puede comprender una sola acción u omisión (unidad natural de acción) o varias acciones y/o omisiones (unidad jurídica o normativa de acción)³¹, como sucede con varios tipos de infracciones, como son las infracciones complejas, permanentes, con pluralidad de acciones, con tipicidad reforzada y las infracciones continuadas, las cuales analizaremos más adelante³².

Por lo tanto, un hecho infraccional puede comprender una pluralidad de acciones, ya sea en sentido natural o que sean unificadas jurídicamen-

servir como referentes, a salvo de las soluciones específicas establecidas por alguna legislación sectorial”, en IZQUIERDO 2001, 232.

²⁸ NIETO 2011, p. 480. Posteriormente, agrega: “Y no es poca la fortuna de contar con la teoría penal, dado que, de no ser por ella, habrían los administrativistas de explorar a ciegas estos nuevos caminos sin otro guía que el cuestionable voluntarismo de la casuística jurisprudencial ni otra luz que sus intuiciones personales”.

²⁹ Véase *Sociedad Almondale Valle SpA con Superintendencia de Educación* (2018).

³⁰ MIR 2010, pp. 638-639.

³¹ ROXIN 2014, pp. 943-962; CURY 205, pp. 650-653.

³² En esta distinción se sigue de cerca la doctrina penal, por todos ROXIN 2014, pp. 328-341, MIR 2010, pp. 223-231 y CURY 205, pp. 651-653; y que ha sido tomada por los administrativistas, con las debidas adecuaciones. Véase DE PALMA DEL TESO 2001, 556-557 y BACA 2011, pp. 268-270, especialmente para efectos del computo del plazo de la prescripción.

te. A su vez, existirá pluralidad de infracciones cuando un hecho pueda ser encuadrado en más de un tipo infraccional o que se realicen varios hechos, todos los cuales encuadren en diversos tipos infraccionales, no habiendo sido sancionado ninguno de ellos previamente. Así, podemos definir el *concurso infraccional* como aquellos casos en que un hecho constituye dos o más infracciones administrativas o cuando dos o más hechos realizados por un mismo sujeto constituyen dos o más infracciones, sin que ninguno de ellos se hubiese cometido después de haber sido sancionado por alguno de ellos. En el primer caso, estamos frente a un concurso ideal de infracciones, mientras que en el segundo nos encontramos ante un concurso real.

IV. La regulación de los concursos infraccionales

Como hemos señalado, las problemáticas a que dan origen a las figuras concursales en el orden penal también se presentan en el ámbito administrativo sancionador de forma bastante similar, por lo que la doctrina y algunos ordenamientos se han hecho cargo de forma expresa del tema.

1. El concurso infraccional en el Derecho comparado

El Derecho comparado se considera que el concurso de infracciones es una construcción jurídica que tiene una finalidad similar al orden penal: evitar un castigo desproporcionado ante uno o más ilícitos³³. Es por tal razón, se han aplicado las categorías del Derecho penal para resolver estos casos, procurando atenuar la mera suma aritmética de sanciones. Así, para la doctrina española existe un concurso de infracciones cuando un sujeto ha cometido una pluralidad de infracciones por las que no ha sido sancionado previamente³⁴. Por lo tanto, para agotar el injusto del o los hechos es preciso aplicar todas las consecuencias jurídicas previstas en la ley, puesto que de esta manera se dará protección a los bienes jurídicos afectados. Por consiguiente, existirá *concurso real de infracciones* cuando se realicen dos o más acciones que constituyan dos o más infracciones distintas, aunque presenten alguna conexión material³⁵, así, una pluralidad de hechos supone una pluralidad de infracciones³⁶. De esta forma, se aplicarán las sanciones previstas para cada una de las distintas infracciones cometidas³⁷. Por tal razón, la jurisprudencia³⁸ y la doctrina³⁹ sostienen que en el caso del concurso real de infracciones

³³ ALARCÓN 2010, 769.

³⁴ GÓMEZ y SANZ 2017, 596.

³⁵ REBOLLO *et al.* 2010, 375.

³⁶ CANO 2001, 244.

³⁷ CANO 2010, 567.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 20 de mayo de 2005 (Ar. 798 de 2006), en este caso se habían impuesto dos multas: una por arrancar de un monte ciertas especies arbóreas y la otra por su posterior rotulación sin autorización administrativa. Otras sentencias al respecto se pueden revisar en REBOLLO *et al.* 2010, 374 y ss.

³⁹ ALARCÓN 2010, 768.

la regla general es la acumulación o suma de los castigos previstos para cada infracción.

Por su parte, el *concurso ideal de infracciones* se configura cuando se realiza un solo hecho que implica la comisión de dos o más infracciones, es decir, lesionando dos o más bienes jurídicos diferentes o el mismo bien jurídico dos veces⁴⁰. Ahora bien, normalmente estos supuestos encuentran una solución legal, pero en caso contrario se tiende a aplicar la suma de castigos de forma matemática⁴¹, sobre la base de que no se aplicaría el *principio non bis in ídem*.

En el caso del *concurso medial de infracciones* nos encontramos frente a un concurso real –dos hechos y dos infracciones– que tienen lugar cuando una se comete como medio o instrumento necesario para realizar otra distinta⁴². En este caso, el primer ilícito tiene como objeto o es un elemento necesario para la ocurrencia del segundo, de tal manera de que sin él, el segundo no hubiese acontecido⁴³. Por tal razón, se castigan las infracciones con la sanción asignada a la infracción más grave⁴⁴.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, en el Derecho alemán la Ley de Infracciones Administrativas de 1987 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) establece como regla general la acumulación material⁴⁵, salvo en los casos de concurso ideal, en el cual se reconoce la absorción, es decir, se aplica la multa más alta⁴⁶.

En el caso de Italia la Ley N° 689, de 1981, nada se dice respecto del concurso real, mientras que para el concurso ideal se aplica la técnica de la *exasperación*: la sanción prevista para la infracción más grave, aumentada al triple⁴⁷.

⁴⁰ REBOLLO et al. 2010, p. 388

⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de enero de 1998 (Ar. 53), en la cual se aplica la regla general de la suma de castigos por verter aguas residuales sin autorización. En este caso la empresa fue sancionada por la autoridad hídrica (afectación del dominio público hidráulico) y por la de pesca (por afectar la pesca fluvial).

⁴² REBOLLO et al. 2010, 390. También en CANO 2010, 567.

⁴³ Nieto trata el concurso medial en el capítulo que analiza la “prohibición de *bis in ídem*”, explica que en este caso la comisión de un delito no supone un fin por sí mismo, sino que se trata simplemente de un medio para realizar otro, en NIETO 2012, 486. Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de mayo de 2004 (Ar. 992 de 2005). En este caso se había sancionado a una empresa con dos multas, una por verter hidrocarburos en las aguas de un puerto y la otra por incumplir el plan de emergencias a bordo en caso de contaminación por hidrocarburos. Según el Tribunal había una relación medial entre las conductas, esto es, un grado de relación y de conexión entre las mismas que ameritaba que la Administración solo sancionara por la infracción más grave (vertido) y no imponer sanción por la más leve.

⁴⁴ En este caso hay norma legal expresa en el artículo 29.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁴⁵ § 20.

⁴⁶ § 19 (2). Véase MITSCH 1995, pp. 139-147.

⁴⁷ Artículo Octavo. Véase NIETO 2012, p. 483.

En España la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se ocupa solo del concurso medial, imponiendo la sanción correspondiente a la infracción más grave (absorción)⁴⁸, aunque también se discute si la misma regla se aplica al concurso ideal⁴⁹. Además, también se hace cargo de establecer los criterios para determinar si la infracción puede ser considerada como continuada⁵⁰. En todo caso, esto no impide que en leyes especiales se establezca una regulación particular al respecto⁵¹.

Por último, en Latinoamérica destaca la legislación peruana, que el caso del concurso ideal aplica una regla de absorción en relación con la infracción de mayor gravedad⁵².

2. El concurso infraccional en el Derecho chileno

Chile no cuenta con una ley general sobre infracciones y sanciones administrativas que se haga cargo –entre otros temas– de los problemas que plantea el concurso infraccional. Tampoco la legislación sectorial se hace cargo del tema, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos comparados.

La única disposición que trataría en parte el problema sería el inciso 1º artículo 60 de la Ley N° 20.417, sobre nueva Institucionalidad Ambiental, el cual dispone que: *“Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad”*. Sin embargo, esta norma regula un problema de concurso aparente de leyes o de concurrencia normativa, es decir, cuando dos o más leyes sancionan un mismo hecho como infracción administrativa y sobre la base del mismo fundamento o, dicho en otros términos, el hecho parece satisfacer las existencias de dos o más tipos infraccionales diversos, pero solo será regulado por uno de ellos, desplazando a los demás. En este caso, el legislador opta por el principio de consunción: la infracción más grave consume o absorbe a la menos graves, frente a otros principios que ha desarrollado la doctrina⁵³.

El concurso aparente de leyes se distingue de las formas concursales, ya que estamos ante un solo hecho infraccional y no ante una pluralidad de hechos que dan lugar a pluralidad de sanciones, como sucede en los casos de concurso real. A su vez, nos encontramos ante una sola infracción y no ante dos o más infracciones, como sucede en el concurso ideal.

⁴⁸ Artículo 29.5.

⁴⁹ GÓMEZ y SANZ 2017, p. 598.

⁵⁰ El artículo 29.6. dispone que *“será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

⁵¹ Así, la Ley General Tributaria establece para el concurso real la acumulación material de sanciones (artículo 180.3); la Ley de Costas aplica para el concurso ideal la regla de la absorción (artículo 94.2), lo mismo que la Ley de Puertos del Estado (artículo 119.2).

⁵² Artículo 230 N° 6 de la Ley N° 27.444, del Procedimiento Administrativo General.

⁵³ Sobre la materia, véase MATUS 2000, p. 295 y CURY 2005, pp.667-671, con abundante referencia bibliográfica. Desde la perspectiva administrativa, CANO 2010, p. 566.

En materia educacional, la Ley N° 20.529, sobre sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, establece en su artículo 72 inciso 3° que: *“Si correspondiere sancionar un hecho que constituya una infracción a más de alguna ley de la normativa educacional, el Director Regional aplicará la sanción que corresponda como si se tratara de una sola infracción”*. En este caso se pueden comprender los supuestos de concurso aparente de leyes infraccionales y de concurso ideal. Sin embargo, no se entrega un criterio de solución, pudiendo ser en el primer caso la regla consunción, mientras que en el segundo se debiera aplicar la regla de la absorción, es decir, se debe optar por la sanción más grave, entendiendo que la voluntad de legislador no solo se expresa en castigar una determinada conducta, sino que también hacerlo de la forma más estricta, particularmente si estamos ante figuras concursales.

Por otra parte, a pesar de la ausencia de regulación legal, algunos órganos administrativos han hecho aplicación de las reglas de los concursos, como sucede con la Dirección del Trabajo que mediante una norma interna ha regulado un supuesto de concurso real de infracciones administrativas laborales de la misma especie, esto es, que afecten un mismo bien jurídico, disponiendo la acumulación jurídica de las diversas sanciones de multa⁵⁴. A pesar de la dudosa legalidad y los efectos vinculantes de este tipo de regulación, los tribunales han considerado su aplicación en algunos de sus pronunciamientos⁵⁵.

V. Análisis de la jurisprudencia

Nuestra jurisprudencia no tiene un criterio uniforme para resolver los problemas que plantea el concurso infraccional, teniendo como elementos de referencia el principio de legalidad, el principio de prohibición de doble valoración o *non bis in ídem* y el principio de proporcionalidad, como veremos a continuación.

1. Concurso real o material de infracciones

El principio de legalidad aparece con relación al concurso real o material de infracciones, es decir, frente a cada hecho infraccional se debe aplicar una

⁵⁴ Apartado 8.5 de la Circular N° 46, de 2 de mayo del 2012, que determina el texto del “Anexo 10: Normas y criterios para resolver solicitudes de reconsideración de multas administrativas”. En este caso se dispone lo siguiente: *“Criterio para apreciar la rebaja en los casos de concursos de multas por infracciones de la misma especie. En aquellos casos de resoluciones de multas aplicadas por infracciones a una materia específica, se deberán subsumir o agrupar todas las multas como una sola infracción. Cuando estas multas sean de montos variables, se deberá mantener solo aquella de mayor valor, para proceder aplicar sobre ésta la pauta general de rebaja y los criterios específicos de reconsideración, dejándose sin efecto el resto”*.

Documento disponible en: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-101098_recurso_2.pdf

⁵⁵ Véase *Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2016), del Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique (considerando 7°), el cual fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en la causa *Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2017) (considerando 8°).

sanción, por tanto, ante una pluralidad de hechos se debe aplicar la misma cantidad de sanciones, dando lugar a una acumulación aritmética. Para tal efecto, es importante determinar si las conductas que se persiguen constituyen o no un hecho infraccional, considerando que puede existir una pluralidad de acciones u omisiones comprendidas dentro de un hecho punible y, además, por los problemas que se presentan en aquellos supuestos en que se aplica a un mismo infractor dos o más sanciones por hechos similares. Así las cosas, la jurisprudencia ha tenido en consideración diversos factores para poder identificar el hecho infraccional, como es el momento o en el lugar en que se produce la acción, así como el sujeto pasivo sobre el cual recae⁵⁶. Por tal razón, se ha señalado que cuando la norma habla de “infracciones” o se basa en su existencia para imponer sanciones, se refiere, naturalmente, a

⁵⁶ Así se ha señalado que “[...] si bien la infracción es la misma [...] no es menos cierto que los hechos se vinculan a trabajadores diferentes y se corresponden a unidades productivas diferentes aun cuando se corresponda con mismo giro y pertenezcan a una misma empresa o grupo empresarial, sin que la proximidad física de una y otra sea de mérito suficiente para eximirlo de responsabilidad respecto de las infracciones posteriores a la que primeramente se hubiere cometido, dado que cada una de ella tiene su propia unidad, sin que las previas, purguen las subsiguientes”, *Rendic Hermanos S.A. con Dirección del Trabajo* (2020); “[...] solo cabe consignar que la Superintendencia de Educación ha exigido la acreditación de saldos por diferentes subvenciones y por períodos diferentes, por lo cual en ningún caso se le está sancionando por el mismo hecho”, *Corporación Municipal de Educación Salud Cultura y Atención al menor de Quilpué con Superintendencia de Educación* (2019); “[...] no es posible aceptar que exista una identidad de hechos y de fundamentos en la imposición de las multas y como consecuencia de ello, no puede considerarse vulnerado el principio de non bis in ídem. Es más, las conductas infraccionadas ni siquiera pueden considerarse normativamente como una sola como alega el recurrente, toda vez que incluso se encuentran sancionadas en disposiciones legales diferentes”, *Administradora de Naves Humboldt Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso* (2018); “[...] ambas sanciones responden a circunstancias fácticas diversas, esto es, en un caso se castiga a la empresa como consecuencia de la falta de señalética que represente los riesgos de manipulación de la máquina así como por la ausencia de un procedimiento escrito que especifique la tarea de ajuste y/o calibración de la máquina raspadora de tripas, mientras que la autoridad encargada de la fiscalización de la normativa laboral reprocha al empleador no registrar la asistencia del profesional a cargo de la prevención de los riesgos así como por no suprimir los factores de peligro en los lugares de trabajo al no ser evaluado el riesgo de atrapamiento en la calibración de la máquina raspadora de tripas”, *Procesadora Insuban Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2017); “[...] no nos encontramos frente a un mismo hecho, puesto que en definitiva se trata de infracciones cometidas a distintos dependientes, en unidades de trabajo o sucursales igualmente diferentes”, *Farmacias Cruz Verde S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar* (2016); “[...] si la sanción motivo de la multa es constatada en un lugar, y la misma infracción es recurrente en otro local de la cadena, en este caso de Farmacias, es perfectamente lógico que la multa pueda ser replicada”, *Farmacias Cruz Verde S.A. con Inspección Provincial del Trabajo* (2015); “[...] la infracción de no llevar el control de asistencia correctamente se produce, en los hechos, de manera distinta y afecta a trabajadores distintos, de obras distintas, ubicadas en zonas geográficas o emplazamientos distintos, y que cumplen funciones diversas.”, *Concremag S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Magallanes* (2015); “[...] cada multa aplicada, dice relación no solo con farmacias diversas, sino también con trabajadores diversos”, *FASA Chile S.A. con Inspección Provincial del Trabajo* (2015); “[...] cada una de ellas importan la infracción de una norma en particular, y en aquellos casos en que se invoca una misma norma aplicable, aparece que la fiscalización corresponde a hechos distintos, en términos que fueron fiscalizados buses diferentes, de recorridos diferenciados y conducidos por trabajadores distintos.”, *Empresa de Transportes Rurales Ltda con Inspección del Trabajo de Antofagasta* (2016).

hechos; y esos hechos deben ser, para poder separarse en infracciones diversas, independientes unos de otros de modo que en el caso concreto pueda concebirse la producción de uno, sin los otros⁵⁷. Así, se puede estar ante infracciones similares, respecto de las que resultan aplicables las mismas normas, pero respecto de hechos que son diversos, pudiendo afirmarse –como ha dicho una sentencia– que estamos en presencia de un concurso real de infracciones administrativas⁵⁸.

Ahora bien, el problema es determinar si la acumulación matemática se puede atenuar recurriendo a la regla de exasperación prevista en la legislación procesal penal⁵⁹. En este caso, en el caso Pascual Lama⁶⁰, el Segundo Tribunal Ambiental negó dicha posibilidad, por falta de norma legal que lo regulara⁶¹. Sin embargo, en materia laboral los tribunales no han planteado

⁵⁷ *Sociedad Patricio Otero y Compañía Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar* (2016).

⁵⁸ *Empresa de Transportes Rurales Ltda con Inspección del Trabajo de Antofagasta* (2016), considerando 6°.

⁵⁹ Artículos 351 y 397 del Código Procesal Penal.

⁶⁰ *Rubén Cruz Pérez y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2013). Dicha sentencia declaró que la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) incurrió en un vicio de ilegalidad al sancionar los incumplimientos a la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) como una sola infracción y considerar los demás eventos como agravantes. Por tal razón, se anuló la resolución sancionatoria y se ordenó que se dictara una nueva, debidamente fundamentada, debiendo esa entidad sancionar cada uno de los incumplimientos en forma independiente.

⁶¹ Los argumentos expuestos por el Tribunal pueden resumirse en los siguientes puntos: i. La regla general en el sistema sancionatorio es que cada infracción sea sancionada independientemente, salvo norma expresa en contrario (c. 62); ii. En la ley orgánica de la SMA no hay ninguna norma que establezca explícitamente la existencia de un concurso de infracciones, de manera que la aplicación supletoria de las reglas legales sobre concurso de delitos contenidas en el Código Penal, como son los artículos 75 y 451, u otras reglas concursales como la contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal, requieren necesariamente de una norma expresa de remisión por parte de la ley (c. 46); iii. Tampoco procede reconocer la existencia del “concurso infraccional imperfecto”, figura que carece de una norma que expresamente la institucionalice y que no fue indicada en la resolución que se recurre, sino que fue incorporada posteriormente como un alegato de defensa de la SMA ante el Tribunal (c. 47 y ss.), y iv. El Tribunal descarta que se trate de un caso de “infracción continuada”, toda vez que aun cuando no se encuentra regulada expresamente y en el caso que su aplicación fuera posible en virtud del principio de proporcionalidad, no reúne los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado para su símil penal, el delito continuado (c. 52 y ss.). El mismo criterio se aplicó en el caso *Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente* (2014), considerandos 42° y 43°. Cabe señalar que la Corte Suprema no se pronunció al respecto en ambos casos.

⁶¹ En un sentido similar, la Corte Suprema ha señalado que “[...] las infracciones imputadas a la reclamante corresponden a vulneraciones distintas e independientes entre sí, pues responden a hechos diferentes y se encuentran vinculadas a deberes diversos, aunque contemplados en una misma Resolución de Calificación Ambiental, acto resolutorio y complejo a cuyo respecto concurren “tantas voluntades como pronunciamientos sectoriales se vinculen a la resolución final”, de lo que se sigue que tales infracciones requieren la imposición de sanciones diferentes, como acertadamente decidió la autoridad ambiental, pues se trata de reprimir hechos distintos e independientes entre sí”. *Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada con Comisión Regional del Medio Ambiente de Arica y Parinacota* (2018), considerando 14°.

reparos a este respecto frente al criterio de acumulación jurídica seguido por la Dirección del Trabajo, como ya lo hemos visto⁶².

2. Concurso aparente de leyes

Una vez determinado el hecho infraccional, puede resultar que aquel sea subsumible en dos o más leyes sancionadoras, es decir, que nos encontremos ante un concurso aparente de leyes. Así, se dirá que en el concurso aparente convergen para solucionar el problema un conjunto de normas, si bien una sola de ellas, que desplaza a las demás, es suficiente para agotar el desvalor de la conducta⁶³. La situación es distinta a lo que sucede en el concurso real de infracciones, ya que en este caso estamos frente a un solo hecho infraccional, pero ante una pluralidad de leyes sancionadoras. A su vez, se diferencia del concurso ideal de infracciones, porque frente a un hecho que produce una pluralidad de infracciones, en este caso estamos frente a un hecho infraccional y a una sanción prevista en una ley que desplaza a las demás. Por tal razón, uno de los fundamentos del concurso aparente es el principio *non bis in ídem*, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en el ámbito de los servicios públicos sanitarios⁶⁴ y eléctricos⁶⁵, en donde un tipo infraccional es desplazado por otro tipo infraccional similar pero más agravado. Por tal razón, se sostiene que “[...] *la notoria existencia de normas sancionadoras superpuestas no conculcan ese principio [...] ya que su cumplimiento corresponde no al que elabora y aprueba la norma, sino al que la aplica en aquellos supuestos en que un mismo acto o hecho puede estar tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo*”⁶⁶, considerando dicho principio como

⁶² *Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2016), del Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique (considerando 7°), el cual fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en la causa *Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2017) (considerando 8°).

⁶³ *Empresa de Transportes Rurales Ltda con Inspección del Trabajo de Antofagasta* (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de noviembre de 2016. Rol N° 172-2016, considerando 6°.

⁶⁴ En este caso la discusión se planteaba respecto de las infracciones previstas en las letras a) y b), inciso primero, del artículo 11° de la Ley N° 18.902, que crea la Superintendencias de Servicios Sanitarios. La Corte Suprema sostuvo que “[...] *la letra b), en esencia, constituye el mismo ilícito infraccional, pero agravado, toda vez que, como sucede en el caso concreto, la deficiencia en la calidad, continuidad u obligatoriedad del servicio de recolección de aguas servidas puso en peligro o afectó gravemente la salud de la población*” (*Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017), considerando 9°). En todo caso, erróneamente se califica este caso como un concurso ideal, señalando que: “[...] *en la especie, se produce un concurso ideal de infracciones, en el que la infracción más grave absorbe o subsume a la de menor entidad, cuestión que, además, de la aplicación del principio non bis in ídem tiene su origen en el respeto del principio de proporcionalidad, que irradia todo el ámbito del Derecho Público sancionador*” (considerando 7° de la sentencia de reemplazo).

⁶⁵ *GasAtacama Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2020), considerando 15°. Así, se ha señalado que “[...] *no resulta posible asimilar el concepto “información errónea”, que emplea la autoridad al sancionar a la actora, a la expresión “información falseada”, que se lee en el N° 2 del artículo 15 transcrito previamente, de lo que se sigue que la infracción imputada a GasAtacama no puede ser calificada de gravísima*”.

⁶⁶ *Inspección Comunal del Trabajo con Faenadora San Vicente Ltda.* (2009): Corte Suprema, 24 de marzo de 2009. Rol N° 196-09, citando a REBOLLO PUIG 1989. En el mismo sentido *Sociedad de*

"[...] un criterio de interpretación o solución al constante conflicto entre la idea de la seguridad jurídica y la búsqueda de la justicia material"⁶⁷.

3. Concurso ideal de infracciones

El concurso ideal de infracciones ha sido tratado por la jurisprudencia a partir de las alegaciones formuladas sobre la base del principio *non bis in ídem*. En efecto, luego de analizar si concurren los supuestos para su aplicación, esto es, la triple identidad de sujeto, de hecho y fundamento, en varios casos se ha descartado este último en razón de que las infracciones protegerían bienes jurídicos diversos⁶⁸. Esto trae como consecuencia que nos encontremos ante un hecho que da lugar a una pluralidad de infracciones, es decir, a un concurso ideal infraccional. Dada la situación, nuevamente el problema es determinar los criterios se deben seguir para determinar la sanción aplicable. Lo que resulta llamativo es que la jurisprudencia en estos casos se inclina también por la acumulación aritmética de sanciones. Así se dirá *"[...] un mismo hecho no puede ser sancionado mediante la aplicación de dos normas que configuran más de una infracción, si éstas tienen un mismo fundamento. A contrario sensu, si los hechos o el fundamento son diferentes, no solo no hay impedimento para aplicar las dos sanciones, sino que necesariamente ellas deben ser aplicadas"*⁶⁹. Esto se ha presentado especialmente respecto de las sanciones que aplican las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y la Inspección del Trabajo⁷⁰; las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud

Tercerización de Servicios Provider Latin American Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Norte de Chacabuco (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de mayo de 2016. Rol N° 430-2016.

⁶⁷ Ídem, citando a DE LEÓN 1998.

⁶⁸ Así se ha señalado que *"[...] el principio non bis in ídem no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente por unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción, responden a distinto fundamento y en el presente caso los dos hechos son distintos y a la vez tienen distinto fundamento"*, Instituto Alemán de Puerto Montt con Inspección del Trabajo de Puerto Montt (2016).

⁶⁹ *Empresa Nacional de Electricidad S.A. c. Superintendencia del Medio Ambiente (2015)*. En el mismo sentido, se dirá: *"Esta prohibición de la acumulación de calificaciones jurídicas sancionadoras, discurre sobre la base que sobre el mismo sustrato valorativo y respecto de un mismo hecho, sea sancionado doblemente; esto es, prohibición de doble sanción desde una misma perspectiva valorativa por los mismos hechos cuando concurra, además, identidad de sujeto y de fundamento, lo que en la especie no ocurre, pues como se ha señalado, los procedimientos en que se hace consistir la doble sanción, descansan en sustratos fácticos diversos, acaecidos en distintos lapsos de tiempo, por lo que no se aprecia en el caso sub lite la vulneración alguna del señalado principio"*. VTR Wireless S.A. con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones (2014).

⁷⁰ En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado que: *"[...] como se desprende de la sola lectura de las disposiciones que rigen su actuar, ambas autoridades proceden en resguardo y defensa de intereses y bienes jurídicos diversos. En un caso se trata de velar por la aplicación de las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, mientras que en el segundo la actuación de la autoridad obedece a un deber impuesto al Servicio Nacional de Salud en orden a velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes de la Nación en general, incluyendo entre los diversos sitios por cuyas condiciones de saneamiento y seguridad deberá preocuparse, además de ciudades, balnearios, campos y territorios mineros, los*

y la Superintendencia de Servicios Sanitarios⁷¹, y la Superintendencia de Educación con la Inspección del Trabajo⁷² respecto de un mismo hecho infraccional. Sin embargo, hay casos en los que se ha aplicado la regla de absorción

lugares de trabajo. [...] Que, en consecuencia, resulta evidente que ambas autoridades han intervenido en el caso en examen en ejercicio de sus atribuciones propias y en defensa de distintos bienes jurídicos, lo que permite descartar de plano la concurrencia en la especie de una infracción al invocado principio *non bis in idem*" *Verdenova S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2016), considerandos 8° y 9°). En el mismo sentido, *Procesadora Insuban Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2017), considerando 8°; *Constructora Nueva Tarapacá S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2018), considerando 2°.

⁷¹ *Aguas Araucanía S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía* (2018). En este caso se planteó un problema de competencias y de vigencias de las normas del Código Sanitario en relación con las empresas sanitarias, sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. En tal sentido, la Corte Suprema sostuvo que "[...] De las disposiciones citadas puede desprenderse la coexistencia de los ámbitos de acción de ambos órganos administrativos Superintendencia de Servicios Sanitarios y Seremi de Salud y por lo tanto no se excluyen entre sí. En efecto, de acuerdo al artículo 67 del Código Sanitario: "Corresponde al Servicio Nacional de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes en conformidad a las disposiciones del presente Código y sus reglamentos". Por su parte, el artículo 73 del mismo cuerpo normativo señala: "Prohíbese descargar las aguas servidas y los residuos industriales o mineros en ríos o lagunas, o en cualquiera otra fuente o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población, para riego o para balneario, sin que antes se proceda a su depuración en la forma que se señale en los reglamentos. Sin perjuicio de lo establecido en el Libro IX de este Código, la autoridad sanitaria podrá ordenar la inmediata suspensión de dichas descargas y exigir la ejecución de sistemas de tratamientos satisfactorios destinados a impedir toda contaminación". En el mismo sentido, *Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile* (2017), en la cual se señala que "[...]el análisis de los artículos 1, 11, 34 y 45 de la Ley N° 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, permite sostener que las facultades de la autoridad sanitaria para velar por la protección de la salud pública no son eliminadas por dicha ley, la cual tiene otro fin, que es la fiscalización del funcionamiento de las concesiones sanitarias y no la protección de la salud pública. En consecuencia, el Servicio de Salud que instruyó el sumario sanitario a que se refiere la causa, tiene atribuciones de orden general conforme a lo dispuesto por los artículos 67 y 161 y siguientes del Código Sanitario para instruir sumario por infracciones al Código Sanitario".

⁷² Así, respecto de las sanciones aplicadas por dichas entidades respecto de un mismo hecho, se ha señalado que: "[...] la actuación de la Dirección del Trabajo lo fue en el marco de sus facultades de fiscalización para velar por el cumplimiento de la normativa laboral, que incluye la protección de las remuneraciones de los trabajadores, en tanto que la decisión de la Superintendencia impugnada en autos tiene por basamento el resguardo del interés fiscal. [...] no aparece configurada la identidad de fundamento entre las infracciones cursadas al reclamante por las dos instituciones públicas mencionadas, y ello en razón especialmente de haberse lesionado distintos bienes jurídicamente protegidos. En un caso lo reprochado al actor es la vulneración de la legislación laboral, vale decir, de aquella que resguarda los derechos de los trabajadores, definida específicamente por la falta de pago de sus remuneraciones, sin que a su respecto resulte relevante ninguna otra consideración, especialmente aquella referida a la percepción por su empleador de la subvención escolar. En cambio, la multa impuesta por la autoridad de educación pretende proteger el interés fiscal, en cuanto se trata de asegurar que la mencionada subvención, que se financia con recursos públicos, sea entregada a los sostenedores que realmente tienen derecho a percibirla". *Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación* (2015).

agravada, es decir, la sanción prevista para la infracción más grave, aunque no se indica algún fundamento positivo para sostener dicho criterio⁷³.

4. Reflexión sobre los criterios seguidos por la jurisprudencia

En definitiva, de la revisión de estos pronunciamientos se puede desprender que no existe una base estable y segura para resolver las figuras concursales en el ámbito administrativo sancionador. En primer término, no se aprecia una clara distinción entre el principio *non bis in ídem*, el concurso aparente de leyes penales y el concurso ideal infraccional. A su vez, los criterios para determinar la sanción tampoco son satisfactorios, sobre todo ante la falta de regulación de la materia y la posibilidad de respetar el principio de proporcionalidad, ya que la acumulación aritmética de sanciones constituye la regla general tanto para el concurso real como para el concurso ideal de infracciones administrativas.

VI. Criterios para determinar la sanción en las figuras concursales en el ámbito de las infracciones administrativas

Los sistemas administrativos sancionadores han sido establecidos como herramientas destinadas a garantizar el cumplimiento de la normativa sectorial. Desde esta perspectiva, la finalidad última de dichos sistemas no es la aplicación de sanciones, sino que la prevención de infracciones o, en su caso, la adopción de medidas correctivas que de forma oportuna permitan resguardar los bienes jurídicos colectivos que se buscan tutelar, aun cuando se haya cometido la infracción. Por tal razón, se establecen incentivos en los casos que el propio infractor se autodenuncia o se propone un plan de cumplimiento como medidas alternativas a la sanción o para atenuar su responsabilidad⁷⁴.

Ahora bien, cuando los mecanismos destinados al cumplimiento de las normas se han tornado insuficientes, ya sea porque no han podido evitar o morigerar las conductas constitutivas de infracción, la sanción surge como una herramienta inevitable. En tal sentido, la regla general estará dada por la aplicación de una sanción frente a la ocurrencia de un hecho infraccional, por lo que habrá tantas sanciones como tantos hechos infraccionales se hayan

⁷³ Así, se ha señalado que “[...] si la multiplicidad o reiteración de conductas reprochables, por ser de diferente naturaleza, conducen a diferentes infracciones, se configuraría un concurso ideal en el que la infracción más grave absorbería o subsumiría a las de menor entidad [...] La circunstancia, entonces, que exista esta comunicabilidad de hechos que hayan contravenido distintas normas [...] configura un concurso ideal de infracciones, y habiendo una más grave que puede absorber o subsumir a la de menor entidad, solo la mayor puede aplicarse, razón por la que esta Corte procederá a acoger la reclamación en esta parte”, *Mauricio Orleans Cuadra con Superintendencia de Seguridad Social* (2018). En un sentido similar se pronuncia la Corte Suprema en *Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017), considerando 7° de la sentencia de reemplazo, aunque el caso tienen los elementos de un concurso aparente de leyes y no de un concurso ideal.

⁷⁴ CORDERO 2014, p. 194.

cometidos. En definitiva, se hace aplicación del antiguo brocardo *quot delicta tot poenae*, que es este caso sería tantas infracciones, tantas sanciones.

Como queda en evidencia, la aplicación estricta de este principio da lugar en muchos casos a sanciones desproporcionadas, en relación con la lesión efectiva que se ha ocasionado al bien jurídico que se está amparando. Por tal razón, desde antiguo se han formulado supuestos para evitar la acumulación matemática frente a un concurso real a partir de la unidad jurídica de acción en la configuración del hecho infraccional, como sucede con el concurso medial y los ilícitos continuados. Esta discusión también se ha trasladado al ámbito de las infracciones administrativas, ya que en todos los casos el hecho infraccional no está tipificado de la misma forma y es posible –como se ha visto– que un hecho infraccional pueda estar constituido por dos o más acciones u omisiones.

Sin embargo, los criterios que puede utilizar el legislador para atenuar la excesiva rigurosidad de la acumulación material de sanciones –como la absorción a la infracción más grave o la exasperación–, han demostrado ser contingentes tanto desde la perspectiva histórica y comparada⁷⁵, por lo que exigen de una norma legal expresa que, en el caso de nuestro ordenamiento, no existe. Por tal razón, y como se ha visto, la jurisprudencia ha actuado con vacilación, no dando una solución única.

No obstante, es posible aportar algunos criterios que permitan a la Administración determinar la sanción sobre la base de elementos que respondan a la proporcionalidad que debe existir en entre el hecho infraccional y la lesión causada al bien jurídico. Aquello está unido al proceso lógico-racional que se debe seguir en la calificación jurídica que se hace de los hechos, la determinación de la norma aplicable y la forma de resolver los eventuales concursos infraccionales que se pueden presentar, y que se resume en los siguientes puntos:

1. La determinación de la naturaleza de las infracciones: la unidad de acción y el hecho infraccional

El primer paso, consiste en determinar cuál es el hecho infraccional y las acciones u omisiones que comprende. Ya hemos señalado que utilizamos el término hecho infraccional –similar al concepto de hecho punible utilizado por la dogmática penal–, en la medida que puede comprender una sola acción u omisión (unidad natural de acción) o varias acciones y/o omisiones (unidad jurídica o normativa de acción)⁷⁶. Así, si bien puede haber pluralidad de acciones u omisiones, no nos encontraremos ante un concurso real de infracciones, puesto que para el ordenamiento constituye un solo hecho punible.

⁷⁵ MATUS 2002, pp. 27-28.

⁷⁶ ROXIN 2014, pp. 943-962; CURY 2005, pp. 650-653.

De esta forma, constituyen un solo hecho infraccional los siguientes casos⁷⁷:

a) Cuando hay *unidad natural de acción*, como sucede con las infracciones simples, instantáneas o de mera actividad y en las denominadas infracciones de estado o *zustand ordnungswidrigkeiten*. Las primeras son infracciones en las que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce en un solo momento, generando la consumación de la infracción con una sola conducta⁷⁸. El infractor incurre en el ilícito una vez concluida la ejecución de la conducta. Por ejemplo, no cumplir dentro de plazo con los requerimientos de información que exija la autoridad (artículo 35 j) de la LOSMA). Por su parte, las segundas se caracterizan porque la consumación se genera por un acto formal o material que no requiere reiteración, sin embargo, presentan efectos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido en el tiempo⁷⁹. Estos efectos se mantienen por si solos, sin que medie la voluntad de infractor. Ejemplo de este tipo de infracción sería la ejecución de obras prohibidas en un parque nacional (letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300).

b) Cuando hay *unidad jurídica de acción*, es decir, cuando el hecho infraccional comprende dos o más acciones u omisiones, como sucede en los siguientes casos:

– Las *infracciones complejas*, es decir, aquellas que requieren la realización de una pluralidad de conductas descritas en la norma para su consumación, esto es, el tipo administrativo prevé la realización de varios actos o la comisión de la infracción en distintas fases⁸⁰. De esta manera, la consideración aislada de cada una de las conductas puede dar lugar a ilícitos, o, por el contrario, pueden ser consideradas lícitas⁸¹.

– Las *infracciones permanentes*, que son aquellas en el infractor incurre en una conducta ilícita que da lugar a una situación de hecho que se mantienen en el tiempo por la persistencia de su voluntad, y sin la cual los efectos de la infracción no seguirían produciéndose⁸². En otros términos, la conducta

⁷⁷ Respecto de la distinción de las infracciones se sigue de cerca la doctrina penal, por todos ROXIN 2014, pp. 328-341, MIR 2010, pp. 223-231 y CURY 205, pp. 651-653; y que también es tomada por los administrativistas. Véase DE PALMA DEL TESO 2001, 556-557 y BACA 2011, pp. 268-270, para efectos del cómputo del plazo de la prescripción.

⁷⁸ DE PALMA DEL TESO 2001, pp. 556-557.

⁷⁹ GÓMEZ y SANZ 2017, p. 620.

⁸⁰ DE PALMA DEL TESO 2001, pp. 569-570.

⁸¹ GÓMEZ y SANZ 2017, pp. 628 y ss. Así sucede, por ejemplo, con la infracción de comercializar a sabiendas mercaderías, valores o especies de cualquiera naturaleza sin que se hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio (artículo 97 N° 8 del Código Tributario).

⁸² Esta se presenta en los casos en que se omite una declaración ante la autoridad, situación que se mantiene en el tiempo mientras no sea cumplida, como sucede en materia tributaria (artículo 97 N°s 1 y 2 del Código Tributario) o aduanera (artículo 176 letra a) de la Ordenanza de Aduanas).

ilícita provoca la creación de una situación antijurídica duradera que se proyecta a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente⁸³.

– Las *infracciones con pluralidad de acciones*, es estos casos la configuración del tipo infraccional permite que su consumación puede tener lugar ya sea que se haya ejecutado una o muchas veces la acción⁸⁴.

– Las *infracciones con tipicidad reforzada*, que considera varias acciones posibles, de forma que la ejecución de cualquiera de ellas determina su consumación⁸⁵.

c) En los casos en que hay *concurso real de infracciones*, pero que son consideradas como un solo hecho infraccional, como ocurre con el concurso medial y las infracciones continuas. En estos casos nos encontramos con técnicas que tienen por objeto atenuar la rigurosidad de una acumulación aritmética de sanciones, si se considera cada infracción de forma independiente una de la otra y no como una unidad. Como hemos tenido ocasión de ver, la preocupación por estas figuras proviene desde la Edad Media por parte de los postglosadores, es acogida por la doctrina y la jurisprudencia, llegando en varios casos a la regulación positiva.

– El *concurso medial* se produce cuando estamos ante dos o más infracciones administrativas, siendo una de ellas el medio imprescindible para cometer otra⁸⁶. En estos casos se entiende que hay unidad jurídica de acción, es decir, un solo hecho punible y se aplica un sistema de absorción de la sanción, es decir, se impone únicamente la sanción asignada a la infracción más grave. Si bien esta figura está regulada en el Código Penal respecto de los delitos (artículo 75), lo cierto es que su aplicación puede tener lugar des-

⁸³ Una distinción interesante entre las infracciones permanentes y de estado la entrega la sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de octubre de 1988 (Ar. 7461), la cual señala que la realización de la obra allí indicada (construcción de un almacén de contenedores perturbando el uso asignado por el planeamiento) constituiría una *infracción de estado* que se consuma en el momento en que se produce la creación de la situación antijurídica. En cambio, el desarrollo en aquella obra (almacén) de una actividad industrial constituiría una *infracción permanente*.

⁸⁴ Esta situación se presenta en los casos de las declaraciones incompletas o erróneas que realizan los contribuyentes, ya que pueden ser uno o varios los vacíos o errores, pero la conducta será sancionada siempre de la misma manera (artículo 97 N° 3 del Código Tributario).

⁸⁵ Como sucede con materia aduanera con la violación del sello o la apertura, rotura o retiro de marchamos, candados u otros cierros colocados por la Aduana en los vehículos o en los recintos o locales habilitados como almacenes particulares (artículo 176 letra b de la Ordenanza de Aduanas) o materia tributaria, en caso de sustracción, ocultación o enajenación de especies que queden retenidas en poder del presunto infractor, en caso de que se hayan adoptado medidas conservativas (artículo 97 N° 14 del Código Tributario). En el ámbito sanitario, constituye infracción cualquier forma de publicación o propaganda referente a higiene, medicina preventiva o curativa y ramas semejantes que, a juicio del Servicio Nacional de Salud, tienda a engañar al público o a perjudicar la salud colectiva o individual (artículo 56 del Código Sanitario).

⁸⁶ El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico lo define como un “[...] *concurso real de infracciones administrativas que tiene lugar cuando una infracción se realiza como medio o instrumento necesario para realizar otra distinta, y que se castiga con una única sanción más grave de la que correspondería a una sola de las infracciones en concurso* [...]”. Real Academia Española 2017, T. I, p. 534.

de un punto de vista lógico en relación con la forma en que se desarrolla la acción. Así, por ejemplo, causar un daño ambiental no cumpliendo con las obligaciones de la resolución de calificación ambiental. En este caso, el solo de incumplimiento de las obligaciones impuestas en dicha resolución constituyen una infracción, pero se traducen en una infracción mayor atendido el daño ambiental que se ha provocado.

En nuestra opinión, el concurso medial debe ser apreciado como una sola infracción, pese a la reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes y aun cuando cada uno de ellos, separadamente, puedan ser calificados como una infracción individual, sujetas a una sanción autónoma conforme a las reglas del concurso real. Sin embargo, como bien señala la doctrina, en estos casos su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización infraccional a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción⁸⁷.

– La *infracción continua*. Es una categoría que deriva de la figura tradicional del delito continuado desarrollado en el Derecho penal⁸⁸. Se ha definido como un “[...] concurso real de infracciones administrativas consistente en la realización de una pluralidad de acciones u omisiones, constitutivas cada una de ellas de otras tantas infracciones, que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y que se castiga con una única sanción, más grave de la que correspondería a una sola de las infracciones en concurso, pero no por aplicación de la garantía non bis in ídem, sino en virtud del principio de proporcionalidad”⁸⁹.

Se trata de un supuesto en el cual el autor realiza una pluralidad de acciones en momentos distintos, por lo que pueden ser sancionados de forma independiente, pero considerando que todas se realizan dentro de un mismo propósito, se entiende que existe unidad jurídica de acción y, por tanto, una sola infracción. Si bien se ha discutido esta figura, particularmente en el ámbito del Derecho penal, se ha llevado a sostener por algunos autores que su creación se debe al Derecho consuetudinario⁹⁰, aunque lentamente se ha regulado, como sucede con el artículo 74.1. del Código Penal Español y de ahí a pasado al Derecho administrativo a través de la Ley 40/2015, de 1 de

⁸⁷ MALDONADO 2015, p. 194.

⁸⁸ Sus antecedentes se encuentran en los juristas medievales Julius Clarus, Prosper Farinacius, Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi. Véase GEERDS 1961, pp. 24-27; JESCHECK y WEIGEND 1996, p. 708; CURY 2005, p. 654, pero ha planteado una ardua discusión para encontrar un elemento que permite unificar las distintas acciones (Novoa 1965). En general, se caracteriza porque supone pluralidad de acciones, el transcurso del tiempo para la realización de dichas acciones, que el sujeto pasivo sea el mismo (aunque no siempre se exige) y que se trate de infracciones de la misma especie. Para una visión general del tema, véase CURY 2005, pp. 653-659; MALDONADO 2015, pp. 123-226; MIR 2010, pp. 642-646.

⁸⁹ Real Academia Española 2017, T. II, p. 1160.

⁹⁰ CURY 2005, p. 653.

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la cual dispone “[...] será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión” (artículo 29.6). En todo caso, esta disposición ha planteado alguna discusión, pues no queda claro si solo debe considerarse una sola infracción y, en dicho caso, cuál de ellas debiese ser considerada⁹¹. Por lo demás, tampoco está resuelto qué sucede en el caso que la acumulación lleve a una calificación más grave de la infracción y, por tanto, que la sanción fuese superior a la simple acumulación matemática de cada infracción⁹². Por tal razón, se propone considerar a la infracción continuada solo en cuanto implique un beneficio para el infractor⁹³.

2. La resolución de un eventual concurso de leyes infraccionales

Ya hemos distinguido entre la figura del concurso de leyes y el concurso de infracciones administrativas. En este caso, lo primero que se debe despejar dice relación con la ley que resulta aplicable, particularmente en aquellos casos en que el hecho infraccional puede ser subsumido en los tipos infracciones previstos en dos o más leyes. Así, el resultado esperado es que frente a un hecho solo podrá aplicarse una ley, quedando desplazadas las demás, para lo cual podremos recurrir a los criterios clásicos que se han formulado: especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad, encontrando en nuestra doctrina mayor consenso en los dos primeros⁹⁴.

No podemos desconocer que este procedimiento se encuentra estrechamente vinculado al anterior, puesto que los tipos infraccionales son creaciones normativas y, por tanto, necesariamente la determinación de los elementos del hecho punible llevará a una discusión respecto de la ley que resulta aplicable. Así, un primer problema será determinar si el hecho reúne los elementos para configurar una infracción administrativa⁹⁵ y, en caso de que el mismo hecho sea subsumido por más de tipo legal, se debe establecer cuál resulta aplicable y cuál debe ser desplazado. Esto se aprecia principalmente cuando se hace la calificación jurídica del hecho punible, especialmente en leyes que establecen un tipo infraccional simple y otros agravados, como ha sucedido en materia eléctrica⁹⁶ y sanitaria⁹⁷. Aunque llame

⁹¹ GÓMEZ 2017, p. 606.

⁹² ÍDEM, p. 607.

⁹³ ÍDEM, pp. 607 y 608.

⁹⁴ MATUS 2002, pp. 31-33; CURY 2005, pp. 668-671.

⁹⁵ Por lo demás, es habitual que aparezcan casos en que se imponga una sanción administrativa sin que se verifique la existencia de contravención normativa alguna que le sirva de sustento, ya que muchas veces la infracción se construye a partir de la interpretación que se hace de la norma administrativa. Véase *Sociedad Almondale Valle SpA con Superintendencia de Educación* (2018).

⁹⁶ *GasAtacama Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2020), considerando 15°.

⁹⁷ *Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017), considerando 9°.

la atención, se han planteado casos en que se ha pretendido aplicar ambas sanciones⁹⁸.

Por otra parte, nuestra jurisprudencia ha reconocido la figura⁹⁹, pero también la ha confundido con el concurso ideal de infracciones¹⁰⁰ que, desde el punto de vista del razonamiento, corresponde a una etapa posterior, esto es, cuando la concurrencia normativa no es posible de resolver conforme a algunos de los criterios que entrega la teoría del conflicto aparente de leyes.

3. Determinación de sanciones en caso de concurso o pluralidad de infracciones administrativas

El paso siguiente se presenta cuando un hecho puede constituir dos o más infracciones administrativas (concurso ideal) o cuando dos o más hechos realizados por un mismo sujeto constituyen dos o más infracciones, sin que ninguno de ellos se hubiese cometido después de haber sido sancionado por alguno de ellos (concurso real).

En estos casos la solución descansa sobre la base del principio de proporcionalidad, es decir, que la reacción punitiva sea coherente con la gravedad de los hechos infraccionales que se están sancionando. Sin embargo, nos encontramos con la ausencia de una norma que regule esta materia. Además, no contamos con disposición alguna en el orden administrativo que se remita a las normas penales, particularmente los artículos 74 y 75 del Código Penal, complementado por el artículo 351 del Código Procesal Penal.

El problema es que, si bien podemos utilizar las categorías y técnicas elaboradas por el Derecho penal, hay determinaciones que solo se pueden adoptar en a nivel legal, pues responden a una decisión de política represiva, como es la aplicación de las reglas de absorción, absorción agravada o de exasperación. Por lo tanto, el planteamiento que se puede hacer se encuentra sujeto a limitaciones que son insoslayable ante la falta de normas positivas.

a) *La acumulación de sanciones como regla general*

La potestad sancionadora de la Administración está dominada por el principio de legalidad, como sucede con todas las formas de actuar y el ejercicio de sus atribuciones por parte de los órganos del Estado. Esta legalidad se expresa en varios aspectos: i) la determinación de los ilícitos administrativos; ii) la atribución de la potestad sancionadora la Administración; ii) la

⁹⁸ En *Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017), el voto de minoría afirma que: “[...] la autoridad Administrativa, al imponer una sanción por infringir el artículo 11 letra a) de la Ley N° 18.902 y otra por infringir la letra b) de la referida disposición, no ha vulnerado el principio del non bis in ídem, pues el bien jurídico protegido es distinto, según se analizó, por lo que la supuesta unidad de hecho, es irrelevante”.

⁹⁹ *Empresa de Transportes Rurales Ltda con Inspección del Trabajo de Antofagasta* (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 de noviembre de 2016. Rol N° 172-2016, considerando 6°.

¹⁰⁰ *Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017), considerando 7° de la sentencia de reemplazo.

determinación de la sanción, y ii) el procedimiento para hacerla efectiva. En principio, cada uno de estos aspectos están sujetos a la determinación legal (potestades regladas), no obstante, es posible que el legislador pueda otorgar un mayor margen de discrecionalidad a la Administración para iniciar el procedimiento, instruirlo o aplicar una sanción. Sin embargo, mientras aquello no ocurra, el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado, por lo que, ante la comisión de una infracción, necesariamente se debe iniciar un procedimiento administrativo y aplicar una sanción. Dicho, en otros términos, dado el supuesto de hecho (conducta constitutiva de infracción), la Administración tiene el deber de sancionar. Así, todo hecho constitutivo de infracción debe tener una sanción correlativa, salvo que la ley establezca reglas especiales para resolver un concurso infraccional. De esta forma, en caso de concurso real de infracciones, procede la acumulación aritmética de sanciones, esto es, por cada infracción se deberá aplicar una sanción de manera independiente.

Esta regla también resulta aplicable al concurso ideal infraccional. Este problema se ha vinculado estrechamente unido al principio *non bis in ídem*, aunque con soluciones diversas. En efecto, en el caso en que una conducta pueda ser sancionadas más de una vez sobre la base de los mismos fundamentos (identidad de hecho y de fundamento), es plenamente aplicable el principio de prohibición de doble valoración o *non bis in ídem*¹⁰¹. Sin embargo, cuando se produce la afectación de bienes jurídicos diversos, la cuestión cambia drásticamente, pues no existe una plena identidad y esta prohibición no resultaría aplicable. En el Derecho penal se ha optado en estos supuestos por dar un tratamiento más benigno, considerando que se trata de la realización de una sola conducta. Por tal razón, el Código Penal chileno establece que se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave (inciso 2° del artículo 75).

Por su parte, la ausencia de una norma en el ámbito administrativo ha llevado a un tratamiento diverso del concurso ideal infraccional en Chile, optando por la acumulación aritmética de sanciones. Así se desprende de algunas normas que regulan la materia, como sucede en los temas ambientales, al disponer que "*En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*" (artículo 60 inciso 2° LOSMA). Como se puede apreciar, esta disposición hace la aplicación del principio *non bis in ídem*, el cual exige identidad de persona (infractor), de hecho (infracción) y de fundamentos (bien jurídico). Sin embargo, y como hemos señalado, también se desprende una conclusión que se proyecta al concurso ideal de infracciones, puesto que ante la ausencia de igual fundamento (solo hay identidad de infractor y, de hecho), no resulta aplicable dicha norma y, por tanto, se acumulan de forma aritmética ambas sanciones.

¹⁰¹ GÓMEZ 2017, 115.

Esta interpretación es la que ha seguido mayoritariamente nuestra jurisprudencia, como se ha visto en varias de las sentencias analizadas¹⁰², aunque hay casos en que se ha aplicado la regla de absorción agravada, aunque sin fundamento positivo que lo respalde¹⁰³. En todo caso, también nos encontramos con un problema de carácter procedimental, pues no existe una regulación general respecto procedimientos sancionadores paralelos o sucesivos que pueden llevar adelante diversos órganos administrativos respecto de un mismo hecho infraccional y la forma de establecer instancias de prevalencia o coordinación, salvo excepciones¹⁰⁴.

En nuestra opinión, estamos ante una solución que no resulta del todo adecuada y exige necesariamente una revisión que permita aplicar un criterio similar al previsto en la legislación penal, pues los fundamentos de dicha regla no difieren en lo absoluto de lo que ocurre en materia de infracciones administrativas. Por tal razón, pensar en aplicar el artículo 75 del Código Penal por analogía *in melior*, como propone Alejandro Nieto¹⁰⁵, parece algo del todo razonable, inclinándonos por la sanción asignada a la infracción más grave, que es la que mejor responde al marco constitucional y, particularmente, al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra jurisprudencia¹⁰⁶.

¹⁰² Verdenova S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (2016), considerandos 8° y 9°; Procesadora Insuban Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (2017), considerando 8°; Constructora Nueva Tarapacá S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (2018), considerando 2°, Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación (2015).

¹⁰³ Así, se ha señalado que “[...] si la multiplicidad o reiteración de conductas reprochables, por ser de diferente naturaleza, conducen a diferentes infracciones, se configuraría un concurso ideal en el que la infracción más grave absorbería o subsumiría a las de menor entidad [...] La circunstancia, entonces, que exista esta comunicabilidad de hechos que hayan contravenido distintas normas [...] configura un concurso ideal de infracciones, y habiendo una más grave que puede absorber o subsumir a la de menor entidad, solo la mayor puede aplicarse, razón por la que esta Corte procederá a acoger la reclamación en esta parte”. Mauricio Orleans Cuadra con Superintendencia de Seguridad Social (2018). En un sentido similar se pronuncia la Corte Suprema en Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios (2017), considerando 7° de la sentencia de reemplazo, aunque el caso tienen los elementos de un concurso aparente de leyes y no de un concurso ideal.

¹⁰⁴ Así sucede con el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente contenida en la Ley N° 20.417, la cual dispone que: “Iniciado un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Superintendencia no podrá ningún organismo sectorial con competencia ambiental, por los mismos hechos, iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de competencias propias o denunciarlos a la justicia civil, a menos que la Superintendencia se declare incompetente. Los organismos sectoriales con competencia ambiental que, en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia. En caso de que alguno de estos organismos iniciare un procedimiento respecto de materias que son competencia de la Superintendencia, ésta, de oficio o a petición de interesado, podrá solicitarle que se declare incompetente y le remita todos los antecedentes para iniciar el procedimiento respectivo”.

¹⁰⁵ NIETO 2011, p. 132.

¹⁰⁶ La Contraloría ha hecho uso constante de este principio en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, como en los dictámenes Nos. 4.767 y 65.855, de 2012. El Tribunal Constitucional ha aplicado este principio en general en Honorable Cámara de Diputados (1995), considerando 47°; y Honorable Cámara de Diputados (1998), considerando 21°. En relación con las sanciones admi-

b) *Las excepciones a la acumulación de sanciones*

i. *La unidad de sanción*

La excepción a la regla general de la acumulación de sanciones son aquellos casos en que existiendo pluralidad de hechos infraccionales, se produce la unificación de todos en uno solo, como sucede con el concurso medial y en las infracciones continuas, como acabamos de ver. En ambos casos estamos ante un concurso real de infracciones, pero en el primero se produce la absorción de la conducta infraccional que constituye un medio para cometer otra infracción de mayor gravedad; mientras que el segundo hay pluralidad de hechos infraccionales cometidos en el tiempo, pero que en razón de existir una identidad de propósito a partir de un plan preconcebido o aprovechando una determinada ocasión, se entiende que constituye una sola infracción.

Distinta es la situación en donde existe unidad jurídica acción, ya que, a pesar de existir pluralidad de acciones u omisiones (infracciones complejas, permanentes, de pluralidad de acciones y con tipos reforzados), no estamos ante un concurso real de infracciones, sino que ante un solo hecho infraccional.

ii. *La imposibilidad de ejecución de las sanciones*

Otra excepción a la acumulación de sanciones la constituye la imposibilidad de ejecución de alguna de ellas, como consecuencia de la imposición previa de otra. En efecto, si bien la autoridad puede imponer varias sanciones, es posible que en ciertos supuestos no sea factible ejecutarlas todas, sea de manera simultánea y/o sucesiva. Así, si dos infracciones son sancionadas con la revocación de una autorización de funcionamiento y otra con la clausura del establecimiento, solo una de ellas podrá ejecutarse, quedando la otra subsumida en la aplicación de la primera. En este caso no existe una figura concursal de unidad de sanción frente a una pluralidad de infracciones, sino que simplemente la primera de las sanciones impuestas cumplió los objetivos que perseguían todas las demás.

Conclusiones

En el Derecho chileno la inexistencia de una norma general que regule con carácter supletorio el ejercicio de los poderes represivos de los órganos administrativos plantea la interrogante respecto de las normas que deben ser observadas en caso de vacíos en las regulaciones sectoriales respectivas, como ocurre en el caso del concurso infraccional. Si bien las soluciones contempladas en la legislación comparada pueden resultar de interés, nuestra jurisprudencia no ha entregado una base estable y segura para resolver las figuras concursales en el ámbito administrativo sancionador. En primer término, no hay en sus pronunciamientos una clara distinción entre el principio

nistrativas en particular, se puede ver *María Angélica Sánchez Vogel y otros* (2010), considerando 14°. La Corte Suprema también sigue este principio, como en *Gasco GLP s.a. contra Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2017), considerando 10°.

non bis in ídem, el concurso aparente de leyes penales y el concurso ideal infraccional. A su vez, los criterios para determinar la sanción tampoco son satisfactorios, sobre todo ante la falta de regulación de la materia y la posibilidad de respetar el principio de proporcionalidad.

En tal sentido, la conclusión de este trabajo es que en Chile el concurso infraccional da lugar a una *acumulación de sanciones*. Sin embargo, una regla tan rigurosa se puede matizar bajo determinados supuestos en los que se puede aplicar *una sanción*, como sucede en los casos de pluralidad de acciones, pero de un solo hecho infraccional, como ocurre con el concurso medial y las infracciones continuas. Además, parece razonable aplicar en el caso del concurso ideal una regla de absorción a la sanción de la infracción más grave, no solo teniendo como referencia la legislación penal, sino también el principio de proporcionalidad reconocido a nivel constitucional.

En todo caso, constituye un paso previo analizar la forma de establecer una regla de coordinación o prevalencia frente a procedimientos administrativos sancionadores paralelos o sucesivos, especialmente cuando son instruidos por dos o más órganos administrativos.

En definitiva, si bien las deficiencias regulatorias no permiten ser superadas por la aplicación del principio *non bis in ídem*, es posible establecer criterios para atenuar la regla de la acumulación matemática de sanciones administrativas. En todo caso, el problema exige una revisión a nivel legislativo que no solo sea una mera proyección de las soluciones que se han dado en el ámbito penal, sino que considere el sentido y función que se asigna a las sanciones administrativas en el marco de los deberes que debe cumplir la Administración del Estado.

Bibliografía citada

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2010). Principio *non bis in ídem*. En: LOZANO CUTANDA, Blanca [dir.], *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid, Iustel, pp. 762-779.
- ARCE AGGEO, Miguel Ángel (1996). *Concurso de delitos en materia penal*. Buenos Aires, Editorial Universidad.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1987). Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182, pp. 71-81.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1991): Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992), en: *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 50, pp. 173-195.
- BACA ONETO, Víctor (2011). La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuada", en *Derecho y Sociedad*, N° 37, pp. 265-266.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). Reglas para la imposición de sanciones ambientales, en ARANCIBIA, Jaime y JAÑA, Juan Pablo [coords.], *Sanciones Administrativas*. Santiago, Legal Publishing, pp. 609-632.
- CANO CAMPOS, Tomás (2001). *Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, N° 156, pp. 191-250.
- CANO CAMPOS, Tomás (2010). Medio ambiente, potestad sancionadora. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (dir.), *Diccionario de sanciones administrativa*. Madrid, Iustel, pp. 556-578.

- CORDERO, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N 1º 1, pp. 79-103.
- CORDERO, Eduardo (2014). Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador, en ARANCIBIA, Jaime y JAÑA, Juan Pablo [coords.], *Sanciones Administrativas*. Santiago, Legal Publishing, pp. 189-215.
- CURY, Enrique (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 812 pp.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles (2001). Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 112, pp. 556-557.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (1998). Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem", Barcelona, Bosch.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1.502 pp.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 414 pp.
- GEERDS, Friedrich (1961). *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann und Co., Hamburg.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2017). "El non bis in idem en el Derecho Administrativo sancionador. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLIX, pp. 101-138.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo (2013). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Pamplona, Thomson Reuters, 3ª edición, 1.070 pp.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo (2017). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª edición, 1.011 pp.
- HUNEES, Jorge (1891). *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Cervantes.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, N° Extra 1, pp. 207-257.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas, en *Política criminal*, vol.12, n.24, pp. 622-689.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando (2014). Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 27, N° 2, pp.147-167.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2015). "Delito continuado y concurso de delitos", en *Revista de Derecho, Valdivia*, vol. 28 N° 2, pp. 193-226.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2000). La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). *Ius et Praxis*, Año 6, N° 2, pp. 357-400.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2002). La teoría del concurso aparente de leyes y el "resurgimiento" de la ley en principio desplazada, en *Revista de Derecho, Coquimbo*, N° 9, pp. 27-68.
- MIR PUIG, Santiago (2010). *Derecho penal. Parte General*. 8ª ed. 3ª reimp. Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2010.
- MITSCH, Wolfgang (1995). *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Berlin, Springer, 1995.
- NIETO, Alejandro (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecnos, 4ª edición, 592 pp.
- NIETO, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecnos (5ª edición), 612 pp.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de Derecho Penal chileno* 3º ed. T. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, I, 585 pp.
- NOVOA, Eduardo (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T II, 3ª edición, 477 pp.

- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2013). La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie, en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXVI, N° 2 pp. 167-188.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, 878 pp.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2003). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 616 pp.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2017). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Madrid, Santillana.
- REBOLLO PUIG, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMIJO, Antonio, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid, Lex Nova, 1050 pp.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1989). *Potestad Sancionadora*, Alimentación y Salud Pública, Madrid, INAP.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987). Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. *Revista de Derecho*, Valparaíso N° 11, pp. 117 y 163.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2008). Derecho Administrativo Sancionador: Ser o no ser. He ahí el dilema, en: Pantoja Bauzá, Rolando (coord.). *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp.107-136.
- ROXIN, Claus (2014). *Derecho Penal. Parte General. T. II*, Madrid, Civitas.
- SANZ MORÁN, Ángel José (1986). *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*. Valladolid, Universidad, Secretariado de Publicaciones.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1979/1980). Derecho administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la administración, en *Boletín de Investigaciones*, Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N°s 44-45, pp. 95-103.
- VALLEJO, Rodrigo y GUILLOFF, Matías (2013). Ni juez, ni parte: La competencia sancionadora de la administración y la metodología del derecho administrativo, en *X Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*.
- VAN WEEZEL, Alex (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo, en *Política Criminal*, vol.12, N° 24, pp.997-1043.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 11, N° 2, pp. 137-147.

Jurisprudencia citada

- Administradora de Naves Humboldt Limitada con Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso* (2018): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 de enero de 2018. Rol N° 702-2017.
- Aguas Araucanía S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía* (2018): Corte Suprema, Tercera Sala, 26 de febrero de 2018. Rol N° 12.262-2017.
- Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, Tercera Sala, 25 de septiembre de 2017. Rol N° 100.752-2016.
- Aguas Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2017): Corte Suprema, Tercera Sala, 3 de agosto de 2017. Rol N° 88.935-2016.
- Concremag S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Magallanes* (2015): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 12 de enero de 2016. Rol N° 90-2015.
- Constructora Nueva Tarapacá S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de febrero de 2018. Rol N° 7681-2017.
- Corporación Municipal de Educación Salud Cultura y Atención al menor de Quilpué con Superintendencia de Educación* (2019): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de marzo de 2019. Rol N° 60-2018.
- Empresa de Transportes Rurales Ltda. con Inspección del Trabajo de Antofagasta* (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 18 noviembre 2016. Rol N° 172-2016.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. c. Superintendencia del Medio Ambiente* (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 27 de marzo de 2015. Rol N° R6-2014.

- Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, 5 octubre 2016. Rol I-9-2016
- Esteban Guic y Compañía Ltda. con Inspección Provincial del Trabajo Coyhaique* (2017): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 28 marzo 2017. Rol N° 5-2017
- Farmacias Cruz Verde S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de mayo de 2016. Rol N° 112-2016.
- Farmacias Cruz Verde S.A. con Inspección Provincial del Trabajo* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9 de febrero de 2016. Rol N° 491-2015.
- FASA Chile S.A. con Inspección Provincial del Trabajo* (2015): Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de noviembre de 2015. Rol N° 223-2015.
- Fisco con Dorr Zegers y otros* (2014): Corte Suprema, 30 de octubre de 2014. Rol N° 1079-2014 (casación).
- GasAtacama Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2020): Corte Suprema, Tercera Sala, 15 de enero de 2020. Rol N° 14.991-2019.
- Gasco GLP S.A. contra Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2017): Corte Suprema, Tercera Sala, 14 de marzo de 2017. Rol N° 68.723-2016.
- Honorable Cámara de Diputados* (1998): Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 1998 (Requerimiento de un grupo de Diputados acerca del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.) Rol N° 280.
- Honorable Cámara de Diputados* (1995): Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 1995 (Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del artículo 1°, inciso tercero; artículo 9°, inciso primero; artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo") Rol N° 226.
- Honorable Cámara de Diputados* (2017). Tribunal Constitucional, 26 de diciembre de 2017 (control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones) Rol N° 3.958-17.
- Honorable Cámara de Diputados* (2018). Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018 (control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores) Rol N° 4.012-17.
- Inspección Comunal del Trabajo con Faenadora San Vicente Ltda.* (2009): Corte Suprema, 24 de marzo de 2009. Rol N° 196-09.
- Instituto Alemán de Puerto Montt con Inspección del Trabajo de Puerto Montt* (2016): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de febrero de 2016. Rol N° 183-2015.
- Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación* (2015): Corte Suprema, Tercera Sala, 17 de febrero de 2015. Rol N° 1825-2015.
- Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación* (2015): Corte Suprema, Tercera Sala, 25 de mayo de 2015. Rol N° 1823-2015.
- María Angélica Sánchez Vogel y otros* (2010): Tribunal Constitucional, 26 de octubre de 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 - 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago) Rol N° 1.518.
- Mauricio Orleans Cuadra con Superintendencia de Seguridad Social* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 2018. Rol N° 6537-2016.
- Minera Esparta Limitada (ex Minera Española Chile Limitada) con Superintendencia del Medio Ambiente* (2015): Segundo Tribunal Ambiental, 8 septiembre 2015. Rol C N° 04-2015.
- Ministerio de Interior con Silva Valdes y otros* (2013): Corte suprema, 4 octubre 2013. Rol N° 8278-2013.
- Procesadora Insuban Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2017): Corte Suprema, Tercera Sala, 25 de julio de 2017. Rol N° 100722-2016.

- Rendic Hermanos S.A. con Dirección del Trabajo* (2020): Corte de Apelaciones de Valdivia, 16 de marzo de 2020. Rol N° 18-2020.
- Rubén Cruz Pérez y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2013). Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 3 marzo 2014. Rol N° 6-2013.
- Sociedad Almondale Valle SpA con Superintendencia de Educación* (2018): Corte Suprema, Tercera Sala, 29 de mayo de 2018. Rol N° 45.644-2017.
- Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente* (2014). Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, 12 de septiembre de 2014. Rol N° 23-2013.
- Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada con Comisión Regional del Medio Ambiente de Arica y Parinacota* (2018). Corte Suprema, Tercera Sala, 23 de abril de 2018. Rol N° 21.651-2017.
- Sociedad Patricio Otero y Compañía Limitada con Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de noviembre de 2016. Rol N° 466-2016.
- Verdenova S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana* (2016): Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 43.460-2016.
- VTR Wireless S.A. con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de diciembre de 2014. Rol N° 6670-2014.

La consulta pública previa a la expedición de reglamentos y el principio de transparencia: su conexión con una concepción deliberativa de la democracia

Public consultation prior to the issuance of regulations and the transparency principle: its connection with a deliberative conception of democracy

Cristian Andrés Díaz Díez*
Alejandro Gómez Velázquez**

El presente artículo aborda la relación entre el principio de transparencia y la democracia deliberativa en el ámbito de la administración pública. En una primera parte se exponen las diferentes nociones de legitimidad y la conveniencia de aplicar los principios de transparencia y democratización deliberativa a la función administrativa. Al respecto, se sostendrá que el principio de transparencia constituye uno de los presupuestos para una concepción deliberativa de la democracia y la administración pública. En una segunda parte, se analizará, a la

This article addresses the relationship between the principle of transparency and deliberative democracy in the field of public administration. In a first part, the different notions of legitimacy and the convenience of applying the principles of transparency and deliberative democratization to the administrative functions are exposed. In this regard, it will be argued that the principle of transparency constitutes one of the prerequisite for a deliberative conception of democracy and public administration. In a second

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Medellín, Colombia. Correo electrónico: cdiazdi@eafit.edu.co. El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado "Naturaleza y forma de garantía de la transparencia en el ejercicio de la función administrativa en Colombia", aprobado dentro de la convocatoria de proyectos con financiación interna, 2018, de la Universidad EAFIT, en el que el autor es investigador responsable.

** Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Medellín, Colombia. Correo electrónico: agomezv1@eafit.edu.co

Artículo recibido el 21 de enero de 2020 y aceptado el 18 de mayo de 2020.

luz de este marco teórico, el procedimiento de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos que creó el artículo 8.8 del CPACA y que reglamentó el Decreto 270 de 2017. Allí se sostendrá que, para que dicho procedimiento sea un efectivo mecanismo de participación y deliberación democrática es necesario proponer algunas interpretaciones sistemáticas de *lege lata* a los vacíos dejados por la reglamentación existente.

Palabras clave: Democracia deliberativa, Transparencia, Participación, Consulta Pública, Reglamentos.

part, on the light of this theoretical framework, the procedure of previous and public consultation for administrative rulemaking created by article 8.8 of the CPACA and regulated by Decree 270 of 2017 will be analyzed. It will be argued that the existing regulation of this procedure left some gaps that might be filled with some systematic interpretations to guarantee it democratic and deliberative effectiveness.

Keywords: Deliberative democracy, Transparency, Participation, Public Consultation, Regulation.

Introducción

En los últimos años ha cobrado cada vez más fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano la idea de que la legitimidad –esto es, el grado de justificación o aceptación de las decisiones de los órganos del Estado–, no depende tanto del sujeto que personifica la autoridad, como del contenido de la resolución y de la forma como se ha llegado a ella, es decir, del procedimiento que se ha adelantado para decidir. Procedimiento y contenido de la decisión se encuentran, pues, íntimamente vinculados y, juntos, determinan la admisibilidad popular de la decisión en las democracias contemporáneas. El presente artículo pretende dar cuenta de una manifestación de esta nueva manera de concebir el ejercicio del poder y el papel de los ciudadanos, mostrando cómo la consulta previa –mecanismo que debe anteceder la expedición de reglamentos en Colombia– se erige como una novedosa institución normativa que contribuye a hacer efectivo el principio de transparencia en el ejercicio de la función administrativa por parte del Estado, al igual que a la democracia deliberativa.

Para cumplir esta finalidad, se explicará, en primer lugar, la transformación que ha experimentado el Estado desde hace varias décadas, en cuanto a sus funciones y al derecho que lo rige. En ambos planos, se pretende exponer cómo, luego de la revolución francesa –acontecimiento que también inspiró la construcción de nuestro modelo republicano–, durante los siglos XVIII, XIX y parte del XX, el régimen jurídico aplicable a la Administración –o sea, a las autoridades que ejercen la función administrativa al interior del Estado– fue marcadamente un Derecho protector de las prerrogativas de aquella, pero, de igual manera, cómo desde finales del siglo XX y sobre todo en las últimas dos décadas se ha venido redefiniendo el sentido de la actuación del Estado y de los enunciados normativos que lo vinculan. Sin duda, el reconocimiento del modelo de Estado social y democrático de Derecho, así como la consagración del principio de supremacía constitucional en la Constitución

Política de 1991, han resultado decisivos en la reconfiguración de la función de las autoridades, porque a partir de dichos conceptos puede afirmarse que el Estado se legitima democráticamente en la medida en que garantiza los principios y derechos previstos en la Constitución, que se sitúa como norma de normas y de aplicación directa.

De ahí que, en segundo lugar, sea necesario plantear los rasgos del nuevo modelo de legitimación de las autoridades, es decir, del modelo democrático que ha comenzado a sustituir al viejo modelo, que, si bien durante gran parte de la historia también aplicó un esquema democrático, se basó en el postulado de la democracia representativa, y a partir de él justificaba la actuación de las autoridades en su origen, o sea, en haber sido elegidas por el pueblo o, en su defecto, nominadas por la autoridad que gozaba de la investidura democrática. El nuevo modelo, que se busca caracterizar en esta oportunidad y que encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991, postula la legitimidad democrática de la actuación de los órganos del Estado, más que en el origen popular de los sujetos que entrañan la autoridad, en el procedimiento que se debe surtir para tomar las decisiones –leyes, providencias judiciales, actos administrativos, etc.– y en el contenido de estas. Forma y contenido de las decisiones se convierten así en dos eslabones que deben permanecer unidos, como parámetros de legitimidad democrática.

La preocupación por la forma, es decir, por el cumplimiento de los requisitos (etapas, quórum, términos, etc.) de la decisión se halla en el centro de una visión deliberativa de la democracia; mientras que la consideración del contenido de la decisión (adecuación de su objeto o materia al conjunto de disposiciones normativas superiores, entre ellas la Constitución) se encuentra en el núcleo de una visión sustancial de la democracia. Ahora bien, como lo que se busca con este artículo es argumentar en qué medida la consulta previa a la expedición de reglamentos en Colombia es un instrumento que garantiza la transparencia, se hará un mayor énfasis en la teoría de la democracia deliberativa, con el objeto de indicar por qué una mayor participación activa de la ciudadanía en la etapa previa a la expedición de los reglamentos permite una mayor aceptación de estos.

En tercer lugar, se analizará la recepción en Colombia de los debates por la democracia deliberativa y la transparencia de la función administrativa, haciendo un particular énfasis en los cambios que al respecto trajo la Constitución de 1991 y en cómo se han desarrollado legalmente muchos de sus principios. En cuarto lugar, se analizará el contenido del mandato contenido en el artículo 8, numeral 8 de la Ley N° 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), así como su materialización en el Decreto N° 270 de 2017, “Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto N° 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación”. Ello, con el objetivo

de hacer un estudio de caso sobre la consulta previa a la expedición de reglamentos, en tanto mecanismo que contribuye a la formación de opinión pública en una concepción deliberativa de la democracia, visión que presupone la transparencia de los procesos comunicativos de la Administración con los ciudadanos.

I. La legitimidad de origen y el ejercicio de la autoridad como rasgos clásicos de la función y del régimen jurídico de la Administración

Con la implementación del Estado de Derecho, la concepción de la titularidad y la forma de ejercicio del poder público se transformó, transitándose de un criterio de legitimidad personalista –según el cual la soberanía residía en el príncipe– y de un ejercicio absoluto del poder por parte de aquel, a un modelo que, acogiendo las ideas del liberalismo político, pasó a fundamentar el origen de la soberanía en el pueblo y a considerar que las funciones del Estado debían realizarse por varios órganos, en aplicación del principio de separación del poder público. Así mismo, el establecimiento del sistema liberal, que nutrió la primera manifestación histórica del Estado de Derecho, comportó el reconocimiento de unos derechos naturales de los individuos, que representarían límites a la actuación de las autoridades, al igual que un sistema de controles que permitiera mantener encauzado el ejercicio del poder.

Sin embargo, el giro del Estado absolutista hacia el Estado de Derecho –Estado liberal clásico, según su primera expresión– no eliminó la fuerza, es decir, la prerrogativa, en tanto manifestación del poder estatal, pues, como lo reconoce Duguit¹, mucho tiempo después se conservó el criterio del poder público concretado en la potestad, como elemento de legitimidad de las autoridades y fundamento del Derecho público, siendo sustituido solo en el siglo XX por el concepto de servicio público. No obstante, puede afirmarse que, incluso con la introducción del servicio público, como razón de ser de la actuación del Estado, en la medida en que a través de él se materializan las necesidades de interés general, y a pesar de que el Estado social de Derecho ha implicado un papel más activo de las autoridades –especialmente de la Administración– en la concreción de oportunidades reales de acceso a los bienes y servicios básicos que ofrece el mercado a través de técnicas como la regulación y la prestación directa de los mismos por parte del Estado en ciertos supuestos, el ejercicio de la prerrogativa pública continúa presente como elemento distintivo de las autoridades, pues la verticalidad y la unilateralidad siguen siendo caracteres de los órganos que ejercen el poder.

Pero, ¿qué justifica el ejercicio de dicho poder coactivo por parte de los órganos del Estado? En otras palabras ¿qué legitima su titularidad y ejecución? Si por legitimidad se entiende el grado de aceptación social de los actos emanados de las autoridades², indiscutiblemente, la respuesta a dichos

¹ DUGUIT 1975, 27.

² MONSALVE 2004, 18-38.

interrogantes depende del sistema político vigente. No es igual referirse a la legitimidad en un sistema autocrático que en uno democrático, y en este último, depende de la concepción –formal o sustancial– o del modelo –directa o representativa– de la democracia que se acoja. Lo cierto es que, en el modelo democrático republicano, adoptado en los Estados occidentales durante finales del siglo XVIII, el XIX y parte del XX, la legitimidad se basó más en el origen que en el ejercicio de la función pública o en el resultado o contenido de los actos del gobernante³. Al estar fundamentada, preponderantemente en el origen, esto justificaba *a priori* el ejercicio de la fuerza por parte de autoridades elegidas en forma directa o indirecta por el pueblo, sin que, al respecto, revistiera mucho interés la forma como se adoptaban las decisiones ni el contenido de estas.

Lo anterior explica por qué, en sus orígenes, el régimen jurídico aplicable a la Administración (es decir, el Derecho administrativo), se estructuró como un modelo protector de las prerrogativas del Estado, pues, como un rezago del Estado de policía, propio del modelo absolutista de ejercicio del poder público, el paradigma sobre el que se construyó el régimen jurídico-administrativo fue el de una relación vertical entre la Administración y los individuos, en la cual la primera ostentaba una serie de poderes (potestades exorbitantes) derogatorias del Derecho común –es decir, que no estaban presentes en las relaciones entre los sujetos de Derecho privado– y los segundos eran destinatarios de dichas prerrogativas, pues estaban sometidos a las autoridades. Este paradigma se conservó incluso en el Estado liberal, no obstante, el reconocimiento de derechos individuales (civiles y políticos) a las personas; es decir, a pesar de que, como lo señala Bobbio⁴, se pasó de una concepción organicista a una concepción individualista de la sociedad, en la cual se empezó a observar al ser humano, más que como destinatario de deberes, como titular de derechos. Sin embargo, aún en este escenario se siguió considerando que los ciudadanos estaban subordinados a las autoridades; lo cual pudiera parecer una negación en sí misma de la nueva idea de legitimación del poder político que en aquel momento se impuso, que fue la de la democracia representativa, en virtud de la cual el poder residía en el pueblo y los representantes lo ejercían en nombre de este, pues era el pueblo quien se los confería.

Sin embargo, incluso en el marco de la democracia representativa, parecía que, cuando los sujetos elegían a sus gobernantes se desprendían de una parte importante de sus libertades o derechos, y se estructuraba una relación vertical que ponía por encima a las autoridades. Por lo tanto, si bien la mayoría de los autores sostiene que el Derecho administrativo surgió en gran medida para limitar el poder del Estado, en realidad nació sobre todo como un régimen que perpetuaba el carácter autoritario del ejercicio del poder político, porque justificaba y regulaba el ejercicio de prerrogativas. De hecho,

³ MARÍN 2008, 45-75.

⁴ BOBBIO 2009, 511-517.

hubo en Francia una escuela que consideraba que la razón de ser del Derecho administrativo era el ejercicio de tales potestades por parte de la Administración, de la cual Hauriou fue uno de sus más insignes exponentes⁵. Gordillo (2013) describe esta realidad, indicando que ha sido propio del Derecho administrativo iberoamericano el que todos los países hayan vivido “períodos de oscurantismo autoritario”, de los cuales permanecen secuelas que no han permitido una democratización completa de la Administración⁶.

En Colombia no hemos estado lejos de esta visión autoritaria de la función administrativa y del Derecho que regula la actuación de las autoridades. De hecho, aún se conservan instituciones que constituyen un rezago del modelo jurídico que se estructuró a partir de la idea de la prerrogativa como criterio fundamental de la actividad administrativa, legitimado en el origen democrático de los mandatarios y autoridades delegatarias. En este sentido, perviven normas y figuras que dan cuenta de ello, como, por ejemplo: el beneficio de la decisión previa (*décision préalable*), la presunción de legalidad del acto administrativo, la teoría del funcionario de facto (y la consecuente suposición de la competencia para la emisión de sus actos), la ejecutoriedad del acto administrativo, la imposibilidad de impugnación de los actos administrativos de trámite, el silencio administrativo negativo, la revocación directa oficiosa de los actos administrativos, la falta de control del contenido de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades discrecionales, el carácter inmotivado de ciertos actos administrativos, como el de libre nombramiento y remoción de empleados públicos, el desbordamiento de la potestad reglamentaria, las reservas al derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, las potestades exorbitantes (o excepcionales) y el carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otros. Ahora bien, con el paso del tiempo esta concepción del ejercicio de la autoridad y del Derecho administrativo se ha ido transformando a partir de un proceso de democratización paulatina, cuyos rasgos se explican a continuación.

II. Transparencia y democratización en el ejercicio de la función administrativa: hacia una concepción deliberativa de la democracia

La visión tradicional de la función administrativa como ejercicio de la autoridad y de un régimen jurídico garante de las prerrogativas de los órganos titulares del poder público, ha venido dando paso a una concepción alternativa que condiciona, preponderantemente, la legitimidad democrática de la actividad del Estado a la adecuación de esta a una idea participativa de la democracia, que complementa la clásica concepción representativa, y a una idea sustancial, que valora la validez material de las decisiones emanadas de los órganos públicos y sobre todo, su aptitud para garantizar los derechos de las personas⁷. El entendimiento clásico de la democracia representativa, con

⁵ RIVERO 1953, 33-37.

⁶ GORDILLO 2013, 25-26.

⁷ FERRAJOLI 2010, 80-82.

arreglo al cual las decisiones se presumían legítimas por la sola circunstancia de provenir de los mandatarios, ya no resulta suficiente, pues si, como señala Touraine⁸, la democracia supone el reconocimiento del otro, las autoridades no pueden considerar que ostentan el monopolio de la razón, para tomar sus decisiones, sin darle la oportunidad al pueblo –diverso por naturaleza– de pronunciarse sobre lo que pretende resolverse. En consecuencia, la democracia representativa o indirecta ha debido complementarse con un enfoque dialógico o deliberativo.

La democracia no demanda solo la consideración del origen popular de la potestad de mandar, sino también del procedimiento para la toma de las decisiones; y es a ello a lo que se refiere Bobbio cuando afirma que “[l]a única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo *qué procedimientos*”⁹. Sobre esta base, el autor reivindica la necesidad de que el pueblo tenga conocimiento acerca de los actos de quienes ejercen el poder en el sistema democrático, rechazando los peligros del secreto, pues la democracia es para Bobbio ante todo “el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública”¹⁰.

Otro de los fundamentos teóricos de la concepción deliberativa de la democracia es la idea de democracia constitucional defendida por Rawls, para quien se trata de una concepción común de la justicia entendida como imparcialidad, en virtud de la cual el sistema político debe garantizar las libertades básicas de las personas (de conciencia, de opinión, de reunión etc.), y, dentro de ellas, el principio de participación. Este se expresa en la posibilidad de incidir en el debate político, es decir, en la capacidad de los ciudadanos de acceder al foro público; para lo cual se requiere que estén informados sobre los asuntos que pueden afectarlos y que puedan incluso proponer modificaciones a los proyectos de decisión¹¹.

Por lo tanto, desde este enfoque dialógico de la democracia, las personas deben tener la posibilidad de participar en el debate público que precede a la expedición de las decisiones que pueden llegar a afectarlas, pues solo de este modo se garantiza la justicia de aquellas. Siguiendo la línea de Rawls, quien, como acaba de mostrarse, acoge una teoría dialógica, Nino también apoya una visión deliberativa de la democracia, argumentando que solo esta tiene la aptitud de transformar las preferencias de las personas de una manera aceptable en términos morales¹², pues “[s]i todos aquellos que

⁸ TOURAINE 2000, 201-203.

⁹ BOBBIO 2001, 24.

¹⁰ BOBBIO 2013, 27.

¹¹ RAWLS 1995, 213.

¹² NINO 1997, 104.

pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”¹³.

Bajo una perspectiva similar, Habermas y Gargarella defienden una concepción deliberativa de la democracia y son, quizá, los más importantes teóricos de este modelo en la actualidad. El primero de ellos argumenta que el Estado debe permitir en el escenario de lo público la discusión por parte de los ciudadanos, de manera que estos tengan igual oportunidad de formarse una opinión pública; lo que supone la existencia de reglas y procedimientos institucionalizados que posibiliten este diálogo, como, por ejemplo, un deber de las autoridades de mantener informada a la sociedad sobre la cosa política, es decir, sobre los asuntos que les incumben. En otros términos, la inclusión de los ciudadanos en los procesos comunicativos resulta esencial para legitimar las decisiones de las autoridades¹⁴. El segundo de los autores afirma, por su parte, que solo de esta manera se logran decisiones imparciales –admitiendo, en tal sentido, la tesis de Rawls–¹⁵.

En efecto, Gargarella expresa cinco razones para mostrar las ventajas de una concepción deliberativa de la democracia. En primer lugar, señala que la deliberación permite que saquemos a la luz los errores que pueden estar presentes en nuestros juicios, de forma que los demás actúen como filtros de nuestros razonamientos, haciéndonos ver las contradicciones lógicas o las consecuencias de nuestros análisis. En segundo término, indica que el diálogo público nos amplía el horizonte, enriqueciendo así los juicios que hacemos, pues muchas veces no admitimos determinados puntos de vista, porque no nos hemos dado la oportunidad de conocerlos. En tercer lugar, sostiene que la deliberación permite eliminar prejuicios o sesgos que a veces tenemos, por el desconocimiento de los fundamentos en los que se apoyan quienes piensan diferente a nosotros, contribuyendo a que nuestras decisiones sean más imparciales. Como cuarto punto, comenta que la deliberación también obliga en ciertos casos a modificar los argumentos propios, para hacerlos compatibles con la forma de pensar de los demás interlocutores, lo que también favorece la imparcialidad de las decisiones. En quinto lugar, agrega que los procesos deliberativos constituyen una oportunidad de educarse a sí mismo, porque son escenarios para conocer las opiniones de los demás y que, en tal medida, fortalecen la vida en sociedad¹⁶.

Así pues, la democracia deliberativa exige que exista una comunicación activa entre el Estado y la sociedad civil en relación con los temas de interés público, para que se generen escenarios de discusión en los que tanto los ciudadanos como las autoridades tengan la oportunidad de conocer puntos

¹³ *Ibíd.*, 166.

¹⁴ HABERMAS 2010, 363-468.

¹⁵ GARGARELLA 2011, 178.

¹⁶ *Ibíd.*, 178-180.

de vista, de intercambiar argumentos y de lograr decisiones más imparciales. Pero, para que dichos procesos dialógicos se realicen adecuadamente se requiere, como lo explica Habermas, que existan disposiciones institucionales en materia de procedimiento, que permitan la formación de la opinión pública. En tal sentido, puede decirse que la garantía del principio de transparencia se erige como presupuesto esencial para la concreción de la democracia deliberativa, pues dicha transparencia permite que los ciudadanos conozcan los asuntos objeto de decisión, la motivación que los soporta, las condiciones de participación y, en general, los temas asociados a la materia sobre la cual pueden pronunciarse. La transparencia es un principio reconocido de tiempo atrás en el Derecho público, que, comúnmente, se asocia a la publicidad o difusión de la información¹⁷. Sin embargo, como sostiene García Macho, se trata de un “concepto poliédrico” o “concepto comodín”, porque puede referirse o bien a la transparencia de la decisión, del procedimiento, del contenido de la norma o de la responsabilidad; o sea, tiene un carácter polisémico¹⁸.

Es complejo determinar con certeza el momento a partir del cual se generó esta demanda masiva de información, pero se destaca el impacto que ha tenido la globalización en la creación de una “sociedad de la información” o “sociedad del conocimiento”, como producto del uso generalizado de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como del fácil acceso al conocimiento, propios del nuevo mundo global. La sociedad de la información ha introducido desafíos novedosos para la Administración, que se ven reflejados no solo en las actividades que desarrolla, sino también en el régimen jurídico preponderante –el Derecho administrativo–. En cuanto a lo primero, la conducta de las autoridades se ha tornado cada vez más pública, por la fuerte exigencia social de una mayor transparencia en la actuación de los sujetos que ejercen el poder. La transparencia se ha construido como un principio que obliga a los órganos del Estado a ejecutar su comportamiento con las puertas abiertas a la sociedad, para permitir que la función pública pueda ser controlada. Así, la transparencia ha llegado a ser reconocida como uno de los elementos constitutivos de la buena administración¹⁹. De esta manera, el régimen jurídico ha debido adaptarse al nuevo contexto. Haciendo eco de ello, la democratización de la actividad administrativa se advierte como un fin que el ordenamiento jurídico colombiano busca promover, tal y como pasa a explicarse.

III. La recepción en Colombia de los debates sobre la democracia deliberativa y la transparencia de la función administrativa

La Constitución de 1991 supuso un cambio de paradigma en la concepción de la democracia en Colombia, pues con ella, se hizo tránsito de

¹⁷ CASSAGNE 2016, 400.

¹⁸ GARCÍA MACHO 2010, 8.

¹⁹ ORTÍZ Y ORDOÑEZ, 2018, 185.

una democracia débil o delegativa, en los términos de O'Donnell²⁰, a una democracia participativa, al menos desde un punto de vista nominal. Así, la Constitución de 1991 abandonó la noción de soberanía nacional, propia de la Constitución de 1886, para adoptar un modelo basado en la soberanía popular, donde la participación ciudadana deberá jugar un papel central. Dichos presupuestos quedaron no solo consagrados ampliamente en la parte dogmática del texto constitucional, sino que su influencia es evidente en importantes instituciones e instrumentos de la parte orgánica de la misma constitución.

Desde el preámbulo, la democracia y la participación aparecen como valores a ser fortalecidos. En la misma línea, el artículo primero constitucional define explícitamente a Colombia como una república democrática, además de participativa²¹. Así mismo, el artículo 40 superior consagra como derecho fundamental la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. En virtud de estas tres dimensiones del derecho a la participación, ha señalado la Corte Constitucional que, “[e]l ciudadano interviene para ordenar, estructurar e integrar el poder político (conformación), para practicar, desplegar o manifestar la titularidad del poder político (ejercicio) y para vigilar, explorar y examinar la gestión de los órganos que expresan institucionalmente el poder político (control)”²².

Sobre el significado de dicho principio– derecho participativo, la Corte Constitucional²³, desde sus primeros pronunciamientos, ha sostenido que este tiene dos características fundamentales. Según la primera, se trata de un principio universal, es decir, la participación compromete variados escenarios, procesos y lugares, tanto públicos como privados. En esta línea, la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y, por tanto, es susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. La segunda característica es que se trata de un principio expansivo, a saber, que ha de ampliarse progresivamente, conquistando nuevos espacios y profundizando permanentemente su alcance y vigencia.

A partir de este concepto universal y expansivo de la participación, se ha considerado que esta no solo se limita al ámbito electoral, ni tampoco al momento de la adopción de decisiones de tipo político, pues dicho concepto de participación le ha servido a la Corte Constitucional para afirmar que el sistema constitucional colombiano adopta un modelo de democracia deliberativa²⁴. Este modelo democrático trasciende la visión procedimental de democracia que la concibe como un simple mecanismo de agregación de intereses, donde prevalece la decisión de la mayoría, en desmedro de las

²⁰ O'DONNELL 1994.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 1.

²² CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL 1994.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL 2004.

minorías²⁵. En su lugar, el modelo propuesto reivindica la importancia de la deliberación y de la justificación pública de las decisiones como un elemento esencial de la legitimidad democrática. Por consiguiente, se adoptan las teorías de la acción comunicativa, se promueve que las decisiones sean debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía, y se exige la efectiva participación de los grupos interesados, incluyendo a las minorías. De esta manera, la participación no solo se limita al momento de adoptar una decisión, sino a los procesos previos a ellos, donde se espera que, a través de un ejercicio de razón práctica, se discuta y se delibere argumentativamente, para, finalmente, adoptar la decisión más adecuada y legítima.

Otro argumento que ha utilizado la Corte Constitucional para afirmar la vigencia del modelo deliberativo de democracia ha sido la relevancia que la Carta le otorga al procedimiento previo a la expedición de las normas jurídicas. En este sentido, debe recordarse que el mismo texto constitucional ha dispuesto como causal de inexecutable de leyes y de actos reformativos de la Constitución a los vicios de procedimiento en su formación²⁶. Teniendo en cuenta esto, la Corte ha "constitucionalizado" varios elementos del procedimiento legislativo, para considerar que su vulneración puede generar la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas en cuestión²⁷. Para justificar su tesis, el alto tribunal ha sostenido que el rigor en el cumplimiento de las fases, requisitos y condiciones del procedimiento legislativo es una garantía de la participación de los implicados a través de sus representantes electos y de una debida deliberación previa a la adopción de la decisión jurídica correspondiente²⁸. En desarrollo de este argumento, aunque no ausente de controversia, el alto tribunal ha llegado a evaluar las circunstancias del debate que han precedido a una reforma constitucional para, incluso, llegar a declararla inexecutable por considerar que estas "afectan seriamente las condiciones necesarias para el adecuado y tranquilo desarrollo del debate [parlamentario]"²⁹.

Sin embargo, llegados a este punto debe recordarse que la relevancia de la participación y de la deliberación no es un asunto que se agote en las instancias políticas tradicionales³⁰. En este sentido, el artículo 2° de la Constitución dispone expresamente como uno de los fines del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan, incluyendo los aspectos de la vida política, económica, cultural y administrativa de la Nación³¹. Precisamente, en cuanto a este último ámbito, el artículo 209 constitucional dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 241.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL 2005.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL 2002.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL 2013.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 2.

generales y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales tienen una clara conexión con el principio participativo y deliberativo que venimos desarrollando³².

De igual forma, la discusión en torno a la relevancia de la transparencia también tiene lugar en el sistema jurídico colombiano. Como punto de partida, podemos constatar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una concepción unívoca de la transparencia. Si bien esta no está expresamente consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política, se le considera un principio de la función administrativa. Sin embargo, las disposiciones normativas que se han encargado de concretar dicho postulado no tienen un contenido común. Así, el artículo 3° (numeral 8°) del CPACA establece que “[e]n virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”. Bajo esta óptica, transparencia significa publicidad en el ejercicio de la función administrativa. Es la misma acepción contenida en la Ley N° 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 3° define la transparencia como el principio que implica la posibilidad de acceder ampliamente a la información pública, salvo las excepciones consagradas en la ley.

Esta ley desarrolla el mandato consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política, según el cual “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Ahora bien, tal como se señaló, la obligación de difundir la información pública que carece de reserva no ha sido la única forma de concebir el principio de transparencia, pues también se advierte un segundo sentido asignado por el ordenamiento jurídico a este postulado: aquel que consiste en la exigencia de probidad o ausencia de corrupción en el ejercicio de la función administrativa. Sobre este segundo significado puede tomarse como ejemplo la regulación que del principio de transparencia se hace en el artículo 24 de la Ley N° 80 de 1993.

Puede afirmarse entonces que en los últimos años se ha afianzado en el ordenamiento jurídico colombiano la idea que uno de los principales elementos del sistema político es el principio de transparencia, entendido, según uno de sus significados, como la posibilidad de acceder a la información de la cual disponen las autoridades³³. En tal medida, se ha configurado la concepción de que uno de los postulados esenciales de un sistema democrático es la mayor publicidad posible y, de manera consecuente, que el ocultamiento de los datos o el secreto, por parte de los órganos que ejercen el poder, constituyen prácticas indeseables, que deben ser desmontadas, si se preten-

³² Ídem, en Art. 209.

³³ DORIA 2018.

den establecer procedimientos acordes con una concepción deliberativa de la democracia.

IV. El origen y desarrollo del procedimiento administrativo de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en Colombia: ¿un procedimiento para la democratización y la transparencia?

Con el objeto de desarrollar algunos de los principios constitucionales mencionados, en el ámbito de la función administrativa, el legislador expidió el CPACA³⁴. Para nuestros efectos, la ley define los principios que la inspiran y que deben servir como parámetros para su interpretación y aplicación de sus disposiciones y, al hacerlo, incluyó expresamente al principio de participación. Al respecto, dispone el Código que en virtud del mismo, “las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”³⁵.

En Colombia este tema no ha sido suficientemente tratado en los manuales de Derecho administrativo³⁶; pues si bien algunos abordan la teoría del acto administrativo y hacen referencia tangencial a los principios que deben orientar el ejercicio de la función administrativa –entre ellos la participación–³⁷, no suelen dedicar parte de su contenido a la forma como la consulta pública previa actúa como mecanismo que potencia la democratización de la actividad administrativa y fortalece el principio de transparencia³⁸. Por tal razón, se justifica formular a continuación algunas observaciones sobre la manera como la consulta pública previa a la expedición de reglamentos se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico.

Dentro de las normas que regulan el ejercicio de la función administrativa, tradicionalmente se ha entendido que una de las instituciones que se orientan más directamente a la protección de la participación, la deliberación y el debido proceso, entre otros postulados, ha sido la del procedimiento administrativo. En este sentido, el procedimiento administrativo ha sido doctrinalmente definido, en su concepción más amplia, como “cualquier actividad de la administración encaminada a la adopción de una decisión, a la aplicación de una medida de otro tipo o a la conclusión de un convenio”³⁹. De esta definición resulta destacable el carácter previo con el que se establece a la toma de una decisión por parte de la administración pública. En este

³⁴ Ley N° 1437, de 2011.

³⁵ Ídem, precisamente Art. 3.6.

³⁶ Al respecto, pueden consultarse los dos manuales de Derecho administrativo con más tradición en Colombia: RODRÍGUEZ 2017; VIDAL y MOLINA 2019.

³⁷ ARENAS 2020, 281-294.

³⁸ Una excepción se encuentra en el “Compendio de Derecho administrativo” de SANTOFIMIO 2017, 499-505, que dedica algunas páginas al análisis de la consulta previa en el procedimiento administrativo, pero sin hacer un estudio profundo de su incidencia en la producción reglamentaria.

³⁹ MAURER 2001, 471.

sentido, tanto el CPACA como el código que lo precedió, regulaban un procedimiento general y subsidiario para la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto. Sin embargo, frente a actos administrativos generales y abstractos no se disponía en el Decreto N° 01 de 1984, ni en el CPACA un procedimiento administrativo común y general. En este sentido, era generalizada la interpretación, según la cual, si no existía un procedimiento legalmente establecido para estos efectos, como se establecía, por ejemplo, para acuerdos municipales, ordenanzas departamentales, entre otros, debía entenderse que dichos actos podían expedirse sin ninguna formalidad previa justificándose, exclusivamente, en el cumplimiento de una competencia constitucional o legal.

Sin embargo, como se ha expuesto en otro lugar⁴⁰, con la expedición del CPACA y de forma algo accidental, se ha venido configurando, a nuestro criterio, una especie de procedimiento común y general para actos administrativos de contenido general y abstracto. Dicho procedimiento se ha creado a luz de una norma que *prima facie* pareciera no tener ni la relación ni el alcance suficiente para ello. Se trata del artículo 8 numeral 8 del CPACA, el cual dispone lo siguiente:

“Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: [...]”

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general⁴¹.

Como puede apreciarse, la norma transcrita se dirige, en principio, a regular la información que deben brindar las entidades públicas, en particular, en su página electrónica. Sin embargo, en el numeral octavo, se precisa que dentro de la información disponible deben constar “los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten”. A continuación, se señala que la finalidad de ello será el de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas y, por último, que cada entidad determinará el plazo para presentar dichas observaciones, de las cuales deberá dejarse “registro público”. Por lo tanto, puede afirmarse al tenor de la norma descrita que todo proyecto de regulación antes de ser expedido por la autoridad competente deberá ser publicado junto con sus fundamentos durante un plazo definido por la misma entidad. Durante dicho plazo se podrán presentar opiniones, su-

⁴⁰ GÓMEZ VELÁSQUEZ 2017.

⁴¹ LEY N° 1437 de 2011, Art. 8.

gerencias o propuestas alternativas por los ciudadanos, de las cuales se dejará registro y deberán ser consideradas por la entidad al momento de adoptar el acto administrativo, que siempre deberá atender al interés general.

Al respecto, debe advertirse que un procedimiento de consulta con la finalidad del reseñado había venido siendo sugerido para Colombia por distintas instancias. Tanto el Banco Mundial⁴², como la OCDE⁴³ han advertido a los Estados, desde hace algún tiempo, sobre la conveniencia de prever mecanismos de consulta previa a la expedición de reglamentos. Precisamente, esta última institución y en el marco del proceso de ingreso de Colombia a la misma había tenido oportunidad de indagar y conceptuar sobre los mecanismos de participación de los que dispone el país⁴⁴. Al respecto, señaló el grupo de expertos de la OCDE que en Colombia no existe homogeneidad en la manera en que se realizan las consultas públicas, lo cual contrasta marcadamente con la experiencia internacional. Por consiguiente, recomendó “[d]esarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública”⁴⁵. En cumplimiento de ello, el Consejo Nacional de Política Económica y Social– CONPES expidió el documento 3816, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, adoptando esta, entre otras de las recomendaciones hechas por la OCE y el Banco Mundial al respecto⁴⁶.

A pesar de lo anterior, tras la promulgación del CPACA no fue mucha la atención que recibió dicha disposición por parte de la rama ejecutiva, sino que fue la judicatura y, en particular, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la especialidad contencioso-administrativa y haciendo una interpretación sistemática y constitucionalizada de la norma, quien ha venido dando el alcance suficiente para crear lo que a nuestros efectos corresponde a un novedoso procedimiento administrativo, público y previo, a la expedición de reglamentos. Tras una serie de fallos de las distintas secciones del alto tribunal⁴⁷, dicha posición jurisprudencial tuvo como hito la emisión del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado identificado con número único 2291 del 14 de septiembre de 2016, con ponencia del consejero Edgar González López.

El mencionado concepto surgió con la consulta elevada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en torno al alcance e interpretación del artículo 8.8 del CPACA y, en particular, sobre el concepto de regulación y sobre la competencia para regular lo allí establecido, los cuales eran asuntos que dejaban importantes interrogantes dentro de los mencionados fallos judiciales. Tras

⁴² ISLAM 2003.

⁴³ OCDE 2012.

⁴⁴ CAMPANELLI ESPINDOA, 2018.

⁴⁵ OCDE 2014, 24.

⁴⁶ CONPES 2014, 16.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, 2016a, 2016b, 2016c.

una amplia contextualización, tanto nacional como comparada del asunto, la Sala de Consulta parte por adoptar como premisa que “la participación ciudadana mejora la calidad de las normas, pues la participación permite a quienes fijan las políticas públicas y expiden las normas recopilar información que no conocen o no tienen disponible, y así, obtener una mayor evidencia de la necesidad de promulgar o no una norma. Asimismo, la participación le permite a la administración percatarse de dificultades, ineficiencia o soluciones que no se hayan tomado en consideración”⁴⁸.

Frente al primero de los interrogantes, la Sala inicia considerando que no existe una definición legal, doctrinal o jurisprudencial única en torno al concepto de regulación. Al respecto, se constata que hay un concepto amplio que lo equipara con el de una norma jurídica y uno más específico que lo identifica con una forma de intervención en la economía dirigida a alcanzar los fines del Estado, mediante la garantía del derecho a la competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. A pesar de que ambas acepciones han sido adoptadas por la jurisprudencia colombiana, la Sala se decanta por el concepto amplio de regulación, concluyendo que por “proyectos específicos de regulación” deberá entenderse “la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia”, es decir, “los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto”⁴⁹. Por lo tanto, dispone el concepto que no solo estarían comprendidos en dicha definición los actos de carácter reglamentario que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 189.11 Constitucional, sino los de todas las entidades administrativas, siempre que el acto a expedirse tenga carácter general y abstracto.

Frente a la competencia para desarrollar los parámetros del procedimiento de consulta, sostiene la Sala que ello no solo se deriva del mencionado artículo 8.8 del CPACA, sino también de los artículos 2° y 209 de la Constitución Política y del artículo 4° de la Ley N° 489 de 1998⁵⁰. En relación con la posibilidad de regular el plazo ordenado por el artículo 8 del CPACA, afirma que este no puede ser fijado directamente por el Presidente de la República, sino que este podrá establecer únicamente los criterios o parámetros que deben tener en consideración las autoridades administrativas para su determinación⁵¹. Por lo tanto, dicha competencia se encuentra radicada, de forma exclusiva, en cada una de las autoridades administrativas, las cuales deben establecer dicho plazo en una norma jurídica, atendiendo a los criterios establecidos para ello por el Presidente de la República.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, 2016d, 59-60.

⁴⁹ *Ibíd.*, 67.

⁵⁰ *Ibíd.*, 66.

⁵¹ *Ibíd.*, 68.

V. El Decreto N° 270 de 2017 y una propuesta interpretativa del proceso de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos en pro de la democratización y de la transparencia de la función administrativa

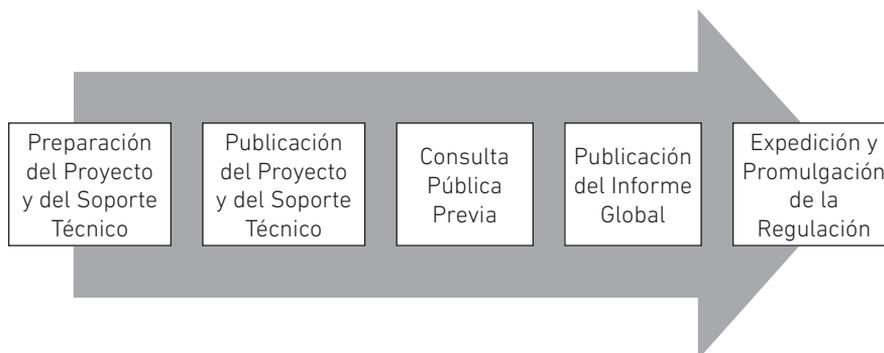
Si bien los conceptos del Consejo de Estado no son de obligatorio cumplimiento, tras la expedición del antes mencionado resulta evidente que el Gobierno se dispuso a darle cumplimiento a lo allí establecido. Al respecto, es necesario advertir que para esa fecha el Gobierno Nacional ya había expedido algunas normas reglamentarias sobre el deber de consulta. Se trata de los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del Decreto N° 1609 de 2015. Sin embargo, como puede constatarse de su contenido, estas disposiciones resultaban poco claras, imprecisas e insuficientes para concretar el deber de consulta que preveía el artículo 8.8 del CPACA en los términos que lo había precisado el Consejo de Estado.

En consecuencia, el Gobierno Nacional procedió a la redacción y expedición de lo que sería luego, el Decreto N° 270 del 14 de febrero de 2017. Formalmente, por medio de este se modifica y se adiciona el Decreto N° 1081 de 2015, que constituye el Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República y reglamenta los artículos 3, 4 y 32 de la Ley 489 de 1998, al igual que los artículos 3 y 8 del CPACA, tal y como puede constatarse en sus considerandos. Sobre el contenido del decreto, sea lo primero señalar que este adopta la definición dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre “proyecto específico de regulación”, al afirmar que por este debe entenderse todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente⁵². En segundo lugar, se establecen como excepciones al deber de consulta pública, las siguientes: (i) cuando se trate de procedimiento militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas; (ii) en los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las leyes N° 1712 de 2014 y N° 1755 de 2015; y (iii) en los demás casos expresamente señalados en la ley.

A continuación, el decreto distingue entre el procedimiento que debe seguirse para la regulación que requiere de la firma del Presidente de la República y la que no. Frente a la primera, es posible identificar un procedimiento administrativo que consta de 5 fases y que se esquematiza en la Ilustración 1. Posterior a ello, se abordarán los principales elementos de las mencionadas fases.

⁵² DECRETO N° 270, 2017. Art. 1°.

Figura 1: Fases del procedimiento para la expedición de reglamentos que requieren la firma del Presidente de la República



Fuente: *Elaboración propia*

Fase 1: Preparación del Proyecto y del Soporte Técnico

En esta fase, el Ministerio o el Departamento Administrativo líder de la regulación deberán preparar el Soporte Técnico de la misma. Este soporte deberá contener como mínimo los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuera el caso⁵³. Adicional a ello, si el proyecto establece o regula un trámite, deberá incluirse la Manifestación de Impacto Regulatorio al que se refiere el artículo 39 del Decreto Ley N° 019 de 2012. Junto con el soporte técnico, se preparará el proyecto de regulación que contendrá el respectivo articulado que se propone. Para ello, se deberán tener en cuenta las directrices generales de técnica normativa para proyectos de decretos y resoluciones que establece el Decreto N° 1081 de 2015 en su artículo 2.1.2.1.1 y siguientes.

Fase 2: Publicación del Proyecto de Regulación y del Soporte Técnico

Tanto el proyecto de regulación como el soporte técnico deberán publicarse en el sitio web del Ministerio o del Departamento Administrativo líder. Dicha publicación deberá hacerse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información y se hará por un plazo de quince (15) días hábiles⁵⁴.

Fase 3: Consulta Pública Previa

Durante la fase de publicación, los ciudadanos o grupos interesados presentarán por vía electrónica, física o presencial opiniones, sugerencias o

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

propuestas alternativas a lo dispuesto en el proyecto de regulación. El plazo para su recepción será el mismo de la publicación, es decir y por regla general, de quince (15) días hábiles.

Fase 4: Publicación del Informe Global

Tras la fase de consulta pública y previa, el Ministerio o Departamento Administrativo líder deberá preparar y publicar el Informe Global⁵⁵. Este se compondrá de dos partes: una primera que incluirá la matriz con el resumen de observaciones y comentarios recibidos en la fase de consulta y, una segunda, con la evaluación por categorías que la entidad líder haga de las observaciones y comentarios recibidos. Este informe deberá permanecer como antecedente normativo de la regulación correspondiente y deberá publicarse igualmente en la sección de Transparencia y Acceso de la Información Pública del sitio web de la entidad.

Fase 5: Expedición y promulgación de la regulación

Publicado el Informe Global, el proyecto y sus antecedentes deberán remitirse a la Secretaría Jurídica de Presidencia para su correspondiente revisión. Una vez esta haya sido favorable, se procederá a la suscripción de la regulación por parte del Presidente de la República y de su refrendación por el ministro del ramo correspondiente para proceder a su promulgación.

Finalmente, en cuanto a los demás proyectos de reglamentos que se dispongan a expedir autoridades del orden nacional pero que no requieran de la firma del Presidente de la República, el procedimiento anterior será análogo, contando con las mismas fases y teniendo solo dos variaciones. En primer lugar, en cuanto a la entidad líder que ya no tendrá que ser un Ministerio o Departamento Administrativo, sino la entidad administrativa correspondiente y/o sus dependencias internas. En segundo lugar, frente al plazo de la consulta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto N° 270 de 2017, cada autoridad determinará los correspondientes períodos, los cuales deberán determinarse “de manera razonable y proporcionada, atendiendo, entre otros criterios, al interés general, al número de artículos, a la naturaleza de los grupos interesados y a la complejidad de la materia regulada”. En efecto, tras la expedición del decreto mencionado han sido significativas las autoridades del orden nacional que han definido dichos plazos a través de sendos actos administrativos, a manera de ejemplo, los Ministerios de Defensa⁵⁶, Transporte⁵⁷ y Minas y Energía⁵⁸. Incluso, en desarrollo de ello, se encuentra en período de pruebas por parte del Departamento Administrativo de Planeación, el Sistema Único de Consulta Pública (Sucop), donde se pretende compilar en un solo

⁵⁵ *Ibíd.*, en su Art. 2.

⁵⁶ RESOLUCIÓN N° 2479, 2017.

⁵⁷ RESOLUCIÓN N° 0994, 2017.

⁵⁸ RESOLUCIÓN N° 1304, 2017.

portal todos los proyectos de regulación que se encuentren sometidos a consulta pública y previa por las entidades del orden nacional⁵⁹.

Del análisis realizado al Decreto N° 270 de 2017 resulta evidente que este constituye un importante avance en la concreción y reglamentación del deber de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos que de forma nebulosa había establecido el artículo 8.8 del CPACA. No obstante, conviene precisar que, si bien la figura de la consulta pública puede considerarse una expresión de la garantía del principio democrático, en tanto fomenta la participación de la sociedad y es un canal deliberativo, el carácter no vinculante de las opiniones y, en general, de las observaciones que realizan las personas cuando se les hace dicha consulta, permite concluir que esta institución normativa se mantiene en el seno de la democracia representativa. Lo anterior, debido a que el acto administrativo es expedido por la autoridad, quien a lo que está obligada es a analizar los comentarios hechos por la ciudadanía al proyecto de regulación, y a emitir una respuesta a los mismos, pero no está obligada a acogerlos, pues goza de discrecionalidad para ello. Se evidencia, entonces, cómo la universalización y la expansión del principio participativo previsto en la Constitución⁶⁰ y en otras disposiciones legales y reglamentarias, no implica en nuestro ordenamiento jurídico, necesariamente, la adopción de un modelo de democracia directa, en el que las decisiones sean tomadas –como su denominación lo expresa– directamente por el pueblo. Hecha esta advertencia, se hace necesario armonizar lo establecido en el Decreto con el marco teórico esbozado, al igual que con el parámetro constitucional que le debe inspirar, ya que de su análisis resultan algunas lagunas normativas que consideramos deben completarse de *lege lata*, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y con el fin de hacer efectivo, dentro del marco constitucional, el derecho a la participación.

En aplicación de dicho marco teórico, el profesor Javier Barnes ha identificado tres condiciones para que pueda predicarse una mayor legitimidad democrática material a través de un procedimiento administrativo⁶¹. En primer lugar, indica que el legislador debe establecer un procedimiento ampliamente participativo que sirva para “rellenar” el contenido material que la ley deja abierto. La segunda condición consiste en que la participación ha de ser suficientemente representativa e inclusiva; y la tercera, que la participación ha de resolverse en una suerte de “conversación” o “diálogo”. Con estas condiciones en mente, procederemos a proponer algunas interpretaciones a los vacíos evidenciados en el mencionado Decreto.

El primero de estos vacíos se refiere a la aplicabilidad del procedimiento establecido en el Decreto N° 270 de 2017 a las demás autoridades administrativas. Para ello, debe recordarse que el decreto en cuestión modificó y

⁵⁹ <https://www.sucop.gov.co/>

⁶⁰ Arts. 2 y 40.

⁶¹ BARNES, 2018.

adicionó disposiciones del Decreto Reglamentario Único de la Presidencia, a saber, el Decreto N° 1081 de 2015, por lo que podría indagarse si este le es igualmente aplicable a entidades diferentes del sector central de la rama ejecutiva del poder público, es decir, a las autoridades del sector descentralizado por servicios de la misma rama ejecutiva, a las entidades descentralizadas territorialmente y/o a los demás órganos autónomos o independientes como el Banco de la República o la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Al respecto, debe recordarse que la norma que este decreto reglamenta, a saber, el artículo 8.8 del CPACA, tiene como ámbito de aplicación “a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado”, según dispone el artículo 2° de la misma ley. Por lo tanto, debe concluirse que el deber de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos se predica, por regla general, de todos los organismos y entidades mencionadas. Por su parte, frente a la aplicación del Decreto N° 270 de 2017 y en ausencia de una ley estatutaria que bien podría regular de forma integral, estructural y completa este asunto, debe afirmarse que, por lo preciso de su alcance, este decreto solo vinculará a las entidades del sector central y descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional. En consecuencia, los demás organismos y entidades obligados a realizar la consulta pública y previa deberán reglamentar, autónomamente, dicho procedimiento para lo cual podrán utilizar como modelo el establecido en el Decreto en cuestión.

La segunda laguna advertida se refiere al tratamiento que deberá dársele a las opiniones, sugerencias o propuestas alternativas que se reciban de los ciudadanos o asociaciones de estos, en relación con los proyectos de regulación y durante el período de consulta. En este punto debe recordarse que el Decreto N° 270 solo señala que estos se recibirán durante el plazo establecido y que, luego, se compilarán y evaluarán por las autoridades en el denominado Informe Global. Al respecto consideramos que para que este sea un verdadero mecanismo que fomente la deliberación y la transparencia, dichas peticiones respetuosas de los ciudadanos se deben considerar como un ejercicio del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 constitucional. En este sentido, se debe aplicar a cada una de ellas lo previsto en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y, por ende, se les debe dar respuesta clara, eficaz, de fondo, congruente y oportuna⁶², en los términos allí establecidos, so pena de hacer procedente la protección de dicho derecho, a través de la acción de tutela.

Finalmente, es necesario referirnos a los efectos jurídicos que se desprendería de no dar cumplimiento al deber legal de consulta pública y previa a la expedición de un reglamento. Al respecto consideramos que dicha

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, 2014.

situación compromete el elemento de validez del cumplimiento de las formalidades sustanciales del acto administrativo y, por su expedición en forma irregular, se incurriría en causal de nulidad en los términos del artículo 137 del CPACA. Este razonamiento, no solo tendría sustento legal en el artículo mencionado, junto con el 46 de la misma norma, sino en el precedente jurisdiccional que al respecto ha establecido el Consejo de Estado.

Conclusiones

El principio de transparencia es un enunciado normativo que, además de constituir un principio rector de la función administrativa, es un presupuesto para la materialización de la democracia deliberativa. Si esta supone un escenario de discusión de los asuntos que pueden llegar a afectar a los ciudadanos, la condición para que dicho proceso dialógico se dé en condiciones de igualdad y para que se logre, en la medida de lo posible, una decisión más imparcial, es que las personas puedan tener acceso a la información acerca de las materias que serán objeto de análisis. En tal medida, puede afirmarse que sin transparencia no puede haber una real y efectiva participación de la sociedad civil en la discusión sobre lo público.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se adoptó un modelo de democracia participativa que irradia todo el ordenamiento. Haciendo eco de ello, la Corte Constitucional, en su calidad de intérprete auténtico de la Constitución, ha sostenido que la participación no debe limitarse al momento de la adopción de decisiones políticas, sino que debe preceder a ellas y expandirse a otros ámbitos como el cultural, el económico y el administrativo. En desarrollo de la participación en este último ámbito es que el Consejo de Estado ha propuesto una interpretación sistemática del artículo 8.8 del CPACA, para sostener que lo allí dispuesto supone el deber de todas las autoridades y entidades administrativas para prever un procedimiento de consulta pública y previa a la expedición de actos regulatorios, entendiendo por estos, a todos actos administrativos de contenido general y abstracto.

Siguiendo con esta propuesta interpretativa, el Gobierno Nacional adoptó recientemente el Decreto N° 270 de 2017, por el cual reglamentó el artículo 8.8 del CPACA, entre otras disposiciones legales. Al hacerlo, el Gobierno diseñó un procedimiento administrativo de consulta que consta de cinco etapas, incluyendo un período de 15 días hábiles para la recepción de observaciones, sugerencias y comentarios por parte de ciudadanos o grupos de interesados. Sin embargo, por el alcance delimitado que prevé el Decreto en cuestión, debe advertirse que este es de aplicación vinculante únicamente para las entidades del sector central y descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional.

Al respecto, consideramos que para que lo establecido en el Decreto N° 270 de 2017 cumpla con la máxima de instituir un adecuado instrumento de participación y deliberación de la ciudadanía con las autoridades y que este esté acorde con los parámetros constitucionales, es necesario proponer

algunas soluciones a tres posibles lagunas que deja el reglamento. En primer lugar, debe recordarse que, si bien este tiene un alcance limitado frente a las instituciones que vincula, los demás organismos administrativos regulados por el CPACA deberán reglamentar sus propios procedimientos con el fin de dar cumplimiento estricto a la obligación de consulta pública y previa que establece el artículo 8.8 de la ley en cuestión. En segundo lugar, los comentarios, sugerencias y demás propuestas ciudadanas que tengan lugar en el marco del procedimiento de consulta deberán ser tratadas legalmente como el ejercicio del derecho de petición en los términos del artículo 23 de la Constitución, de la Ley N° 1755 de 2015 y demás concordantes. Por último, debe advertirse que incumplir con el procedimiento de consulta previa a la expedición de un reglamento constituye la vulneración a una formalidad sustancial del acto administrativo que compromete su validez en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, del recuento y las propuestas realizadas podemos concluir con Santofimio Gamboa que, en los términos del numeral 8 artículo 8° del CPACA, se incorpora en la legislación nacional un interesante procedimiento administrativo de carácter previo a la adopción de decisiones normativas de carácter general, que supone un importante avance en la democracia participativa y la transparencia en materia administrativa⁶³. Ahora, le corresponde a las entidades y organismos administrativos implementar de forma generalizada, rigurosa y efectiva este novedoso mecanismo de consulta pública y previa que, en nuestro sentir, contribuirá significativamente al cambio de paradigma en el ejercicio de la autoridad y del poder público en el ámbito administrativo.

Bibliografía citada

- ARENAS, H. (2020). *Derecho administrativo*. Bogotá, Legis, 524 pp.
- BARNES, J. (2018). Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 77-123.
- BOBBIO, N. (2001). *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 214 pp.
- BOBBIO, N. (2009). *Teoría general de la política*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 784 pp.
- BOBBIO, N. (2013). *Democracia y secreto*. México, Fondo de Cultura Económica, 75 pp.
- CAMPANELLI ESPINDOLA, M. J. (2018). El derecho administrativo tradicional en el Estado post-moderno: globalización, buena administración y supranacionalidad. (El caso OCDE-Colombia). *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 201-2019.
- CASSAGNE, J. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid, Reus, 536 pp.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL - CONPES (2014). Documento CONPES 3816: Mejora Normativa: Análisis de Impacto. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3816.pdf> [Fecha de consulta: 10 abril 2020].
- DORIA, J. (2018). La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 429-450.

⁶³ SANTOFIMIO 2017, 505.

- DUGUIT (1975). *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires, Helias-ta, 536 pp.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2ª ed., 376 pp.
- GARCÍA MACHO, R. (2010). Presentación. En: GARCÍA MACHO, R. [ed.], *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, pp. 7-10.
- GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 297 pp.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, A. (2017). El deber de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en el régimen jurídico colombiano. *Revista Derecho del Estado*, 38, pp. 97-125.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires, Fundación de Derecho administrativo, T 8, 578 pp.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 6ª ed., 696 pp.
- ISLAM, R. (2003). *Do more transparent Government Govern Better?*. Washington, D.C, World Bank, 48 pp.
- MARIN, F. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá, Temis, 41 pp.
- MAURER, H. (2011). *Derecho Administrativo*. Parte general. Madrid, Marcial Pons, 17ª ed., 552 pp.
- MONSALVE, A. (2004). *Soberanía, legitimidad y legitimación. Teorías filosóficas y políticas*. Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 380 pp.
- NINO, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 303 pp.
- O'DONNELL, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), pp. 55-69.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OECD (2014). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*. París, OECD Publishing, 207 pp.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OECD (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. París, OCDE Publishing, 16 pp.
- RAWLS, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 549 pp.
- RIVERO, J. (1953). ¿Existe un criterio de derecho administrativo? En: RODRÍGUEZ, L. (2002). [coord.], *Páginas de Derecho administrativo*. Bogotá, Temis, Universidad del Rosario, 248 pp.
- RODRÍGUEZ, L. (2017). *Derecho administrativo. General y colombiano*. Bogotá, Temis, 20ª ed., 1232 pp.
- SANTOFIMIO, J. (2017). *Compendio de Derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1305 pp.
- TOURAINÉ, A. (2000). *¿Qué es la democracia?*. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 309 pp.
- VIDAL, J. y MOLINA, C. (2019). *Derecho administrativo*. Bogotá, Legis, 15ª ed., 678 pp.

Normas citadas

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011, 18 de enero, 2011. D.O No. 47.956 (Colombia)
- Constitución Política de Colombia [Const.] (20, julio, 1991). [en línea]. Gaceta Constitucional No. 116.
- Decreto N° 01 de 1984 [Con fuerza de ley]. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. 2 de enero, 1984. D O. No. 36.439.

Jurisprudencia citada

- Sentencia C-089/1994. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1190/2001. Corte Constitucional.

- Sentencia C-179/2002. Corte Constitucional
Sentencia C-668/2004. Corte Constitucional.
Sentencia C-1043/2005. Corte Constitucional.
Sentencia C-740/2013. Corte Constitucional.
Sentencia C-951/2014. Corte Constitucional.
Sentencia C-150/2015. Corte Constitucional.
Sentencia del 4 de febrero de 2016. Consejo de Estado (2016a), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P: Guillermo Vargas Ayala., Rad: 11001-0324-000-2010-00329-00.
Auto del 15 de febrero de 2016. Consejo de Estado (2016b), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas., Rad: 11001-03-27-000-2016-00008-00.

¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa?

Is public bidding the ordinary administrative contracting procedure?

Juan Carlos Flores Rivas*

En este trabajo, el autor analiza si la licitación pública es procedimiento administrativo general y obligatorio para celebrar contratos administrativos o la Administración del Estado puede discrecionalmente elegir con quién y cómo contrata, y determinar a su arbitrio el procedimiento de selección del futuro contratista. En este sentido, se estudian los procedimientos de licitación pública, licitación privada y trato directo, con la finalidad de determinar los requisitos y condiciones que les permiten a los órganos públicos elegir el tipo de procedimiento de selección de oferentes.

Palabras clave: Licitación Pública, Licitación privada, Trato directo.

In this work, the author analyzes whether public bidding is a general and compulsory administrative procedure to enter into administrative contracts or the State Administration can discretionally choose who and how it contracts and determine at its discretion the selection procedure of the future contractor. In this sense, the procedures of public bidding, private bidding and direct negotiation are studied, with the finality of determining the requirements and conditions that allow public bodies to choose the type of bid selection procedure.

Keywords: Public Bidding, Private bidding, Direct treatment.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

El año 2001, dos ilustres administrativistas nacionales discutían sobre cuál era el procedimiento administrativo general y obligatorio para

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: jcflores@miuandes.cl.

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación N°11180639, "Recepción del principio de equilibrio económico y financiero en los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de construcción de obra pública y de concesión de obra pública", del que el autor es investigador principal.

Artículo recibido el 27 de noviembre de 2019 y aceptado el 14 de mayo de 2020.

formar la voluntad contractual y celebrar contratos administrativos. La discrepancia dogmática se fundaba en el Dictamen N° 46.532, de 2000, de la Contraloría General de la República, y se discutía si la Administración Pública debía contratar siempre mediante licitación pública y, en consecuencia, solo en casos excepcionales y justificados podía acudir a la licitación privada o a la contratación vía trato directo, o si existía una especie de discrecionalidad en la selección del procedimiento administrativo por razones de eficiencia y eficacia, pudiendo prescindir de la licitación pública y optar libremente por la licitación privada o por el trato directo.

Por una parte, Rolando Pantoja señalaba que el artículo 8 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, modificada por la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa, habilitaba a la Administración del Estado para seleccionar el procedimiento de contratación administrativa sin que existiese un orden predeterminado para la formación de la voluntad contractual, fundado en razones de eficiencia y eficacia ante los mayores costos y desgaste de recursos que involucra la licitación pública¹. Por otra parte, Jorge Precht argumentaba que dicho precepto –artículo 8 bis–, consagraba la idea de la licitación pública como regla general, por cuanto se establecía que la procedencia de la licitación privada y el trato directo solo tendría lugar solo cuando existiese previa resolución fundada que así lo dispusiese².

La inexistencia de una ley general de contratos públicos, como ocurre en otros ordenamiento jurídicos, como el español con la Ley N° 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, o el colombiano con la Ley N° 80, de 1993, sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ha permitido que el artículo 9 de la Ley N° 18.575, adquiera el carácter de norma basal para determinación de los procedimientos administrativos de contratación pública, siendo permanentemente invocado cuando se tratase de contrataciones desprovistas de una norma legal especial.

Sin embargo, dicho precepto es necesario analizarlo a la luz de las leyes especiales que regulan los denominados contratos administrativos típicos, esto es, el contrato de obra pública regulado por el DS N° 75, de 1 de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, el contrato de concesión de obra pública regulado por el DS N° 900, de 18 de diciembre de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y finalmente la Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que consagran reglas especiales sobre los procedimientos administrativos de licitación pública, licitación privada y trato directo, especificando sus causales, procedencia e

¹ PANTOJA 2001, 5.

² PRECHT 2001, 5. En un sentido similar, Aróstica señalaba que el artículo 9 disponía un sistema de prelación de procedimientos. ARÓSTICA 2002, 305.

incluso relegando la licitación pública a supuestos excepcionales, como en el caso de los convenios marcos.

Sin duda con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886 de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, se consagró una regla similar a aquella dispuesta en el artículo 9 de la Ley N° 18.575, describiendo los tres clásicos procedimientos de selección de contratista privado, pero condicionando la procedencia de la licitación pública principalmente a la cuantía del futuro contrato. En efecto, el artículo 5 dispuso expresamente que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa, y que la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° de la misma ley, que se refiere a los casos en los cuales la Administración puede acudir a licitación privada o trato directo. Todo ello, sin perjuicio de la incorporación mediante el artículo 30 letra d) de la Ley N° 19.886, y de los artículos 14 y siguientes del Reglamento, de los convenios marcos como un tipo de contratación administrativa que altera lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley N° 18.575.

Ahora bien, las reglas anteriores contenidas en la Ley N° 19.886, de conformidad con el artículo 3 letra e) han sido interpretadas por la jurisprudencia de la Contraloría como normas comunes aplicables a otros contratos administrativos³, principalmente de obras públicas⁴. No obstante, esta especie de supletoriedad, si se interpretase en términos exegéticos, arrojaría que la Ley N° 19.886, de 2003, solo sería aplicable en los casos que estemos frente a contratos administrativos típicos o nominados, mientras que en los contratos innominados, cuya regulación es tenue o inexistente en materia de procedimientos de selección del contratista, podría la Administración del Estado argumentar que ostenta un margen de discrecionalidad para seleccionar el procedimiento administrativo más adecuado a la naturaleza del contrato público entre licitación pública, privada o trato directo.

Habiendo transcurrido más de una década de aquella disputa doctrinal, y sin perjuicio de los avances legales, dogmáticos y jurisprudenciales, consideramos que actualmente la interrogante sigue vigente ¿Es la licitación pública el procedimiento común de formación de la voluntad contractual o la Administrativa ostenta una especie de discrecionalidad para seleccionar el procedimiento administrativo que mejor se adecue al contrato y a los recursos que dispone en un momento determinado? Esta pregunta, hoy es esencial para una adecuada interpretación de las causales que permiten sortear la licitación pública, en favor de la licitación privada o el trato directo.

Dicha interrogante encuentra su fundamento en la amplitud de algunas causales de licitación privada y trato directo que potencialmente permiten

³ Dictamen N° 53.520 (2008).

⁴ Dictamen N° 38.794 (2009).

excluir la licitación pública en favor de contrataciones públicas sin concursabilidad directa. Sin embargo, es preciso rescatar que la incorporación de parámetros objetivos, como los montos para determinar la procedencia de la licitación pública, ha constituido un enorme avance respecto de los supuestos fácticos consagrados, por ejemplo en el artículo 86 del DFL N° 850, de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960, que contiene la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

El presente trabajo tiene por objeto analizar y comprobar que la licitación pública es el procedimiento general de contratación administrativa, y que las causales de licitación privada y trato directo, en la forma en que se encuentran reguladas potencialmente pueden transformar a la licitación privada o el trato directo en procedimientos administrativos de general aplicación.

Proponemos que existen causales de licitación privada, y principalmente de trato directo, estrictas y tasada, que responden a situaciones fácticas excepcionales, como emergencias o ausencia de licitantes, o se sujetan a determinados rangos numéricos para reducir al mínimo cualquier grado de discrecionalidad. Sin embargo, también llegamos a la conclusión que existen otras causales de licitación privada y trato directo que amplían la discrecionalidad de la Administración contratante, y que merecen ser revisadas, a la luz del principio de transparencia y de motivación suficiente, por cuanto no son armónicas con un Estado de Derecho moderno.

I. Licitación pública como procedimiento administrativo

Si bien, *a priori* no existe una postura determinante que justifique la elección de la licitación pública como procedimiento administrativo general en la contratación administrativa, 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.

A nuestro juicio, las razones jurídicas que motiva al Estado a licitar son diversas y responden a que el Estado puede servirse de los privados en la satisfacción de las necesidades públicas inspirado en el principio de subsidiaridad, entregando a los particulares aquellas actividades que el Estado no puede realizar en términos eficientes y eficaces. Lo cual habilita a los privados a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, con el objetivo de lograr la mayor realización espiritual y material posible.

En primer lugar, el contrato administrativo como una instancia de colaboración público-privada, implica la configuración de situaciones de privilegios, a favor de aquel particular que es invitado por el Estado a desarrollar y/o explotar una obra pública o un servicio público, como en el caso de los contratos de concesión de obra o de servicio público, en que el concesio-

nario presta servicios básicos de primera necesidad contra una tarifa o peaje regulado.

Es precisamente la atribución de esa situación de privilegio, que de conformidad con el artículo 1 inciso 5°, sobre igual participación en las personas en la vida nacional, y los números 2, 20 y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, exigen determinar reglas equitativas entre aquellos que, invitados por el Estado, pretenden ser partícipes activos en la satisfacción indirecta de necesidades públicas, para que el Estado pueda justificar legítimamente la asignación de dichos beneficios a unos en perjuicios del resto de los miembros de la comunidad, sin infraccionar el principio de igualdad ante la ley.

Lo anterior se puede apreciar en el artículo 1° del DS N° 900, de 18 de diciembre de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que dispone que el ámbito específico de la concesión de obra pública es la ejecución, reparación y mantención de una obra pública fiscal. Por su parte, el artículo 3, numerales 14 y 15 del DS N° 75, de 1° de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que dispone que en el caso de los contratos de construcción de obra pública, esta es entendida como cualquier inmueble, de propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por terceros mediante un contrato administrativo. En ambas normas, se hace referencia a un bien inmueble fiscal –de propiedad del fisco– que a través de un contrato administrativo específico se entrega a un particular de manera exclusiva y excluyente para ser ejecutado, reparado y conservado por un particular contra un precio determinado.

Por su parte, en el caso de aquellos contratos que no implican la configuración de una situación de privilegio ni una transferencia de una posición jurídica determinada, sino que conllevan el suministro de bienes y servicios del mundo privado hacia el Estado, son los principios de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria del Estado en materia económica los que lo obligan a fijar reglas uniformes que permitan una equivalente y armoniosa participación de los interesados en contratar con el Estado⁵.

Una segunda razón jurídica para licitar, junto con establecer reglas claras, precisas y objetivas, es una exigencia del principio de probidad, que obliga al Estado –incluso en actuaciones bilaterales– a privilegiar el interés general por sobre el particular. De esta forma, la probidad obliga a los órganos públicos a configurar procedimientos administrativos concursales que permitan la igual participación de los ciudadanos en el bienestar nacional, eliminando cualquier tipo de cláusula que busque privilegiar los intereses específicos de uno de los contratistas sin una explicación que sea ajena al interés general.

La probidad administrativa en materia de contratación pública es exigida por la aplicación general del artículo 8° de la Carta Fundamental, que

⁵ BOQUERA 1963, 11 y 12.

obliga a los titulares de la función pública a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones sin distinción alguna. A su vez, por los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que obligan a los funcionarios partícipes de la licitación pública a observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño leal y honesto de la función o cargo. Mientras que, el segundo precepto dispone que el interés general, que es la finalidad del principio de probidad, exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, y su prevalencia se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder, en lo razonable e imparcial de las decisiones administrativas y en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que gestiona.

Sin embargo, también el principio de probidad administrativa en la contratación pública tiene expresas y específicas manifestaciones en el artículo 4 de la Ley N° 19.886, y en los artículos 4°, 5 bis y 104 bis del DS N° 250, de 24 de septiembre de 2004 que contiene el Reglamento de Compras Públicas. Una mención especial tiene la disposición 6 bis del mismo reglamento, que obliga a los funcionarios a abstenerse de participar en los procedimientos de contratación regulados por la Ley N° 19.886, de 2003, cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, en los términos del artículo 62, N° 6, de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Una tercera razón jurídica para licitar se relaciona con el margen de discrecionalidad para decidir qué ostenta la Administración del Estado⁶, y el adecuado ejercicio de las potestades públicas, que exige la existencia de un procedimiento racional y justo que sirva de sustento formal y sustancial para limitar la posibilidad que el Estado contrate con quien quiera, sin sujeción a reglas mínimas de eficiencia. Tal como señala Moraga, la Administración no tiene posibilidad de elegir libremente con quien contrata, sino que debe hacerlo con aquellos contratistas que le entreguen a la Administración del Estado la mejor combinación entre beneficios y gastos⁷.

Aclarado lo anterior, debemos señalar que la licitación pública ha sido conceptualizada por Dromi como "(...) el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará las más conveniente"⁸. Por su parte, Aróstica ha señalado que la licitación pública es una especie de procedimiento administrativo de carácter concursal y abierto, compuesto por una sucesión ordenada de actos unilaterales emanados de la Administración de

⁶ DÍEZ 2012, 105.

⁷ MORAGA 2019, 317.

⁸ DROMI 2010, 76.

los particulares interesados, y cuya finalidad es la adjudicación y posterior celebración del respectivo contrato⁹.

Normativamente, el artículo 7 letra a) de la Ley N° 19.886, de 2003, define licitación pública como un 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. Por su parte, el artículo 4 N° 25 del DS N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que regula el contrato de construcción de obra pública, señala que la licitación es el procedimiento mediante el cual se solicitan a los proponentes inscritos en el Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas o precalificados, si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública. La misma idea se encuentra consagrada en los artículos 4 y siguientes de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, como en el artículo 14 del su reglamento, contenido en el DS N° 956, 2 de marzo de 1999, del Ministerio de Obras Públicas.

De lo anterior, se pueden extraer algunas reglas básicas que nos permiten moldear las características que hacen que la licitación pública se constituya como una regla general en materia de contratación administrativa. En primer lugar, es un procedimiento administrativo, es decir, una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados tanto de la Administración Pública, como de los particulares, que tiene por objetivo la dictación del acto administrativo terminal consistente en la adjudicación o suscripción del contrato con la debida toma de razón, según sea el caso¹⁰.

El hecho de circunscribir la licitación pública dentro del marco de los procedimientos administrativos hace que su naturaleza jurídica exceda a cada acto administrativo individual, distinguiéndose por constituir una secuencia, ordenada y metódica de diversos estadios, cada uno de los cuales tiene su contenido propio. De este modo, asumir que la licitación pública es un procedimiento administrativo implica tornar aplicable a su respecto los principios propios de éste, tales como transparencia, no formalización, celeridad, teniendo en consideración las particularidades y principios específicos de la licitación¹¹.

Una segunda regla importante, es determinar que la licitación no es un simple procedimiento administrativo como cualquier otro, sino que un procedimiento concursal mediante el cual la Administración Pública somete a su escrutinio las ofertas de los licitantes para administrar la existencia de bienes escasos o de situaciones de privilegio en la forma más conveniente posible

⁹ ARÓSTICA 2006, 292.

¹⁰ *Constructora e Inmobiliaria Amulen SpA con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2019).

¹¹ COMADIRA 2000, 6.

al bien común. Así lo ha señalado el Tribunal de la Contratación Pública afirmando que:

“La licitación pública constituye un procedimiento, en que se desarrollan una serie o sucesión de actos, tanto de la entidad licitante, como de los oferentes que tienen como propósito, concluir en un acto terminal, y en consecuencia todas actuaciones, responden a un orden preestablecido, publicación de las bases de licitación, recepción de las ofertas, apertura de las ofertas, evaluación de éstas, hasta la dictación del acto terminal que es la adjudicación o declaración de deserción, conforme a la lógica del procedimiento y que se debe ejecutar dentro de tiempos determinados”¹².

De esta forma, la concursabilidad se justifica en la igualdad de acceso de las personas a los bienes del Estado, y en las exigencias de transparencia y publicidad que exige tanto el artículo 8° de la Carta Fundamental y la Ley N° 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública.

1. La licitación pública procedimiento general de contratación

Las razones jurídicas antes esgrimidas junto con garantizar la igualdad, publicidad, transparencia y probidad en la gestión de los bienes públicos permiten mantener una adecuada competitividad entre los distintos contratantes presentes en la licitación, y que nos permite afirmar que la licitación pública es el procedimiento administrativo general de contratación administrativa.

Lo anterior, también ha sido discutido a nivel comparado. De esta manera, la doctrina transandina explica que la licitación pública es la regla general para todo tipo de contratación administrativa, porque mediante ella se asegura la legalidad, moralidad, convivencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes¹³. Así Comadira, sustenta que la Administración del Estado cuando contrata debe seleccionar, en sentido de que al elegir al contratista debe preservar la moralidad de su accionar, la eficacia de la gestión y el trato igualitario a quienes estén, objetivamente, en condiciones de aspirar a la contratación¹⁴. Aunque, también existen posiciones que señalan que la Administración goza de discrecionalidad para elegir un procedimiento administrativo de selección directo o más reglamentario que la licitación pública¹⁵.

Por su parte, la doctrina española se inclina por considerar la licitación pública o procedimiento abierto como de aplicación general, salvo que la ley disponga expresamente la utilización de otro procedimiento de adjudica-

¹² Sentencia TCP Rol N° 116 (2013).

¹³ MARIENHOFF 1993, 280.

¹⁴ COMADIRA 2000, 15.

¹⁵ CASSAGNE 1999, 43 y 44.

ción¹⁶. Lo anterior ha sido recogido expresamente en el artículo 131.2 de la Ley N° 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁷.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley N° 80, de 1993, sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia, señala que la elección del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo que se acuda a contratación directa. A su vez, las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, debiendo los actos administrativos que se expidan en el marco de la licitación ser motivados en forma detallada y precisa, al igual que los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de elección.

Volviendo a nuestro país, a nivel normativo la elección de la licitación pública como procedimiento administrativo general de formación de la voluntad contractual, se encuentra condicionada, por una parte por la cuantía del contrato, y por otra parte, por determinadas situaciones fácticas que habilitan a la Administración a prescindir de la licitación pública como regla general en beneficio de la eficiencia y eficacia de la contratación. Así, el artículo 5 de la Ley N° 19.886, dispone que la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales. De este precepto se podría extraer la siguiente regla consistente en que la licitación pública solo es obligatoria en las contrataciones cuyo monto supere las 1.000 unidades tributarias mensuales, quedando la autoridad facultada para seleccionar un procedimiento administrativo diferente de la licitación pública respecto de montos inferiores a dicha cantidad. Sin embargo, el artículo 8° de la misma ley, cuyas normas son reiteradas y desarrolladas en el artículo 10 del Reglamento, establece que la licitación privada y el trato directo procederán únicamente en determinados casos. De esta manera, aun cuando la contratación sea inferior a 1.000 UTM, será igualmente obligatorio recurrir a la licitación pública, salvo que sea imprescindible un contratación eficaz y eficiente, mediante la licitación privada o el trato directo.

También ratifica que la licitación pública es el procedimiento general de contratación, la prohibición establecida en el artículo 7 de la Ley N° 19.886, y en el artículo 13 del DS N° 250, de 2004, Reglamento de Compras Públicas, de no fragmentar las contrataciones públicas con el propósito de variar el procedimiento de contratación. De esta forma, la norma impide que por vía de la reducción artificial del monto de un contrato administrativo bajo las 1.000 UTM, se sortee las garantías de concursabilidad que ofrece la licitación pública.

¹⁶ SANTAMARÍA 2018, 192.

¹⁷ "La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento".

Así lo ha señalado recientemente la Contraloría General de la República, que a propósito del Mercado Público exige una explicación razonada de la entidad licitante cuando decide no someter las compras superiores a 1.000 UTM al proceso de grandes compras regulado en el artículo 14, en lo relativo con emergencias, urgencias o imprevistos. Así, la Contraloría de la República en dichos casos exige una resolución fundada del jefe superior del servicio¹⁸.

Respecto de las situaciones que permiten que la Administración del Estado, pueda prescindir de la licitación pública, éstas son transversales y se encuentran reguladas tanto en contratos administrativos asociados a la infraestructura pública, por ejemplo en el artículo 86 de la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas al cual se remite el DS N° 75, de 2004, del mismo ministerio, que contiene el contrato de obra pública para determinar la excepciones a la licitación pública (v.gr., emergencias, único proveedor, contrato resuelto, etc.). Así como también, en los contratos de suministro y prestación de servicios, que como se verá, regula los supuestos tradicionales para excluir la licitación pública, aunque con algunas situaciones configuradas en términos excesivamente amplios –la confianza en el proveedor– que pueden dar lugar a la postergación artificial de la licitación pública.

Lo anterior es coherente con el principio de libre concurrencia, recogido normativamente en el inciso 2° del artículo 9 de la Ley N° 18.575, que busca que las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones no sean excluidas a priori, por errores intrascendentes o no esenciales. En efecto, mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público, en la medida naturalmente, que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes¹⁹, por cuanto la libre concurrencia y la selectividad de las ofertas más convenientes deben someterse a una concurrencia objetiva y transparente²⁰.

De esta forma, son reñidas por nuestro ordenamiento jurídico prácticas administrativas que mediante la utilización del ordenamiento jurídico evitan acudir a la licitación pública. Así, la Contraloría General de la República ha declarado no ajustada a derecho cláusulas de renovación automática de contrato con el objetivo de mantener una determinada materia alejada del sistema de concurso público²¹. En la misma línea, a nivel de libre competencia, la Corte Suprema ha calificado como contraria al ordenamiento nacional la renovación constante de contratos de servicios de transporte por el conce-

¹⁸ Dictamen N° 14.236 (2018). Cabe señalar, que recientemente la Contraloría General de la República ha dictado una nueva normativa sobre el trámite de toma de razón, alterando los montos legales y de esta forma hacer aleatorio el control de la selección del procedimiento de contratación pública. Vid., Resolución N° 7 (2019).

¹⁹ Dictamen N° 42.621 (2007).

²⁰ ABARCA 2013, 326.

²¹ Dictamen N° 81.434 (2015).

sionario de un aeropuerto en perjuicio de la licitación pública que permitiría el ingreso de nuevos competidores en el servicio de transportes de pasajeros desde y hacia el aeropuerto²².

2. Licitación pública restringida o condicionada

Si bien uno de los principios relevantes de la licitación pública es la transparencia y libre concurrencia de los oferentes al llamado público, según lo dispuesto en el artículo 8 bis de la Ley N° 18.575, con el objetivo de asegurar al Estado la mayor cantidad de ofertas el proceso de licitación, el legislador por razones de eficacia y de buena administración permite limitar la posibilidad que cualquier persona pueda participar en los procesos licitatorios, con la finalidad de diagnosticar, en términos objetivos, la experiencia y seriedad entre los licitantes, evitando la ofertas temerarias que durante la ejecución del contrato generen mayores costos para el Estado.

Lo anterior se puede detectar tanto en la construcción de obra pública, concesiones de obras públicas y en el suministro y prestación de servicio, donde el legislador establece barreras específicas para filtrar a los potenciales licitantes y asegurar la seriedad y eficacia del futuro contrato administrativo. En primer lugar, si analizamos la Ley N° 19.886, de 2003, podemos apreciar que la libre concurrencia se encuentra limitada solo a los potenciales oferentes del Estado, que de conformidad con el artículo 16 de esa normativa se encuentren inscritos en una registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y que no tengan una causal de inhabilidad para contratar con el Estado²³.

La exigencia anterior ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Contraloría, que considera que la exigencia de inscripción en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración solo puede requerirse por los organismos para efectos de celebrar el respectivo contrato, cuando así lo establezcan en las bases que regulen la licitación, sin que resulte pertinente disponer tal inscripción para participar en esta clase de convocatorias²⁴.

Una idea similar encontramos en el inciso 2° del artículo 1° del DS N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que regula el Reglamento para Contratos de Obra Pública, que limita la licitación, adjudicación y suscripción de los contratos de construcción de obras públicas del Ministerio de Obras Públicas, solo a los contratistas inscritos en los registros del Ministerio que se determinen en las bases administrativas²⁵.

²² *Delfos Ltda., con SCL* (2008).

²³ El artículo 81 del DS N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, señala que el objeto del registro de proveedores es registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de las causales de inhabilidad, para contratar con las entidades.

²⁴ Dictamen N° 76.516 (2012).

²⁵ El artículo 6 del DS N° 75 señala que corresponde a la Dirección General de Obras Públicas la administración de los registros de contratistas. Por su parte, el artículo 5° señala que el Registro

Finalmente, confirma nuestra afirmación las normas modificatorias introducidas por la Ley N° 20.410, de 2010, al DS N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley de Concesiones de Obra Pública, en el artículo 6 bis habilita al Ministerio de Obras Públicas para efectuar un llamado a precalificación de los licitantes, con el objetivo de seleccionar a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que solo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, entre otros aspectos.

Como se puede apreciar, el principio de libre concurrencia se morigera en materia licitatoria, cuando el objeto contractual se relaciona con proyectos importantes de infraestructura pública –concesiones o construcción de obras públicas- o cuando por la densidad de las compras públicas, es necesario tener certeza jurídica sobre la capacidad económica y la seriedad del potencial licitante, lo que nos lleva a preguntarnos ¿si la licitación pública es la regla general de contratación administrativa, y la imposición de registros públicos o de procesos de precalificación, no constituye un atentado a que la licitación pública garantice el principio de igualdad, concurrencia y transparencia?.

A nuestro juicio, son las mismas exigencias del principio de transparencia y probidad administrativa las que motivan la incorporación de procesos de precalificación y la creación de registros públicos, con el objetivo preciso que la concursabilidad en la licitación sea sobre ofertas presentadas por licitantes serios, que ofrezcan suficiente garantía para el interés general, tanto en los aspectos técnicos como financieros. En efecto, del principio de libre concurrencia no se puede llegar a concluir que el Estado contrate con quien no tiene capacidad para obligarse, o no ofrece garantías para un honesto cumplimiento de lo pactado²⁶.

Estimamos, que en el caso de las licitaciones restringidas, si bien las reglas de admisión de los oferentes son más restringidas, ello no involucra que no les sean aplicables las demás normas y principios propios de las licitaciones públicas, como la concursabilidad que debe existir entre los oferentes y que le permitan al Estado seleccionar la oferta más conveniente, tanto técnica como económica.

3. Procedimiento de selección del oferente: licitación privada y tratado directo

Una vez aclarado que la licitación pública es el procedimiento administrativo general utilizado por la Administración del Estado para seleccionar la oferta

General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas, o Registro de Contratistas, será común y único para las Direcciones Generales, Direcciones y Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas e Instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio, dependerá de la Dirección General de Obras Públicas y será de conocimiento público. El Registro de Contratistas estará formado por el Registro de Obras Mayores y el Registro de Obras Menores.

²⁶ SAYAGUÉS 2005, 118.

más conveniente, es preciso aclarar que en forma excepcional la Administración del Estado podrá optar por mecanismos de contratación distintos de la licitación pública, como la licitación privada o el trato directo, cuando el cambio de procedimiento de selección sea debidamente fundado, o en los casos que la naturaleza de la negociación haga procedente una contratación directa.

Lo anterior obedece a que los motivos o circunstancias que justifican la utilización de la licitación pública como el procedimiento administrativo general, se relativizan cuando la satisfacción de la necesidad pública exige mayor grado de inmediatez que no comulga con el lento transitar de la licitación pública, como en los casos de urgencia, o que la experiencia, profesionalismos o los conocimientos técnicos que ostenta un determinado oferente respecto de una determinada industria, y que obligan a la Administración del Estado a flexibilizar los procesos de selección hacia los potenciales oferentes, sin sacrificar la concursabilidad ni la finalidad de obtener la mejor oferta²⁷ o simplemente acudir a la negociación directa cuando sea imposible la concursabilidad, sin un desmedro de la satisfacción inmediata de las necesidades públicas.

Las excepciones a la licitación pública generalmente se fundan en cuestiones de imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho o por motivos de conveniencia administrativa, seguridad pública o incluso relacionada con el presupuesto oficial del contrato público. Si bien, no existe una regla general sobre qué se entiende por licitación privada o trato directo, de las normas que regulan los contratos administrativos típicos, podemos extraer reglas sobre su procedencia, sus condiciones esenciales, limitaciones y relaciones respecto del procedimiento de licitación pública.

Excepcionalmente el Estado podrá elegir libremente a su contratista sin concurrencia, puja, ni oposición de oferentes, sin necesidad de regular previamente un concurso ni preparar bases de licitación. Ello, no obstante que se trata de un procedimiento negociado, en que por la naturaleza del futuro contrato no es posible acudir a la licitación pública ni a la licitación privada, tales casos son, por ejemplo, emergencias en las cuales la autoridad simplemente emite una orden de trabajo y el contratista la acepta, dándose por perfeccionado el contrato²⁸.

Cabe señalar que también constituye una excepción a la licitación pública la existencia de convenios marcos, por cuanto permite que la Administración pueda celebrar contratos de suministrados o de prestación de servicio a través de un catálogo electrónico previamente determinado por la Dirección de Compras y Contratación Pública. De esta forma, la instauración de convenios marcos tiene por objetivo lograr un ahorro de recursos para el Estado, que se materializa una vez que se ponen a disposición de las entidades compradoras un conjunto de bienes y servicios, previamente licitados y

²⁷ COMADIRA 2000, 106.

²⁸ MORAGA 2019, 323.

seleccionados, con condiciones superiores a la que ofrece el mercado, salvo la existencia de condiciones más ventajosas de contratación²⁹.

3.1. *Licitación privada*

Dromi entiende que la licitación privada es el procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes solo las personas o entidades expresamente invitadas por el Estado, por cuanto se trata de una invitación o pedido de ofertas dirigida a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso³⁰.

En este sentido, la Administración busca seleccionar a las personas que le parecen más idóneas para realizar la prestación que le interesa y a ellos dirige su proposición³¹. Constituye un llamado que el órgano administrativo hace a un conjunto predeterminado de oferentes y, teniendo una lista de interesados, la Administración efectúa el concurso respectivo entre ellos³².

Normativamente, el artículo 7 letra b) señala que para los efectos de la Ley N° 19.886, de 2003, se entiende por licitación privada o propuesta privada, el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. Por su parte, el artículo 45 del DS N° 250, 2004, dispone que para proceder a la licitación privada debe existir una resolución fundada, y un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación privada. Por su parte, el artículo 47 señala que en cuanto a la elección de los oferentes, la entidad licitante deberá invitar a proveedores respecto de los cuales tenga una cierta expectativa de recibir respuestas a las invitaciones efectuadas, prefiriendo a aquéllos que se encuentren inscritos en el Registro de Proveedores.

En un sentido similar, el artículo 3 N° 27 del DS N° 75, de 2004, también acude al criterio numérico para configurar la procedencia de la licitación privada, señalando que la propuesta privada es la oferta efectuada por un proponente a petición del Ministerio, solicitada por escrito a tres o más contratistas de la especialidad. No obstante, el artículo 1° del DS N° 75, de 2004, se remite al artículo 86 del DFL N° 850, ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que regula como causales que habilitan la licitación privada la existencia de emergencias, contratos administrativos terminados parcialmente, entre otras.

De esta manera, siguiendo la jurisprudencia de la Contraloría General de la República la sola invitación a presentar ofertas o cotizaciones no queda

²⁹ BARRA Y CELIS 2009, 44 y 45.

³⁰ DROMI 2010, 114.

³¹ CORDERO 2015, 429.

³² BERMÚDEZ 2011, 212.

comprendida dentro del concepto de licitación privada, pues esta última se caracteriza por consistir en un concurso previamente regulado en un cuerpo normativo que constituye lo que se denomina bases administrativas, característica que no concurre tratándose de las cotizaciones directas³³.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 48 del DS N° 250, de 2004, a la licitación privada le son aplicables –en todos aquellos que sea procedente– las normas de la licitación pública. En efecto, le son aplicable a la licitación privada –en forma matizada– los principios de igualdad y estricta sujeción a las bases y el principio de probidad y transparencia, porque a la postre la licitación privada ostenta la naturaleza de procedimiento administrativo de naturaleza concursal³⁴.

3.2. *Causales de trato directo*

De conformidad con el artículo 7 letra c), el trato directo o contratación directa es el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o para la privada. Por su parte, el artículo 4 N° 28 del DS N° 75, señala que el trato directo es la forma de contratar la realización de una obra sin llamar a licitación, conviniéndose con un contratista inscrito en el registro respectivo, los precios, plazos y normas que regirán el contrato.

Como se puede apreciar, el legislador ha elaborado un concepto de trato directo por exclusión al utilizar la frase “sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada”, es decir, trato directo sería todo aquel procedimiento de contratación que no es licitación pública o privada. Por lo tanto, el legislador no analiza el elemento esencial del trato directo, que es la ausencia de concursabilidad, por cuanto el trato directo es cerrado, sin puja ni claridad de la oferta más conveniente entre los distintos proyectos.

En este sentido, la doctrina hace hincapié en que el trato directo “El Estado elige directamente el cocontratante sin concurrencia u oposición, de la misma manera que los particulares, y celebra el convenio”³⁵.

De un análisis somero de los artículos 9 de la Ley N° 18.575, del artículo 7 letra c) de la Ley N° 19.886, de los artículos 10 y 49 del DS N° 250, de 2004, y el DS N° 75, de 2004, se desprende que el trato directo es una forma de contratación administrativa excepcional al sistema de propuesta pública y

³³ Dictamen N° 46.532 (2000). En efecto, la concursabilidad es una regla clara que favorece la transparencia, que es exigible por el Estado, no solo en la licitación de contratos públicos, sino también de autorizaciones que le confieran a un titular un derecho exclusivo y excluyente, como por ejemplo el artículo 3 de la Ley N° 19.995 de Casinos de Juegos, que obliga a licitar la concesiones de casinos, o el artículo 13 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, o finalmente, los artículos 135 y siguientes de la Ley N° 20.805 sobre licitación del suministro eléctrico respecto de las empresas de distribución eléctrica.

³⁴ ACEVEDO 2018, 32.

³⁵ DROMI 2010, 114.

propuesta privada, siendo procedente su aplicación solo en aquellos casos en que así lo dicta la propia naturaleza de la operación que se trata de realizar³⁶.

En este sentido, la Contraloría ha señalado que "(...) la contratación directa es un mecanismo de carácter excepcional, por lo que su aplicación solo corresponde en los casos específicos que ordenamiento jurídico prevé y que requieren una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende"³⁷.

De este modo, el trato directo no ostenta la naturaleza de procedimiento administrativo de carácter concursal, por cuanto no existe oposición entre oferentes de los cuales la Administración pueda seleccionar la oferta más conveniente. Por lo tanto, la naturaleza excepcional del trato directo obliga a los órganos del Estado a evaluar fundadamente las causales reguladas por el legislador, que le permitan omitir la concursabilidad propia de las licitaciones públicas y privadas³⁸.

De esta forma, para sustentar el trato directo por cualquier causal, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, ni la buena impresión que se haya formado el servicio contratante respecto de la empresa favorecida, ni la circunstancia de haberse suscrito anteriormente otros convenios similares con ese mismo proveedor³⁹, lo cual implica que "en razón de su carácter excepcional, la causal de trato directo empleada, requiere que, al momento de invocarla, se acrediten efectiva y documentadamente las razones que justifican su procedencia", en consecuencia, debe acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende⁴⁰.

En efecto, la falta de justificación suficiente de una causal de trato directo implica un incumplimiento del deber de los órganos de la Administración del Estado de realizar sus contrataciones preferentemente a través de procedimientos de licitación pública y asimismo contraviene el principio de libre concurrencia que debe imperar en la propuesta pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado⁴¹ y, finalmente, es una infracción grave al principio de motivación de los actos administrativos exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, de 2003, como se ve más adelante.

³⁶ Dictamen N° 61.442 (2012); Dictamen N° 71.748 (2012).

³⁷ Dictamen N° 10.172 (2017); Dictamen N° 8.805 (2016).

³⁸ Dictamen N° 46.532 (2000).

³⁹ Dictamen N° 26.006 (2016).

⁴⁰ Dictamen N° 8.805 (2016).

⁴¹ Dictamen N° 68.458 (2012).

4. Análisis crítico de las excepciones a la licitación pública

Hemos señalado 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 tratado directo. Sin embargo, conviene aclarar que al regular las causales que le permitan a la Administración del Estado invocar la licitación privada o el trato directo, el legislador no distingue aquellas propias de la licitación privada, de las aplicables al trato directo, sino que podemos afirmar que es la naturaleza del futuro contrato la que define el procedimiento de selección del contratista.

Normativamente, el artículo 9 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, para la procedencia de la licitación privada exige una resolución fundada y, para el trato directo, lo deja entregado a un concepto jurídico abierto e indeterminado –la naturaleza de la negociación– que la autoridad administrativa licitante deberá apreciar en el caso concreto, a fin de sortear la burocracia propia de la licitación pública.

Tradicionalmente, respecto del trato directo las hipótesis incluidas en la naturaleza de la negociación se encuentran asociadas a situaciones de urgencia o la existencia de un proveedor único para la satisfacción de la necesidad pública respectiva⁴². No obstante, como veremos a estas hipótesis de trato directo, han sido complementadas o incluso abultadas, por el legislador o la Administración en desmedro de la licitación pública.

4.1. Licitaciones públicas sin interesados

De conformidad con el artículo 8 letra a) de la Ley N° 19.886, de 2003, y el artículo 10 N° 1, del DS N° 250, de 2004, procederá el trato directo, cuando en las licitaciones públicas no se hubieren presentado interesados, esto es, cuando la licitación pública ha sido declarada desierta por ausencia de interesado o haberse presentado ofertas inadmisibles. La misma idea se encuentra recogida en la letra a) del artículo 86 del DFL N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, que habilita la adjudicación por cotización privada si a la propuesta pública respectiva no se hubieren presentado interesados, en cuyo caso las bases de licitación servirán para la asignación por propuesta privada.

Ahora bien, a nuestro juicio la alteración del procedimiento de contratación no es automática, por cuanto la autoridad administrativa no podría declarar desierta la licitación pública e inmediatamente acudir a la licitación privada o al trato directo, por cuanto la ley en forma general (artículo 9 de la Ley N° 18.575) y las leyes especiales y sus respectivos reglamentos, establecen un orden de prelación respecto de los procedimientos de selección del contratista. En efecto, ante una licitación pública declarada desierta solo

⁴² Dictamen N° 45.278 (2000); Dictamen, N° 34.434 (2000).

permite acudir a la propuesta privada y, en último término al trato directo, si la causa de dicha declaración ha sido la ausencia de interesados.

Por lo tanto, si la licitación se declaró desierta debido a otros motivos, tales como la falta de conveniencia económica o técnica de las ofertas presentadas no sería posible, según la redacción de la letra a) del artículo 8 de la Ley 19.886, acudir a la contratación directa, pues dicho precepto solo hace referencia a la falta de interesados. En caso contrario, bastaría que la Administración declarara inconveniente las ofertas presentadas por los interesados para acudir a la licitación privada o al trato directo, aumentando el grado de discrecionalidad de la Administración del Estado⁴³.

En este sentido, incluso se podría considerar que no basta un solo llamado, en el contexto de la licitación pública, para pretender declararla desierta, por cuanto lo relevante es la mayor concursabilidad de los bienes públicos. Así, para evitar abusos en el ejercicio de esta atribución por parte de la Administración, debe considerarse la acreditación fehaciente de la falta de interés de los licitantes, reflejada en que ninguno hubiese presentado oferta formal, lo cual es coherente con el mandato realizado por el legislador, en cuanto a que las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada.

4.2. *Contratos resueltos o terminados anticipadamente*

Según el artículo 8 letra b) de la Ley N° 19.886, y el artículo 10 N° 2, de su Reglamento, la autoridad administrativa podrá acudir a licitación pública o al trato directo, cuando la nueva contratación se encuentra relacionada con 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. Por su parte, la letra b) del artículo 86 del DFL N° 850, hace referencia a la resolución anticipada de contratos por incumplimientos del contratista o por otras causales.

No obstante lo evidente de esta causal, es conveniente hacer algunas prevenciones, a fin de evitar que la Administración se sienta tentada a terminar unilateralmente un contrato administrativo. En primer lugar, la terminación unilateral ostenta la naturaleza jurídica de una potestad que permite que la Administración pueda declarar unilateralmente la rescisión del contrato, sin

⁴³ La doctrina agrega las siguientes prácticas reñidas con la ausencia de motivación de la causal de falta de interesados en la licitación, entre ellas: (i) declarar desierta la licitación, porque en el entender del licitante las bases adolecerían de algún vicio que las hace inválidas, no existiendo reclamo de ningún licitantes; (ii) declarar desierta la licitación debido a una impugnación del procedimiento contractual administrativo, sin que se encuentre afinada la impugnación; (iii) declarar desierta la licitación antes que la Administración deje el procedimiento en estado de abrir sesión fijada para recibir las ofertas. Cfr., MORAGA 2019, 331.

necesidad de estipulación contractual de las partes, y sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia⁴⁴.

En segundo lugar, en los contratos administrativos nominados la terminación unilateral del contrato se encuentra asociada a incumplimientos graves de las obligaciones contraídas por el contratante. En este sentido, en el caso del contrato de suministro y prestación de servicios el artículo 13 de la Ley N° 19.886, que los contratos administrativos regulados en dicha ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por el incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante. Por su parte, el DS N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, reitera que la Administración contratante puede dar por terminado en forma anticipada el contrato de suministro o de prestación de servicio ante incumplimientos graves de las obligaciones contraídas por el contratante, remitiéndose a las bases de licitación para que establezcan la indemnización o compensación. Adicionalmente, el artículo 79 del mismo reglamento establece que la resolución o decreto que ponga término anticipado al contrato definitivo debe ser fundado⁴⁵.

En el caso del contrato de obra pública, específicamente en el artículo 151 se señala que la Dirección General de Obras Públicas podrá poner término administrativamente y en forma anticipada a uno o más contratos en los casos que el contratista: (i) cayere en quiebra; (ii) si el contratista no acatare las órdenes o instrucciones impartidas por la Dirección; (iii) si el contratista no diere cumplimiento al programa oficial de trabajo; o (iv) si por un error en la ejecución de los trabajos la obra quedara con defectos graves que no pudieran ser reparados y ellos comprometieran su seguridad u obligaran a modificaciones sustanciales del proyecto.

A su vez, el mismo cuerpo normativo regula en el artículo 148 una especie de revocación por cambio de circunstancias, señalando que el Ministerio de Obras Públicas tiene derecho a poner término anticipadamente a un contrato, o a ordenar la paralización de la obra, cuando no haya fondos disponibles para llevarla adelante, o cuando así lo aconsejen sus necesidades⁴⁶.

Finalmente, el DS N° 900, de 1996, regula en el artículo 27 que la concesión se extingue por el incumplimiento grave de las obligaciones de concesionario, que de conformidad con el artículo 23, dicen relación con la conservación de la obra y la prestación de los servicios en condiciones de normalidad, continuidad, suprimiendo las causas que originen molestias, in-

⁴⁴ COMADIRA 2000, 134.

⁴⁵ Por otra parte, el mismo artículo 13 de la Ley N° 19.886, establece en la letra e) que el órgano contratante puede regular mediante bases administrativas causales adicionales de extinción de los contratos administrativos de suministro o de prestación de servicio. En este sentido, el artículo 18 del Reglamento de la Ley N° 19.886 establece, que en las bases de licitación para Convenios Marcos, la Dirección de Compras y Contratación Pública debe contemplar como una causal para poner término anticipado a dichos convenios, el hecho que el contratista incumpla sus obligaciones para con la entidad requirente.

⁴⁶ OELCKERS 1985, 235.

comodidades, inconvenientes o peligros para los usuarios de las obras. Por su parte, el artículo 28 ter), señala que si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciera innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra.

Por su parte, es preciso remitirse a lo establecido en el DS N° 956 de 1999, recientemente modificado por el DS N° 215, de 26 de abril de 2010, ambos del Ministerio de Obras Públicas que establece el Reglamento de la Ley de Concesiones, el cual señala que son las bases de licitación las que deben establecer las causales por las cuales el Ministerio de Obras Públicas puede solicitar la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, debiendo activar el procedimiento de nombramiento de un interventor para evitar la interrupción en la prestación regular y continua del servicio público concesionado⁴⁷.

Por lo tanto, la causal debe ser interpretada como una potestad conferida por ley, evitando que la Administración invoque causas de extinción contractual, creadas en forma administrativa al alero de las bases de licitación, e incluso que desconozcan causales previamente reguladas por la misma Administración. Este planteamiento ha sido reconocido por la jurisprudencia⁴⁸ que a propósito de un contrato de comodato precario suscrito entre el Servicio Metropolitano de Vivienda y Urbanización (Serviu) y una entidad privada, ambas partes optaron por tasar los supuestos de extinción del contrato, restringiendo la potestad de terminar en forma unilateral y administrativa el contrato. Sin embargo, el Serviu, en contra de sus actos propios procedió a dar por terminado el contrato en forma unilateral y administrativa. Al respecto, la Corte Suprema señaló que:

“(...) la única forma de que la referida cláusula sea válida y produzca efectos, en atención a que, como se dijo, el contrato de comodato tiene

⁴⁷ Cabe señalar, que entre las causales que dan lugar a la extinción del contrato de concesión o la caducidad del mismo, las Bases de Licitación consideran generalmente, entre otras, las siguientes: (i) La disminución del capital de la sociedad concesionaria sin autorización expresa del Ministerio de Obras Públicas; (ii) El no cumplimiento reiterado de los estándares mínimos de servicio establecidos en el contrato de concesión; (iii) Cobrar tarifas superiores a las establecidas en el contrato de concesión a los usuarios. Una vez acreditado el incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por el contrato al concesionario, lo cual le corresponde determinar a la Comisión Arbitral -órgano jurisdiccional especial regulado por el legislador para cada contrato individualmente considerado- el Ministerio de Obras Públicas puede nombrar a un funcionario -en calidad de interventor- con la finalidad de darle continuidad al contrato, y por ende, evitar la interrupción en la prestación del servicio público.

⁴⁸ *Serviu Metropolitano con Instituto de Educación Rural* (2017).

plazo definido que impide establecer una condición meramente potestativa sujeta a la sola voluntad del acreedor, pasa por reconocer que el término al contrato en un tiempo menor al que fue pactado, solo es procedente si se vincula a la existencia de una necesidad urgente para el Serviu Metropolitano, cuestión que en todo caso siempre estará ligada a la obligación de indemnizar los perjuicios que tal decisión causare al comodatario”.

Concluyendo que, “(...) la interpretación restrictiva que se debe entregar a la referida cláusula, impide que se pueda reconocer que la necesidad de un servicio distinto al Serviu permita poner término anticipado al contrato, por lo que el requerimiento destinado a dotar de un inmueble al Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, entidad que si bien pertenece a la Administración, es un organismo que no forma parte del Serviu, no puede dar pábulo para aplicar la facultad contemplada en la mencionada cláusula sexta, sin que aquello cambie por la circunstancia de estar ambos servicios bajo la dependencia del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, pues igualmente en estas condiciones no se configura la “necesidad” del Serviu”.

4.3. Emergencia, urgencia o imprevistos

De conformidad con el artículo 8 de la ley 19.886, y el artículo 10 N° 3 del DS N° 250, de 2004, procederá la licitación privada o contratación directa en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, bajo sanción de multa en contra del jefe superior del servicio cuando la causal de contratación directa no sea correctamente invocada. Una norma similar encontramos en el artículo 86, letra c) del DFL N° 850, de 1998, que establece la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas, en la cual se exige que la invocación de la causal de cotización privada se encuentre contenida en un decreto supremo.

Claramente, la calificación de la emergencia, urgencia o imprevisto es una cuestión de hecho que corresponde ser calificada a la Administración activa, gozando de un amplio campo para apreciar la situación fáctica que le permite eximirse del procedimiento administrativo general de licitación pública⁴⁹. Sin embargo, la urgencia requiere necesariamente de circunstancias objetivamente verificables como, por ejemplo, mediante estudios técnicos previos que sirvan de suficiente motivación a la decisión administrativa. Así, por ejemplo, cuando la autoridad acude al trato directo por razones de urgencia, invoca la causal motivadamente y dispone parámetros que los contratantes suscriban el futuro contrato⁵⁰.

⁴⁹ El artículo 111 del DFL N° 850, de 1998, que contempla la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, dispone que en caso de emergencia los actos administrativos pueden ser cumplidos de inmediato, prescindiendo en forma anticipada del trámite de toma de razón, debiendo de conformidad con el artículo 10 de la Ley N° 10.336 remitirse para su tramitación por la Contraloría General de la República dentro del plazo de 30 días, contados desde que se haya dispuesto la medida.

⁵⁰ *Nutriplus Alimentación y Tecnología S.A. con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019).

Dromi aclara que no toda urgencia habilita la excepción procedimental, sino que la urgencia debe ser actual, concreta, manifiesta e impostergable y de una naturaleza tal que la necesidad que origine no pueda ser satisfecha en tiempo oportuno más que por el procedimiento de excepción autorizado. En caso contrario, se correría el riesgo de considerar como cierta una situación de urgencia irreal, generalizándose una excepción que debe ser interpretada en términos restrictivos y limitados⁵¹.

Conviene aclarar que la emergencia y urgencia no son íntegramente sinónimas de una situación imprevista que justifique invocar la contratación directa, ello por cuanto la situación imprevista no puede ser fruto de la negligencia o incumplimiento de deberes que induzcan a la Administración a calificar como imprevisible una materia que es fruto del incumplimiento de sus obligaciones, sino bastaría con que los órganos públicos dejaran de cumplir con sus obligaciones para variar los procedimientos de contratación y sortear la licitación pública⁵².

4.4. Existencia de un único proveedor del bien o servicio

De conformidad con el artículo 8 letra d) de la Ley N° 19.886, y el artículo 10 N° 4, del DS N° 250, de 2004, la Administración puede optar por la licitación privada o el trato directo en el caso que exista un único proveedor de un bien o servicio. Cabe señalar, que esta causal puede ser perfectamente subsumida en la letra g) del artículo 8° de la Ley, por cuanto es un caso que la naturaleza de la negociación obliga a prescindir de la licitación pública, así lo ha señalado la Contraloría en su oportunidad, que:

“la naturaleza de la negociación determina la correspondencia del trato directo en aquellas situaciones en que las circunstancias o características del contrato que se trata de celebrar hacen innecesario llevar a cabo un proceso de propuesta como el caso en que se debe adquirir un producto y solo existe un único proveedor del mismo”⁵³.

Sin embargo, por simple que pueda parecer la comprobación de un solo proveedor de un bien o servicio, la misma Contraloría ha ido exigiendo un alto nivel de motivación en la invocación de esta causal, a fin de evitar contrataciones administrativas dirigidas que excluya a potenciales contratistas que ofrezcan un producto alternativo de la misma calidad. En efecto, la Contraloría ha sido estricta en analizar la motivación del acto administrativo, prohibiendo que el acto administrativo se limita a consignar que existe solo un proveedor

⁵¹ DROMI 2010, 141.

⁵² Dictamen N° 52.018 (2007). En este sentido, la Contraloría ha señalado que “(...) no es posible entender que la causal invocada en la especie se encuentre fundamentada en la ocurrencia de un imprevisto, ya que la duración del convenio, era un hecho conocido por ese Ministerio, toda vez que la cláusula quinta de ese contrato disponía que su vigencia se extendería por 48 meses a contar de la fecha consignada en el certificado de recepción final del sistema BIP”. Vid., Dictamen N° 87.444 (2015).

⁵³ Dictamen N° 45.278 (2000).

en condiciones de ofrecer el servicio requerido, sin fundamentar esta circunstancia ni acompañar antecedente alguno en tal sentido, que sirva para acreditar que la empresa invitada tenga el carácter de proveedor único⁵⁴.

4.5. *Por la naturaleza de la negociación*

Como hemos señalado, esta causal se encontraba regulada en el artículo 8 bis de la Ley N° 18.575, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.886 y su reglamento, y ha sido la que ha permitido a la Administración invocar en términos amplios el trato directo. Normativamente, el artículo 8 letra g) de la Ley N° 19.886, exige la presencia de circunstancias o que las características del contrato hagan del todo indispensable acudir al trato directo, remitiendo al reglamento la fijación de criterios moduladores de las circunstancias o características de la contratación directa. Esta norma no se encuentra presente en los demás contratos administrativos, esto es, obra pública y concesión de obra pública, por cuanto la existencia de un sistema de registro públicos, asociados a la experiencia en infraestructura excluye la posibilidad de acudir a criterios de selección amplios e imprecisos.

En efecto, el artículo 10 N° 7 del reglamento fija los criterios que especifican o complementan las circunstancias o características del contrato, que permiten acudir a la contratación directa por la naturaleza de la negociación. Cabe señalar, en forma anticipada que los criterios no son uniformes y constituyen a nuestro juicio una cláusula amplia que puede permitir sortear la licitación pública, por ello los agruparemos en tres tipos de criterios.

a. *Contrataciones inferiores a 1.000 UTM o contrataciones menores*

Entre los criterios fijados por el reglamento que se consideran dentro de la naturaleza de la negociación, se encuentran aquellos contratos cuya cuantía no excede de 1.000 UTM, sea que provengan de la prórroga de un contrato de suministro o de prestación de servicio indispensable para las necesidades del ente público, como en el caso de la letra a) del artículo 10 N° 7; o cuando el costo de evaluación de las ofertas, desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos, resulta desproporcionado en relación al monto de la contratación y ésta no supera las 100 UTM (artículo 10 N° 7 letra j); o cuando se trate de la contratación de servicios personales especializados cuyo monto sea inferior a 1.000 UTM (artículo 10 N° 7 letra m); y, finalmente, cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM (artículo 10 N° 7 letra n).

En todos estos casos, a nuestro juicio resulta adecuado prescindir de la licitación pública, por cuanto las cuantías involucradas atentarían contra los principios de eficiencia y eficacia y contra las exigencias de celeridad de la actividad administrativa. Sin embargo, la postergación de la licitación pública, no es una renuncia absoluta a los principios de transparencia y concursabilidad ni al potencial control de la Contraloría General de la República. Lo

⁵⁴ Dictamen N° 23.348 (2000). Dictamen N° 50.123 (2011).

anterior, era seguido por el actualmente derogado artículo 10 N° 8, del Reglamento, que habilitaba a la entidad licitante a que proceder a la licitación pública, si así lo estimare⁵⁵.

b. Contrataciones asociadas a la confianza del servicio y del contratista

Los criterios que entrega el reglamento para proceder al trato directo en las letras c), d), e), f), g), h) y k) del artículo 10 N° 7, tiene como objeto sortear la licitación pública, en primer lugar por razones técnicas de los servicios requeridos por el órgano público, como un servicio que provenga del titular de la propiedad intelectual como, por ejemplo, la provisión de un determinado sistema computacional; o por razones asociadas a la reposición o complementación de equipos o servicios accesorios compatibles con sistemas o infraestructura previamente adquirida por el órgano público; o cuando la contratación consista en la compra de bienes o la contratación de servicios destinados a proyectos específicos de docencia o extensión en que la licitación pública afecte la eficacia del proyecto, como la contratación de un sistema de revista en una universidad pública. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 10 N° 7 del reglamento, dentro de la naturaleza de la negociación se encuentran algunas causales, asociadas a la confianza, a la seguridad, a la especialidad, a la importancia y al riesgo que podría generar la licitación pública sobre la contratación de determinados bienes y servicios.

A nuestro entender, los criterios entregados por el reglamento son excesivamente amplios e imprecisos, dando pábulo para la extensión de un margen de discrecionalidad que puede atentar contra el principio de probidad administrativa. Por ejemplo, cuando el reglamento dispone que la licitación pública puede afectar “la seguridad e integridad personal de las autoridades”, debiendo acudir a un proveedor probado en su discreción y confianza (letra c), o cuando para sortear la licitación pública se invoca “la consideración especial de las facultades del proveedor” (letra d), o cuando se acude a “la confianza y seguridad derivada de la experiencia del proveedor” (letra f) o, finalmente, “cuando el conocimiento público propio de la licitación pone en serios riesgos el objeto y el eficacia del contrato” (letra h), consideremos que en todos estos casos, se acude a conceptos amplios e imprecisos difíciles de fundamentar objetivamente, aumentado el margen de libertad de la Administración para excluir la concursabilidad que confiere la licitación pública.

Claramente, lo anterior no se condice con el artículo 86 del DFL N° 850, ni con el DS N° 75 o el DS N° 900, que se inclinan por establecer supuestos específicos para proceder a la contratación vía licitación privada o mediante el trato directo, lo cual no excluye la posibilidad que el legislador pueda acudir a criterios numéricos para distinguir los escenarios de licitación pública,

⁵⁵ Dicha norma fue derogada por el DS N° 821, de 21 de enero de 2020, del Ministerio de Hacienda, que Modifica el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

de aquellos en los cuales la Administración puede restringir la libre concurrencia en beneficio de la eficiencia y eficacia.

En efecto, una vez expuesto el análisis crítico de cada una de las causas que le permiten a la Administración del Estado prescindir de la licitación pública, consideramos que existen causales tradicionales, concretas y justificables que en la medida que existan los supuestos fácticos respectivamente fundados, la Administración puede invocar la licitación privada o el trato directo, estos son, las situaciones calificadas de urgencia, las licitaciones sin interesados acreditables, la extinción anticipada del contrato dependiendo del grado de avance del contrato, y la presencia de montos mínimos, que por razones de eficiencia, eficacia y celeridad habilitan –previo test de motivación suficiente– habilitan a prescindir de la licitación pública.

Por otra parte, existen causales que a nuestro juicio, merecen ser revisadas por el legislador y la autoridad administrativa, a fin de aumentar la concursabilidad y la transparencia, tales como aquella que se funda en la confianza que ostenta la Administración en el contratista y que, por la naturaleza de la contratación, permiten prescindir de la licitación pública. Consideramos, que esta causal mal interpretada y aplicada puede generar un atentado a la transparencia y la concursabilidad, y una eventual captura del contratista hacia la Administración, generando una situación similar a la renovación automática de contratos, en desmedro de otros potenciales contratista que pudiesen ofrecer al Estado ofertas más convenientes⁵⁶.

A nuestro juicio, no es discrecional la elección del procedimiento de contratación, entre licitación pública, licitación privada y trato directo, sino que cualquiera sea el procedimiento que a la postre sirve para la celebración del contrato administrativo, la potestad de selección es reglada sujeta a causales precisas y determinadas, que en algunos casos el legislador incorpora elementos discrecionales que le confieren un grado de libertad a la Administración del Estado, más no es un llamado a la arbitrariedad ni a la desviada interpretación de las mismas. Por lo tanto, el Estado no podría usar esa libertad excepcional que le entregan la licitación privada o el trato directo –ponderación racional– para convertir dichos procedimientos en la regla general, y de esta forma negar la concursabilidad y la transparencia que ofrece la licitación pública, negando el carácter general de la misma.

II. Cambio de procedimiento y motivación administrativa

Hemos señalado que el uso de concepto amplios como la confianza, la seguridad, el riesgo o la integridad, a que acuden los órganos administrativos para prescindir de la licitación pública, no son un llamado a una discrecional

⁵⁶ Dictamen N° 81.434 (2015), “Asimismo, aparece que ese instrumento contempla una cláusula de renovación automática, la que ha permitido que aquel se haya prolongado desde el año 2009 hasta esta data, lo que no resulta procedente, pues pugna tanto con el sistema de concurso público establecido en la normativa apuntada (...)”. Vid., *Delfos Ltda., con SCL* (2008).

amplia sin controles, por cuanto los órganos administrativos deben determinar por medio de una resolución fundada, los procedimientos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones. A su vez, siempre que se contrate por trato o contratación directa se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas, salvo que concurren las causales de las letras c), d), f) y g) del artículo 10 N° 7 del Reglamento.

Lo anterior queda reflejado en dos tópicos relevantes. En primer lugar, la Contraloría exige motivación precisa de los órganos públicos al invocar el trato directo, puesto que,“(…) para sustentar el trato directo por cualquier causal, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, ni la buena impresión que se haya formado el servicio contratante respecto de la empresa favorecida, ni la circunstancia de haberse suscrito anteriormente otros convenios similares con ese mismo proveedor, lo cual implica que en razón de su carácter excepcional, la causal de trato directo empleada, requiere que, al momento de invocarla, se acrediten efectiva y documentadamente las razones que justifican su procedencia, además de deber acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende”⁵⁷.

Por lo tanto, “La falta de justificación suficiente de una causal de trato directo implica un incumplimiento del deber de los órganos de la Administración del Estado (salvo la existencia de convenios marco, que, como señalamos, no obliga a los municipios) de realizar sus contrataciones preferentemente a través de procedimientos de licitación pública, y asimismo contraviene el principio de libre concurrencia que debe imperar en la propuesta pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Concurridos los hechos que sirven de fundamento para la contratación mediante trato directo, corresponde a la respectiva autoridad administrativa ponderarlos y efectuar la contratación en la forma indicada”⁵⁸.

Y, en segundo lugar, el mismo ente contralor ha emitido pautas precisas respecto de la observancia del principio de probidad por los órganos públicos al momento de contratar, lo cual, por cierto, los obliga a motivar suficientemente sus decisiones para prescindir de la licitación pública en favor de la licitación privada o el trato directo⁵⁹. Así, podemos destacar algunas

⁵⁷ Dictamen N° 8.805 (2016).

⁵⁸ Dictamen N° 68.458 (2012).

⁵⁹ A la motivación, en general, se le suelen reconocer tres atributos: uno es pedagógico, en tanto explica de un modo adecuado lo que justifica la adopción de una determinada decisión; el otro es que constituye el primer umbral de control de legalidad interno de la decisión, porque la autoridad debe explicar si se da el supuesto de hecho para la adopción de la decisión y como subsume la regla de competencia que lo autoriza a actuar, y el tercero, es defensivo, porque permite hacer posible al afectado ejercer su derecho a la impugnación, sea por la vía del recurso

directrices, orientadas a evitar el fraccionamiento del monto de compras para sortear la licitación pública, la interpretación estricta de las causales de inhabilidad para contratar con el Estado, el agotamiento de la discrecionalidad durante la etapa de adjudicación⁶⁰.

De esta forma, el cambio de procedimiento administrativo de contratación no es una habilitación hacia la más amplia discrecionalidad, sino que la potestad debe ser ejercida dentro de los márgenes de la ley siguiendo el principio de razonabilidad. Al respecto, Huepe señala que, (...) el ejercicio de la discrecionalidad será lícito y no corregible jurídicamente cuando se ejerza, en primer lugar, legalmente, esto es, dentro de los límites de la legalidad estricta, esto es, la legalidad o marco jurídico abstracto que le otorga la norma jurídica habilitante específica, pero también cuando se ejerza razonablemente, esto es, dentro de los límites de la razonabilidad, (legalidad en sentido lato o amplio) que le otorga la norma jurídica habilitante general⁶¹.

En la misma línea, la Corte Suprema hace suyas estas reflexiones doctrinarias al afirmar que, "los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla"⁶².

Por lo tanto, la alteración de procedimientos de contratación exige que la Administración del Estado motive la causal de cambio de procedimiento, en términos suficientes. La exigencia de motivación de los actos administrativos es hoy un requisito esencial para su validez, por cuanto, no basta que en el acto consten los elementos fácticos y jurídicos, sino que se exige una fundamentación y/o explicación circunstanciada y racional que permita detectar el *iter* lógico que ha seguido la Administración para adoptar la decisión respectiva, con independencia si el acto es favorable o desfavorable.

Tanto la jurisprudencia de la Contraloría como la Corte Suprema están contestes en que los actos administrativos –como manifestaciones del ejercicio de potestades públicas– deben ser motivados por exigencia del principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Así, el ente contralor ha señalado que los actos administrativos deben expresar "normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada (...)"⁶³. Además, ha elevado la motivación a requisito esen-

administrativo (revisión plena de la decisión, incluido el mérito) o bien de la acción jurisdiccional (revisión plena de legalidad). Vid., CORDERO 2017, 237.

⁶⁰ Dictamen N° 2453 (2018).

⁶¹ HUEPE 2018, 233.

⁶² *Pey Tumanoff Roxana con Mario Fernández Baeza Vicepresidente de La República y Otro* (2017).

⁶³ Dictamen N° 40.452 (2006).

cial de un acto administrativo señalando que “(...) la falta de motivación, por cuanto dicho requisito esencial, en tanto constituye el fundamento de ese acto administrativo y, por ende, se encuentra íntimamente vinculada a la decisión adoptada, debe concurrir al momento de la dictación del mismo”⁶⁴.

Por su parte, la Corte Suprema ha sido más enfática en exigir motivación de los actos administrativos, proscribiendo las actuaciones administrativas automáticas. De la jurisprudencia de la Corte Suprema, se pueden detectar algunos avances progresivos en la exigencia de motivación de los actos administrativos. En un primer estadio, la Corte Suprema ha exigido que la motivación de los actos administrativos requiere una “relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera de verificar su existencia y no argumentaciones generales”⁶⁵. En segundo lugar, la Corte Suprema agregó que el tribunal, al momento de realizar el control de los motivos de un acto discrecional, también debe considerar la importancia del acto administrativo y su complejidad, concluyendo entonces que existirían distintos grados y exigencias de motivación, lo que dependerá fundamentalmente de la naturaleza del acto administrativo. En efecto, los actos administrativos más complejos y con plazos de vigencia más elevados deben ser dictados con un mayor estándar de motivación⁶⁶.

De lo anterior, queda claro que la ausencia de un correcto razonamiento jurídico en la justificación de la causal de cambio del procedimiento de contratación constituye un ejercicio ajeno a la legalidad y la motivación que se exige de los actos administrativos por nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto un adecuado ejercicio de motivación permite a los ciudadanos escrutar el cómo y el quién de las contrataciones del Estado.

Para ello, se requiere que la motivación sea íntegra, esto es, que el acto administrativo debe indicar y desarrollar todos y cada uno de los motivos de hecho y derecho que le sirven de sustento, y no se admiten indicaciones parciales ni fraccionamiento de motivos. A su vez, la motivación debe ser coherente, esto es, que el acto administrativo tenga lógica y coherencia jurídica, que resulten persuasivos. Los fundamentos expresados en el acto deben permitir reproducir un razonamiento comprensible y apreciable como razonable por un tercero observador⁶⁷.

Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo podemos concluir que:

1. Que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, de 2003, sobre Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de

⁶⁴ Dictamen N° 56.391 (2008).

⁶⁵ *Herrera Jiménez Carlos con Comisión de Libertad Condicional* (2014).

⁶⁶ *Fernando Dougnac Rodríguez, Diego Lillo G., Gabriela Burdiles P., Rodrigo Pérez A. con María Ignacia Benítez Pereira, Ministerio del Medio Ambiente* (2015).

⁶⁷ POBLETE 2018, 208-213.

Servicios, la doctrina nacional discutía si el artículo 8 bis de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, permitía que la Administración del Estado pudiese elegir libremente el procedimiento de contratación más adecuado, sin que existiese un orden de prelación entre los distintos procedimientos de selección del contratista.

2. Que, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, de 2003, el panorama fue aclarado, por cuanto la ley privilegió el uso de la licitación pública como mecanismo general de contratación, relegando la licitación privada a la existencia de una resolución fundada, y el trato directo a la naturaleza de la contratación, de conformidad con causales tasadas y específicas.

3. Que, la misma idea es reiterada por el DFL N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene su ley orgánica y por los DS N° 75, de 2004, sobre obra pública y el DS N° 900, de 1996 sobre concesión de obra pública, ambos del mismo ministerio, en cuanto privilegian la licitación pública por sobre la licitación privada y el trato directo, al regular causales específicas y regladas.

4. Que, con la introducción de los convenios marcos previstos en la Ley N° 19.886, y con la regulación amplia y conjunta de las causales de licitación privada y trato directo, se genera nuevamente la interrogante sobre cuál es el procedimiento general de contratación, por cuanto las causales de licitación privada y trato directo confieren un margen de apreciación que permitiría prescindir de la licitación pública.

5. Que, revisadas las causales que le permiten a la autoridad administrativa prescindir de la licitación pública, consideramos que existen causales tradicionales, concretas y justificables para que la Administración puede invocar la licitación privada o el trato directo en busca de una eficiente contratación, tales como las situaciones calificadas de urgencia, las licitaciones sin interesados acreditables, la extinción anticipada del contrato dependiendo del grado de avance del contrato, y la presencia de montos mínimos.

6. Que, existen causales que es necesario revisar por el legislador y la autoridad administrativa, a fin de aumentar la concursabilidad y la transparencia, tales como aquella que se funda en la confianza que ostenta la Administración en el contratista y que por la naturaleza de la contratación permiten prescindir de la licitación pública, en términos amplios.

7. Que, la elección del procedimiento de contratación es reglada sujeta a causales precisas y determinadas, que en algunos casos el legislador incorpora elementos discrecionales que le confieren un grado de libertad a la Administración del Estado, más no es un llamado a la arbitrariedad ni a la desviada interpretación de las mismas.

Bibliografía Citada

ABARCA MUÑOZ, Katerina (2013). Los principios de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública. En: BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA

- ARROYO, José Luis [Coords.], *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago, Legalpublishing, pp. 291-332.
- ACEVEDO ALVEAR, Natalia (2018). *Licitación Pública. Regulación y concurrencia*. Santiago, Editorial Hammurabi, 208 pp.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2002). Cómo y con quién contrata la Administración. *VVAA, La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° años de vida institucional*, Contraloría General de la República, pp. 303-310.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006). Licitación pública: concepto, principios y tramitación. *Revista Actualidad Jurídica* N° 13, pp. 291-313.
- BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel (2009). *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, Santiago, Legalpublishing, 2ª edición, 177 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Abeledo Perrot, 2ª edición, 604 pp.
- BOQUERA OLIVER, José María (1963). *La selección de contratista. Procedimiento de selección y contrato*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 185 pp.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 324 pp.
- COMADIRA, Julio (2000). *Licitación Pública*. Buenos Aires, Depalma, 210 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Thomson Reuters, 786 pp.
- CORDERO VEGA, Luis, (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Estudios Judiciales*, N°4, pp. 231-250.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid, Marcial Pons, 335 pp.
- DROMI, Roberto (2010). *Licitación Pública*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 4ª edición, 710 pp.
- HUEPE ARTIGAS, Fabian (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago, Thomson Reuters, 525 pp.
- MARIENHOFF, Miguel (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T II, 850 pp.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación administrativa*. Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición, 613 pp.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1985). La extinción del contrato administrativo de obra pública. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 9, pp. 209-241.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2001). La propuesta pública: ¿es obligación, en la ley chilena como modalidad general de contratación administrativa?. *La semana jurídica*, N° 44, pp. 5-6.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (2001). Propuesta Pública: Contraloría y Ley de Bases. *La semana jurídica*, N° 47, pp. 5-6.
- POBLETE ORTUZAR, Domingo (2017). Caso Rectora de la Universidad de Aysén: Controlando la Discrecionalidad Presidencial. *Sentencias destacadas*, Libertad y Desarrollo, pp. 195-225.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2018). *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, 5ª edición, Tomo II, 663 pp.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique (2005). *La Licitación Pública*. Montevideo, Editorial B de F, 211 pp.

Normas citadas

- Ley N° 18.575, establece Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986.
- Ley N° 19.653, sobre probidad administrativa. *Diario Oficial*, 14 diciembre 1999.
- Ley N° 19.886, establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003.
- Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.

- Ley N° 9/2017, sobre Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 8 noviembre 2017.
- Ley N° 80, sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia. *Diario Oficial*, 28 octubre 1993.
- Ley N° 20.410, que Modifica la Ley de Concesiones de Obra Pública. *Diario Oficial*, 20 enero 2010.
- DS N° 250, de 24 de septiembre de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.886. *Diario Oficial*, 24 septiembre 2004.
- DS N° 821, de 21 de enero de 2020, del Ministerio de Hacienda, que Modifica el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 21 de enero de 2020.
- DS N° 900, de 18 de diciembre de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley de Concesiones de Obra Pública. *Diario Oficial*, 18 diciembre 1996.
- DS N° 75, de 1° de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que regula el Reglamento de Contrato de Obra Pública. *Diario Oficial*, 1 diciembre 2004.
- DS N° 956 de 1999, modificado por el DS N° 215, de 26 de abril de 2010, que contiene el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obra Pública. *Diario Oficial*, 26 abril 2010.

Jurisprudencia citada

- Herrera Jiménez Carlos con Comisión de Libertad Condicional* (2014): Corte Suprema, 2 diciembre 2014.
- Fernando Dognac Rodríguez, Diego Lillo G., Gabriela Burdiles P., Rodrigo Pérez A. con María Ignacia Benítez Pereira, Ministerio del Medio Ambiente* (2015): Corte Suprema, 30 septiembre de 2015.
- Serviu Metropolitano con Instituto de Educación Rural* (2017): Corte Suprema, 11 noviembre 2017.
- Pey Tumanoff Roxana con Mario Fernández Baeza Vicepresidente de La República y Otro* (2017): Corte Suprema, 19 junio 2017.
- Delfos Ltda., con SCL* (2008): Corte Suprema, 19 mayo 2008.
- Constructora e Inmobiliaria Amulen SpA con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2019): Corte Suprema, 22 abril 2019.
- Nutriplus Alimentación y Tecnología S.A. con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 junio 2019.
- Clínica Colonial S.A., con Fondo Nacional de Salud* (2013): Tribunal de la Contratación Pública, 21 agosto 2014.
- Dictamen N° 56.391 (2008): Contraloría General de la República, 28 de noviembre de 2008.
- Dictamen N° 53.520 (2008): Contraloría General de la República, 13 de noviembre de 2008.
- Dictamen N° 38.794 (2009): Contraloría General de la República, 21 de julio de 2009.
- Dictamen N° 17.016 (2013): Contraloría General de la República, 18 de marzo de 2013.
- Dictamen N° 10.448 (2014): Contraloría General de la República, 11 de febrero de 2014.
- Dictamen N° 14.236 (2018): Contraloría General de la República, 7 de junio de 2018.
- Dictamen N° 7 (2019): Contraloría General de la República, 26 de marzo de 2019.
- Dictamen N° 42.621 (2007): Contraloría General de la República, 21 de septiembre de 2007.
- Dictamen N° 81.434 (2015): Contraloría General de la República, 13 de octubre de 2015.
- Dictamen N° 76.516 (2012): Contraloría General de la República, 10 de diciembre de 2012.
- Dictamen N° 46.532 (2000): Contraloría General de la República, 4 de diciembre de 2000.
- Dictamen N° 61.442 (2012): Contraloría General de la República, 3 de octubre de 2012.
- Dictamen N° 71.748 (2012): Contraloría General de la República, 19 de noviembre de 2012.
- Dictamen N° 10.172 (2017): Contraloría General de la República, 23 de marzo de 2017.

Dictamen N° 8.805 (2016): Contraloría General de la República, 3 de febrero de 2016.
Dictamen N° 46.532 (2000): Contraloría General de la República, 4 de diciembre de 2000.
Dictamen N° 26.006 (2016): Contraloría General de la República, 8 de abril de 2016.
Dictamen N° 8.805 (2016): Contraloría General de la República, 3 de febrero de 2016.
Dictamen N° 68.458 (2012): Contraloría General de la República, 31 de octubre de 2012.
Dictamen N° 45.278 (2000): Contraloría General de la República, 24 de noviembre de 2000.
Dictamen N° 34.434 (2000): Contraloría General de la República, 8 de septiembre de 2000.
Dictamen N° 52.018 (2007): Contraloría General de la República, 19 de noviembre de 2007.
Dictamen N° 87.444 (2015): Contraloría General de la República, 4 de noviembre de 2015.
Dictamen N° 45.278 (2000): Contraloría General de la República, 24 de noviembre de 2000.
Dictamen N° 23.348 (2010): Contraloría General de la República, 4 de mayo de 2010.
Dictamen N° 50.123 (2011): Contraloría General de la República, 9 de agosto de 2011.
Dictamen N° 81.434 (2015): Contraloría General de la República, 13 de octubre 2015.
Dictamen N° 8.805 (2016): Contraloría General de la República, 3 de febrero de 2016.
Dictamen N° 68.458 (2012): Contraloría General de la República, 31 de octubre de 2012.
Dictamen N° 2453 (2018): Contraloría General de la República, 22 de enero de 2018.
Dictamen N° 40.452 (2006): Contraloría General de la República, 29 de agosto de 2006.

Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad

Contentious-administrative techniques that reinforce the rule of law

Pedro Harris Moya*†

La lectura sistemática de las disposiciones del contencioso administrativo se manifiesta en las técnicas empleadas en contra de la Administración. Éstas permiten mostrar cómo ciertas prácticas favorecen la impugnación de los actos administrativos, reforzando así el principio de legalidad.

The techniques used against the Administration are the consequence of the systematic reading of administrative provisions. These techniques indicate that certain practices are favorable to the judicial review of administrative acts, thus reinforcing the rule of law.

Palabras clave: contencioso administrativo, acto administrativo, principio de legalidad.

Keywords: administrative litigation, administrative act, rule of law.

Introducción

La amplitud de la garantía constitucional para acceder al contencioso administrativo (art. 38 inc. 2° de la Constitución)¹ no parece conciliable con las limitaciones legales que su desarrollo presenta. Detrás de cada consagración legal favorable a la apertura de recursos contenciosos en este ámbito², suelen encontrarse diferentes restricciones. Los ejemplos de ello

* Profesor de Derecho administrativo, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile. Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia N° 641, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: pedro.harris@uautonoma.cl.

† Doctor en Derecho público, Universidad de París 1, *Panthéon-Sorbonne*, Francia.

Artículo recibido el 13 de enero de 2020 y aceptado el 25 de mayo de 2020.

¹ PIERRY 2000, 11 y ss.; BERMÚDEZ 2010, 108; PANTOJA 2010, 695 y ss.; FERRADA 2013, 177.

² La calificación de acción es preferida para aludir a los mecanismos jurisdiccionales dirigidos en contra del acto administrativo –v.gr.: FERRADA 2011, 253-. No obstante, esta asimilación no es completa, ya que olvida a la excepción, como una vía de impugnación. Asimismo, la calificación de ciertos “recursos”, como el de protección, permiten la fami-

son variados. Desde la inimpugnabilidad de los actos trámite, hasta la expiración del plazo para anular el acto terminal. Desde las limitaciones para producir una condena de actuación, hasta el control de las ejecuciones³.

No obstante, la primacía constitucional no solo supone mecanismos derogatorios frente a la contradicción de normas, sino también interpretativos. Estos requieren que ante dos sentidos y alcances diversos de las reglas en oposición, el intérprete opte por la que mayor conformidad constitucional presenta. Si la garantía de acceso al juez posee un valor constitucional en nuestro ordenamiento, entonces sus limitaciones legales deben ser interpretadas restrictivamente⁴, lo que exige no solo considerar un análisis aislado de las disposiciones, sino también su lectura sistemática.

La lectura sistemática de las disposiciones sobre la impugnación administrativa se relacionará con las técnicas contenciosas. Ellas se insertan en un proceso jurisdiccional, a través de prácticas que permiten articular las herramientas que el contencioso administrativo proporciona. Éstas pueden emplearse por el demandante o el demandado pues, como se verá, la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad del acto administrativo (art. 3 inc. final de la Ley N° 19.880) no impide que el administrado pueda adoptar ambos roles, en defensa de la legalidad.

La amalgama del proceso civil y el administrativo, en nuestro ordenamiento, parece explicar la carencia de estudios sobre estos aspectos por parte de la doctrina publicista. Esta explicación, sin embargo, no resulta coherente con las características del proceso administrativo. Pese las reglas comunes al CPC, el proceso administrativo consagra particularidades que lo alejan de él, relacionadas tanto con su valor constitucional, como con el trasvase de instituciones propias del procedimiento administrativo⁵. Un aspecto y otro conforman hoy un proceso con rasgos distintivos.

Uno de los rasgos distintivos del proceso administrativo consiste en diferenciar las formas bajo las cuales la Administración puede provocar una

liaridad del término. Por último, la propia ley suele preferir una terminología diversa, como la "reclamación", véase: CARMONA 2005, 207.

³ Teóricamente, dichas restricciones podrían permitir conciliar las exigencias constitucionales de la legalidad, favorable a la apertura irrestricta del contencioso administrativo, y de la seguridad, que requiere de su limitación. En la práctica, sin embargo, no es necesario ir lejos para observar que la ausencia de coherencia y la falta de sistematicidad de las disposiciones que permiten alcanzar este objetivo pueden también suponer una restricción a la seguridad y, lógicamente, también a la legalidad.

⁴ La necesidad de esta interpretación restrictiva se justifica, aún más, por la valoración de la impugnabilidad, estructurada bajo la forma de un principio común a las leyes de bases: art. 15 de la Ley N° 19.880, de 2003, y art. 10 de la Ley N° 18.575, de 1986.

⁵ La Ley N° 19.880, de 2003, ha tenido una influencia determinante en la configuración del proceso administrativo. No obstante ello, dicha influencia se explica, en gran medida, por la dificultad de diferenciar su naturaleza del procedimiento administrativo. De hecho, esta dificultad se observa también en el sentido inverso. En rigor, tampoco es "sencillo extrapolar las exigencias procesales imperantes en el ámbito jurisdiccional al terreno propiamente administrativo": VALDIVIA y BLAKE 2015, 119.

ilegalidad invalidante. La extensión del art. 38 inc. 2º de la Constitución requiere que esta dimensión conserve una lectura amplia, susceptible de impedir todo vacío de control. Es por esto que las impugnaciones no solo se asocian a una intervención formal, sino también material. Todo ello requiere diferenciar la impugnación de actos (I) y actuaciones (II) de la Administración, al reflejar dos formas de comportamientos *lato sensu*.

I. Las técnicas favorables a la impugnación del acto administrativo

La extensión de la definición de acto administrativo bien pudo servir de base para admitir en nuestro ordenamiento una regla general favorable a su impugnabilidad. En efecto, esta extensión está presente en la noción legal de acto administrativo (que comprende, no solo las decisiones en sentido estricto, sino también los actos desprovistos de contenido decisorio⁶) y, por cierto, en el propio ámbito de aplicación de la Ley N° 19.880 (art. 2), cuyo alcance permite en rigor limitar la opción del legislador de definir tales actos "para efectos de esta ley"⁷ en concreto⁸.

No obstante, diferentes restricciones convierten a la impugnabilidad en una verdadera excepción. Se trata de limitaciones que no solo operan de manera explícita, sino también implícita o tácitamente. Basta destacar que la asociación del acto administrativo a su procedimiento permite constatarlo, con independencia de la fase de tramitación. Sin perjuicio de las restricciones legales a la impugnación de actos trámite (1), la jurisprudencia ha limitado la impugnación de actos terminales (2). Una situación y otra, sin embargo, permiten ampliaciones indirectas.

1. La impugnación del acto trámite

"Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad" (art. 8 de la Ley N° 19.880). Esta es la razón por la cual el procedimiento es definido como "una sucesión de actos trámite vinculados entre sí (...) que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal" (art. 18 de la Ley N° 19.880). La finalidad de "producir"⁹ tal acto es considerada de manera prioritaria. La sola enumeración de los principios del procedimiento lo demuestra¹⁰.

La impugnación del acto administrativo supone por ello distinguir aquellos dictados durante la tramitación del procedimiento de aquellos que lo fi-

⁶ Art. 3 inc. 6º de la Ley N° 19.880, de 2003.

⁷ Art. 3 inc. 2º de la Ley N° 19.880, de 2003.

⁸ PIERRY 2005, 71 y ss.

⁹ BOCKSANG 2010, 236: "El problema de fondo que habría de plantearse es el de si la emisión del acto decisorio es suficiente para que el procedimiento administrativo cumpla el fin que le es propio, que es el de la actualización de la potencia administrativa".

¹⁰ Véase los principios de celeridad, conclusivo, economía procedimental y no formalización (arts. 7, 8, 9 y 13 de la Ley N° 19.880, de 2003).

nalizan. Si bien ambos son actos de la Administración, solo los segundos son directamente impugnables en los términos de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos. En efecto, pese a ser mayoritarios en cuanto a su número, los actos trámite únicamente son impugnables en circunstancias de excepción. Aunque esto limita en gran medida los efectos de la amplitud legal de la noción de acto administrativo (a)¹¹, diferentes mecanismos permiten afirmar su impugnación indirecta (b).

a) *La limitación literal a la impugnación*

La traducción de la finalidad de producir un acto terminal, en términos de impugnabilidad de los actos administrativos, se manifiesta en las limitaciones a dicha impugnación respecto de aquellos que ponen en movimiento el procedimiento. Se trata de los actos trámite, referidos por la ley de manera implícita al definir el procedimiento administrativo en base a su sucesión¹². Conforme al art. 15 inc. 2° de la Ley N° 19.880, “los actos de mero trámite son impugnables solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”.

Puede observarse así la distancia con que las diferentes leyes de bases¹³ han interpretado la impugnación de los actos administrativos. Particularmente si se considera, como lo ha observado la doctrina, que esta disposición limita el estándar de control anterior a su entrada en vigor, en aplicación del art. 10 de la Ley N° 18.575, conforme al cual “[l]os actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley”¹⁴. Si bien esta disposición omite una referencia totalizadora (que incorpore “todo acto”), ninguna restricción era afirmada.

La perspectiva sustantiva (de la Ley N° 18.575) se opone así a la perspectiva procedimental (de la Ley N° 19.880), cuyo objeto es evitar que la interposición de recursos limite la tramitación del procedimiento¹⁵. La forma de conseguir dicho resultado es clara. Salvo excepciones, la ilegalidad de un acto trámite no es impugnable directamente, sino solo de manera indirecta. Ello deberá ocurrir junto con la impugnación del acto terminal. Por ello, solo la dictación de este último abre la impugnación del primero. En caso que diferentes actos administrativos fueran viciados, o que también lo sea el terminal, todos estos vicios deberán atacarse conjuntamente.

En rigor, el legislador pudo interpretar que un acto trámite no era apto para agraviar, al carecer de efectos externos. La ley parece afirmarlo así al

¹¹ Art. 15 inc. 2° de la Ley N° 19.880, de 2003.

¹² Art. 18 de la Ley N° 19.880, de 2003.

¹³ Ley N° 18.575, de 1986, y Ley N° 19.880, de 2003.

¹⁴ SOTO KLOSS 2015, 85.

¹⁵ Esta contradicción se aprecia también en la oposición entre el art. 54 de la Ley N° 19.880, de 2003, que impide el recurso paralelo (administrativo y jurisdiccional), y el art. 10 de la Ley N° 18.575, de 1986, conforme al cual la interposición de los recursos administrativos (ya sea de reposición o jerárquico) es “sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”.

disponer que “[l]a Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico”¹⁶. Si esta resolución es necesaria, también lo será que el procedimiento sea finalizado. Y si lo es, entonces la Administración deberá dictar un acto terminal, que permita impugnar los actos anteriores.

Sin embargo, la inimpugnabilidad del acto trámite puede acarrear efectos perjudiciales para el administrado. En algunos casos podrán asociarse a aspectos sustantivos. Por ejemplo, si el tiempo que media entre el acto trámite y el terminal permite convalidar el primero, por efecto de una modificación del bloque de la legalidad¹⁷. En otros múltiples casos dichas consecuencias se asociarán a aspectos procesales. Así, el transcurso del tiempo puede limitar los argumentos en su contra (v.gr.: dada la imposibilidad posterior de acreditar circunstancias presentes con anterioridad).

b) *La apertura sistemática de la impugnación*

Si el carácter de base de la ley del procedimiento administrativo supone garantizar un mínimo básico de garantías¹⁸, entonces las disposiciones que limiten los derechos deben interpretarse restrictivamente. Tal es el caso de la inimpugnabilidad del acto trámite, cuya consagración general opera a partir de esta ley. El alcance de esta limitación requiere verificar otras disposiciones que pueden colisionar con la inimpugnabilidad de dichos actos, y examinar la propia noción de acto trámite, debido a la mayor o menor extensión que puede alcanzar su definición.

La inimpugnabilidad del acto trámite de la Ley N° 19.880, a través de recursos administrativos, tiene un efecto limitado. Y es que si bien ella puede ser extendida al recurso jerárquico (debido a que la Ley N° 18.575 solo lo garantiza “cuando proceda”), no puede limitar el recurso de reposición (interpuesto y resuelto por la autoridad que dicta el acto). Primero, porque este

¹⁶ Art. 50 de la Ley N° 19.880, de 2003.

¹⁷ La inimpugnabilidad del acto administrativo de trámite debe llevar a interpretar que sus vicios se comunican al acto que finaliza el procedimiento. En rigor, solo este último suele ser considerado por la jurisprudencia. Véase: Sentencia TC Rol N° 1849-10 (2011), c. 5°: “Que el criterio universalmente aceptado es que, salvo disposición en contrario, los actos administrativos se rigen por la normativa vigente al tiempo de su emisión, de modo que a esa luz debe juzgarse en lo que hace a su validez inicial”. Dicha época ha sido también afirmada por la Corte Suprema: *Abrego Diamantti con Instituto de Normalización Previsional* (2007), c. 16°: “[q]ue la retroactividad de la anulación del acto ilegítimo se explica y se basa en la necesidad de eliminarlo a contar de la misma fecha en que él se perfeccionó, justamente, porque los vicios que generan su invalidez se han configurado en esa oportunidad, esto es, se debe tratar de defectos congénitos del acto irregular y que tienen tal entidad que obligan a declarar su ineficacia desde la misma fecha”. Ello origina la dificultad de precisar cuál es la época de control del acto trámite, considerando que la impugnación dirigida al acto terminal podrá convalidar su vicio y, en ciertos casos, favorecer la inactividad administrativa en espera del cambio de circunstancias. Véase: *Trucco con Dirección General de Aguas* (2015).

¹⁸ ROJAS 2007, 117 y ss.; VERGARA 2007, 31 y ss.; JARA 2008, 298.

recurso es asimilable a una petición¹⁹. Y segundo, ya que la Ley N° 18.575 garantiza, también de manera básica, la apertura irrestricta de la reposición, al afirmar que podrá interponerse “siempre”²⁰.

Lo mismo ocurre en relación con otros recursos que se alejan del modelo adoptado por la Ley N° 19.880, para organizar la impugnación, estructurada en base a la notificación o publicación²¹. En efecto, si bien dichos mecanismos permiten abrir por regla general el contencioso administrativo, puede suceder que dicho contencioso ya se encuentre cerrado a esta época, por una fórmula de cómputo diversa, como ocurre en el caso del recurso de protección, abierto por treinta días, desde que el administrado conoció o debió conocer del acto²².

Algo similar sucede en relación con el acto trámite considerado en sí mismo. La Ley N° 19.880 se estructura en torno a un concepto unitario del procedimiento en tramitación. No obstante, en muchas ocasiones un interesado debe tramitar diferentes procedimientos administrativos paralela o sucesivamente, los que se asocian por la finalidad pretendida por él²³. Este grado de conexión puede originar confusiones ¿debe interpretarse que ellos

¹⁹ Art. 19 N° 14 de la Constitución de 1980.

²⁰ Art. 10 de la Ley N° 18.575, de 1986.

²¹ Véase Párrafos 1° y 2° del Capítulo III de la Ley N° 19.880, de 2003.

²² El plazo se cuenta “desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos” (N° 1 del Acta N° 94-2015, que establece el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales). El razonamiento judicial permitiría el paralelismo de recursos administrativos y jurisdiccionales en base al art. 20 de la Constitución, que habilita para interponer el recurso de protección “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. *Salazar Godoy con Fisco* (2010), citada en: FERRADA 2011, 262. Este autor, sin embargo, critica esta posición. “[N]o parece muy consistente con los objetivos perseguidos por el legislador al disponer la regla del artículo 54 ya citado, con una efectiva protección de los derechos de los particulares y, aún menos, con la utilización eficiente del sistema judicial”. Pese a ello, la dificultad de apreciar el cómputo de este plazo tiene larga data. Véase: SOTO KLOSS 1984, 368.

²³ En otras ocasiones, estas conexiones no dependen de la finalidad pretendida por el interesado, sino de la propia regulación legal, que conecta diferentes procedimientos o legislaciones. Por ejemplo, ello se observa cuando la dictación de un acto se condiciona por otro, o bien, cuando un mecanismo de coordinación ha sido establecido. Véase: DELHOSTE 2001, 199 y ss. En nuestro derecho, la recepción de obras y el otorgamiento de patentes municipales es un ejemplo de lo primero (v.gr.: art. 25 bis de la Ley N° 19.300: “Las Direcciones de Obras Municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable”; y art. 83 del Código Sanitario: “Las Municipalidades no podrán otorgar patentes definitivas para la instalación, ampliación o traslado de industrias, sin informe previo de la autoridad sanitaria sobre los efectos que ésta puede ocasionar en el ambiente”). En cambio, algunos instrumentos de gestión ambiental son un ejemplo de lo segundo. Es lo que sucede en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al asociar la tramitación de múltiples permisos. Si bien la mayor parte de ellos suelen ser ambientales (tramitados en base a una legislación ambiental diversa a la de bases del medio ambiente), existen al menos una treintena de permisos no ambientales, que imponen “conectar” legislaciones muy diversas. En todos estos casos, es razonable interpretar que los actos conectados son un “trámite” de otro procedimiento y, por tanto, son impugnables en tanto actos de término del procedimiento específicamente tramitado, por aplicación de su legislación.

conforman un único procedimiento para efectos de su impugnación, o debe conservarse una impugnabilidad separada²⁴.

Una interpretación literal favorece separar la impugnación de procedimientos asociados en su tramitación. Así se concluye de la propia noción del procedimiento administrativo, definida como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí (...) que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”²⁵. La separación que esta disposición consagra entre el acto trámite y el terminal implica que, de reunir ambas facetas, el acto deberá primar en esta última faz, para efectos de permitir su impugnabilidad. Así ha sido interpretado por la jurisprudencia²⁶.

2. La impugnación del acto terminal

Una vez finalizado el procedimiento, la Administración deberá dictar un acto administrativo terminal, que le permitirá al administrado atacarlo, en base a aspectos de forma o fondo. Sin embargo, en principio, únicamente podrá hacerlo durante el tiempo de ejercicio de los recursos jurisdiccionales que el derecho positivo le otorga. En efecto, un ejercicio tardío supondrá la extinción de la acción, no pudiendo impugnarse el acto posteriormente, por efecto del tiempo (a). Solo una lectura favorable a la imprescriptibilidad de la excepción permite superar tal límite (b).

a) *La prescriptibilidad de la acción*

La nulidad constitucional e imprescriptible, afirmada por largo tiempo en base a los arts. 6 y 7 de la CPR²⁷, ha sido progresivamente limitada, sustancial y procesalmente²⁸. La limitación sustancial es doctrinaria, y se basa en cuestionamientos a su campo de aplicación en torno a los vicios del acto²⁹. La limitación procesal es legislativa y obedece a la consagración de múltiples

²⁴ Si bien el concepto de acto separable puede ser útil en la aplicación de ciertas reglas sustantivas, también lo es ante la aplicación de algunas disposiciones procesales, como lo es la impugnación. “Hasta ahora, el campo de aplicación más conocido de esta teoría es el de los procedimientos administrativos contractuales, como la licitación pública”: VALDIVIA 2018, 208.

²⁵ Art. 18 de la Ley N° 19.880, de 2003.

²⁶ Así, en el marco de un procedimiento de evaluación ambiental, pueden ser atacados los actos de derecho urbanístico, antes que el proyecto industrial sea rechazado formalmente por parte de la autoridad ambiental. Véase: *CGX Castilla con Seremi de Salud de Copiapó* (2010), véase: CORDERO VEGA 2011a, 197-198.

²⁷ *Pérsico Paris con Fisco* (1997).

²⁸ BERMÚDEZ 2010, 104; FERRADA 2010, 189 y ss.; SOTO KLOSS 2015, 73 y ss.

²⁹ Conforme a una posición jurisprudencial, la nulidad de derecho público solo alcanzaría a los vicios formales del acto, quedando aquellos sustanciales remitidos al legislador, según los arts. 1462, 1682 y 1683 del Código Civil, en relación a la nulidad absoluta respecto de actos contrarios al Derecho público. Si bien esta posición fue afirmada inicialmente –*Camacho con Fisco* (2006) y *Abrego Diamanti con Instituto de Normalización Previsional* (2007), véase: BERMÚDEZ 2008, 273 y ss.; BERMÚDEZ 2010, 103 y ss.–, habría sido abandonada posteriormente –*Ovalle Leccaros con Fisco, Servicio Agrícola y Ganadero y Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano* (2012), véase: BOCKSANG 2012b, 299 y ss.; SOTO KLOSS 2015, 73 y ss.–. Hoy, la jurisprudencia parece retomar parcialmente la posición inicial. Véase: CONTARDO 2019, 534.

acciones contenciosas especiales³⁰, dotadas de menor eficacia debido a su carácter prescriptible³¹. Todo ello origina un concurso de acciones que debe revolversse a favor de una de ellas.

La primera solución al concurso parte de una interpretación extensiva del art. 7 inc. 3º de la Constitución. La lectura es extensiva porque se interpreta que esta regla establece un régimen prevalente³². El administrado podrá elegir si ataca el acto a través de este contencioso general constitucional o mediante un contencioso especial legal³³. Si bien la prescripción es un aspecto deficitario de este último³⁴, el contencioso especial puede otorgar otras ventajas, como obtener no solo la nulidad, sino la modificación del acto³⁵.

³⁰ Sin embargo, el número de acciones contenciosas administrativas sigue siendo incierto. En la década de los ochenta, la doctrina ya contabilizaba cincuenta acciones contenciosas administrativas especiales, véase: FIAMMA 1986, 349. Posteriormente, este número se incrementaría significativamente, alcanzando ciento veinte acciones contenciosas administrativas especiales, véase: CARMONA 2005, 183 y ss. En general, se acepta que hoy en día este número al menos se duplica.

³¹ Frente al ejercicio de estas acciones contenciosas especiales, el concepto de prescripción resulta más apropiado que la noción de caducidad, debido a la facultad del interesado de agotar la vía administrativa, y la necesidad de interrumpir el plazo para ejercer la acción contenciosa en caso de preferir dicha vía (art. 54 inc. 2º de la Ley N° 19.880, de 2003). Al menos si se considera que “la caducidad se configura dogmáticamente con la existencia de un plazo fatal que no se puede interrumpir ni suspender, por cuanto busca la eficiencia en la actividad administrativa, lo que la distingue de la prescripción”: FLORES 2017, 233. Ello parece explicar que el término prescripción sea utilizado por el art. 43 inc. 3º de Ley N° 19.880, al señalar que “[e]l abandono no producirá por sí solo la prescripción de las acciones del particular o de la Administración. En todo caso, los procedimientos abandonados no interrumpirán el plazo de prescripción”. Por lo demás, este concepto ha sido empleado por la Corte Suprema en sentencias ampliamente comentadas, al concluir que “lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos a favor del particular” (*Droguett con Fisco* (2013)). No obstante lo anterior, no puede desconocerse que la referencia a la caducidad de acciones es también utilizada por la jurisprudencia, siendo preferida por un sector de la doctrina. La dificultad de explicar este régimen podría justificar que ciertos autores aludan indistintamente a las figuras. V.gr.: VALDIVIA 2018, 245: “Respecto de las acciones judiciales tendientes a la declaración de nulidad, es frecuente que la ley encierre su ejercicio dentro de plazos de prescripción o de caducidad”.

³² BOCKSANG 2012b, 299 y ss.; SOTO KLOSS 2015, 73 y ss.

³³ *Brown con Municipalidad de Peumo* (1999).

³⁴ HUNTER 2014, 205.

³⁵ Los ejemplos de contenciosos administrativos que permiten esta modificación son variados. En rigor, estos pueden ser tramitados por el juez ordinario. Es el caso del art. 151 letra h) de la Ley N° 18.695, de 1988, conforme al cual: “La corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiere ser constitutiva de delito”. No obstante, este modelo ha sido seguido ampliamente por los tribunales especializados en materias administrativas. En el caso del Tribunal de la Contratación Pública, el art. 26 de la Ley N° 19.886, de 2003, establece: “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”. En el caso de los Tribunales Ambientales, el art. 30 de la Ley N° 20.600, de 2012, dispone: “La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”. Y, en el caso de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, se sigue

No obstante, condicionado al efecto de cosa juzgada³⁶.

En rigor, la facultad de modificar el acto administrativo, propio del ejercicio de ciertos recursos contenciosos, ha sido un aspecto inadvertido por la doctrina. El que estos no solo permitan anular un acto, sino también modificarlo, genera efectos en la interpretación de la superposición. Ella no podrá ser calificada como un “concurso”, sino como una mera “yuxtaposición” de recursos, debido a su diversa finalidad. De aquí que el transcurso del tiempo para reclamar la modificación del acto no deba, necesariamente, extinguir el recurso de nulidad general³⁷.

La segunda solución al concurso parte de una interpretación diversa, basada en la lectura restrictiva del art. 7 inc. 3° de la Constitución, cuya operatividad se limitaría a los casos en que el legislador no hubiera consagrado un contencioso especial para atacar el acto de que se trate³⁸. En caso contrario, el administrado carecería de un derecho de opción para elegir la vía de ataque³⁹. Deberá hacerlo imperativamente por la vía especial, invocando disposiciones legales que contrastan con la acción de nulidad constitucional al presentar una notoria heterogeneidad⁴⁰.

El acceso a la justicia sufre así de variaciones. “[D]esde su denominación (reclamación, apelación, recurso o demanda), la tramitación que debe seguir la demanda (ordinaria, sumaria, proceso de protección, tramitación incidental o sin forma de juicio), los plazos de interposición de ésta (5, 10, 15, 30 o 60 días), las reglas probatorias que siguen (ya sea en cuanto al término probatorio, los medios de prueba y la valoración de éstos) y el contenido mismo de

una regla similar conforme al art. 156 inc. 3° del Código Tributario: “El fallo contendrá todas las providencias que el Tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Estas fórmulas no son anecdóticas. Así, en el recurso de protección, la Corte respectiva “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (art. 20 de la CPR). No obstante, suele asociarse a acciones acotadas en cuanto al plazo.

³⁶ *Tocornal con Municipalidad de Vitacura* (2004), véase: CORDERO QUINZACARA 2019.

³⁷ En este caso, el transcurso del tiempo impedirá que el interesado demande la modificación del acto por la vía del recurso contencioso especial. Podrá únicamente demandar su nulidad por la vía del contencioso general. En contra: HUNTER 2014, 206.

³⁸ *Comunidad Martínez Sandoval con Fisco* (2011), véase: CORDERO QUINZACARA 2019; *Aguas Araucanía con Fisco* (2017). A diferencia de la interpretación anterior, basada en la jerarquía de las disposiciones, la Corte Suprema ha fundado esta lectura en la especialidad, aplicando el art. 13 del Código Civil: *Díaz Guajardo con Fisco* (2011), véase BOCKSANG 2012a, 263 y ss. En fin, esta posición ha sido también afirmada frente a la creación de tribunales especiales: *Santa Victoria con Servicios de Impuestos Internos* (2012); *Comercial y Pesquera Anamar con Servicios de Impuestos Internos* (2013), véase: RUIZ 2019, 3 y ss. No obstante, se ha sostenido una lectura contraria: *Comercial AMS con Servicio de Impuesto Internos* (2013), véase: RUIZ 2014, 285 y ss.

³⁹ FERRADA 2011, 274-275.

⁴⁰ HUNTER 2014, 205.

la sentencia (anulatoria, condenatoria o reparatoria), denotan una pluralidad y heterogeneidad difícilmente sistematizable⁴¹.

El principal cuestionamiento afecta al plazo para recurrir. Debido a que este tiempo es consagrado en legislaciones especiales, la preferencia por la imperatividad del recurso contencioso especial impedirá que el administrado pueda atacar el acto por la vía general, una vez transcurrido el plazo. Esta crítica es el principal aspecto que favorece la actualidad del recurso general de nulidad, pues en principio solo éste permite extender los efectos del tiempo. No obstante, dicha situación es más aparente que real, debido a la forma en que opera el control del acto.

b) *La imprescriptibilidad de la excepción*

La nulidad suele ser asociada a una acción. La simple denominación de su régimen lo demuestra. En general, los autores nacionales han calificado alternativamente esta institución como una "nulidad de derecho público", una "acción de nulidad de derecho público" o a una "acción constitucional de derecho público"⁴². No obstante, si la nulidad puede reclamarse a través de una acción, nada impide que pueda serlo por la vía de excepciones o defensas⁴³. De hecho, esta asociación se infiere de la posición inicial de la doctrina en la reconstrucción del régimen⁴⁴.

Implícitamente, la aceptación de la excepción de nulidad de derecho público se observa en sentencias ya comentadas. Es lo que ocurre en la Sentencia de Corte Suprema *Droguett con Fisco* (2013), al afirmar que: "lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos a favor del particular"⁴⁵. Ciertamente, el máximo tribunal alude directamente a la acción no declarativa de derechos, afirmada ya en su sentencia *Aedo con Fisco* (2000)⁴⁶. No obstante, indirectamente, esta posición es extensible a todo medio diverso a la acción⁴⁷.

⁴¹ FERRADA 2011, 266.

⁴² AGÜERO SAN JUAN 2017, 252. Esto parece obedecer al esfuerzo por deducir el derecho a la acción de nulidad, lo que llevaría a asimilar instituciones en rigor diversas. Véase: FIAMMA 1986, 347: "si la nulidad para que se produzca requiere ser declarada, declaración que corresponde precisamente al juez, la vía lógica para transportar a los tribunales la nulidad a que se refiere el precepto citado es el derecho a la acción y de este acoplamiento nace la acción constitucional de nulidad. Sin derecho a la acción el artículo 7° es simplemente un monumento en homenaje al principio de legalidad, pero jurídicamente inútil".

⁴³ Una tercera alternativa corresponde a la excepción de ilegalidad, susceptible de articularse con un recurso contencioso administrativo. En nuestro Derecho administrativo, esta figura ha sido propuesta por la doctrina, véase: VALDIVIA 2018, 244.

⁴⁴ SOTO KLOSS, citado en: PIERRY 1993-1994, 86.

⁴⁵ C. 11°. Véase también: *Gardilic Harasic con Fisco y Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá* (2013).

⁴⁶ La acción declarativa referida debe interpretarse en el contexto de la distinción de acciones de nulidad, inaugurada por la Sentencia de Corte Suprema *Aedo con Fisco* (2000). Véase: *Eyzaguirre Cid con Fisco* (2007) y *Le Roy Barría con Esva SA* (2009).

⁴⁷ De no interponerse dicha excepción o defensa, ni ejercerse la acción respectiva, cabe preguntarse si el juez puede prescindir del acto ilegal. La aplicación del régimen de nulidad absoluta,

Una objeción a ello podrá fundarse en la Ley N° 19.880, pues, a partir de ésta, “[l]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad” (art. 3 inc. final), imponiendo que el administrado (y no la Administración) recurra al juez, a través de una reclamación directa en contra del acto. Esto, sin embargo, no implica toda ineficacia de las excepciones o defensas, si se considera que un sector de la doctrina ha demostrado los límites de la eficacia que esta disposición puede tener en ciertos supuestos⁴⁸, lo que ha encontrado apoyo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional (v.gr.: en materia de sanciones)⁴⁹.

La primera hipótesis será entonces que la Administración se dirija en contra del administrado, ejerciendo una pretensión declarativa, por la falta de operatividad de la presunción de legalidad. Este supuesto impedirá aplicar los plazos para “recurrir” en contra del acto, al estructurarse en torno a una acción que debe ejercerse por el administrado. Si en la especie es la Administración la que inicia el proceso (para obtener la declaración de legalidad), ninguno de estos plazos resultará aplicable al interesado, que deberá impugnar dicho acto por la vía de excepciones o defensas⁵⁰, siendo el retardo de la Administración lo que justifica la imprescriptibilidad de su ejercicio.

Teóricamente, por tanto, tales plazos de prescripción solo podrían relacionarse con los vicios invalidantes que pudieron afectar a otros actos administrativos previos (dotados de una presunción de legalidad). Este escenario no es excepcional y está presente en general en la medida que la Administración dicte diferentes actos dotados de algún grado de conexión⁵¹. El ejemplo tradicional consiste en un acto de aplicación de un reglamento⁵² (que es

ampliamente debatido por un sector de la doctrina, permite contribuir a este efecto. A diferencia de la nulidad de derecho público, la nulidad de derecho privado consagra una disposición expresa referida a esta obligación. Es el caso del art. 1683 del Código Civil, que le impone el juez el deber de declarar la nulidad absoluta si aparece de manifiesto en el acto o contrato. No obstante, debe destacarse el carácter marginal de la nulidad absoluta en la materia, aceptada respecto de los vicios de fondo. En contra de esta tendencia: *Teitelboim con Fisco* (1991).

⁴⁸ ENTEICHE 2014, 137 y ss.; Sin perjuicio de la doctrina contraria a este régimen de presunciones. Véase: SOTO KLOSS 2012, 337.

⁴⁹ Véase las Sentencias del TC Rol N° 1518-19 (2009), c. 8° y Rol N° 5.540-18 (2018), c. 63°.

⁵⁰ En contra: VALDIVIA 2018, 213. Si bien el autor acoge la imprescriptibilidad en relación con los reglamentos, solo admite el carácter imprescriptible del mecanismo en contra de ciertos actos administrativos individuales. Tal es la solución del derecho francés.

⁵¹ Véase: VALDIVIA 2009, 876.

⁵² En el derecho nacional, este mecanismo de inaplicación ha sido conocido en el “contexto de la debilidad histórica del sistema chileno de control jurisdiccional de los actos de la administración”: HUMERES 2017, 170. El mismo resultado puede alcanzarse a través de la confrontación del acto administrativo con la ley, sin intermediación del reglamento. Pese a que en este caso el examen del reglamento se muestra insuficiente, permite controlar el acto administrativo, pese a no ser interpretado como un acto de aplicación. Véase: PARODI 2005, 45 y ss. El autor destaca que este efecto puede alcanzarse por la vía de la acción de protección (art. 20 de la CPR), al ser integrados bajo la ilegalidad -a propósito de la Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, *Agua los Dominicos con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2005), y de la Sentencia de Corte Suprema *Agua Cordillera con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2005)-. No obstante, el mecanismo se muestra insuficiente si de lo que se trata es de demostrar la vulneración

conocido por un sector de la doctrina en el derecho nacional como el acto administrativo en sentido estricto)⁵³.

En la práctica, sin embargo, este efecto puede resultar limitado; particularmente en relación con el acto reglamentario. Una vez que el juez declare la ilegalidad de su acto de aplicación, la Administración podrá encontrarse sujeta a la obligación de invalidar el reglamento⁵⁴. Esta es la lectura que se desprende de la invalidación, calificada como un poder-deber, sin perjuicio de los términos legales⁵⁵. Si el plazo de dos años de invalidación⁵⁶ ya hubiere transcurrido, la Administración deberá subsanar los vicios del reglamento, conforme al art. 13 inc. final de la Ley N° 19.880⁵⁷.

Eventualmente, este efecto podría producirse a partir de la anulación del rechazo a una solicitud de invalidación. No obstante, la interpretación estricta del art. 53 de la Ley N° 19.880, por parte de la jurisprudencia, ha limitado esta posibilidad, al calificar la inimpugnabilidad del acto que rechaza tal solicitud⁵⁸. Esta lectura ya ha sido objeto de una atenuación por la Corte Suprema⁵⁹. Esta atenuación, pese a su carácter conservador, se inserta en un movimiento favorable a la impugnación de todo acto administrativo, lo que permite prever una futura extensión.

La segunda hipótesis será que la Administración se dirija en contra del administrado, ejerciendo una pretensión ejecutiva, debido a la falta de ope-

del reglamento por parte del acto administrativo de aplicación -sujeto a la obligación de indelegabilidad: Dictámenes N° 22.321 (2008) y N° 60.691 (2014)-. En derecho francés, la excepción de ilegalidad es ampliamente utilizada –BROYELLE 2018, 111; GAUDEMET 2015, 136–, al menos si el reglamento ha servido de base a su dictación de un acto administrativo posterior (que es aquel que será impugnado), o si este último se limita a aplicar tal reglamento.

⁵³ Véase: CORDERO QUINZACARA 2010, 25-26. Una posición diversa es afirmada por: PIERRY 2005, 71 y ss.

⁵⁴ Respecto de la invalidación del reglamento, véase: Dictamen N° 53.290 (2004); Dictamen N° 53.875 (2009); Dictamen N° 39.979 (2010).

⁵⁵ CARRASCO 2012, 75: “El artículo emplea la expresión ‘podrá’, lo que pudiera dar motivo para entender que se trata de una atribución meramente discrecional. Sin embargo, dicha norma debe ser relacionada con el artículo 58, letra a) del Estatuto Administrativo”; LARA y GUERRERO 2011, 22; FLORES 2016, 195-196. Véase asimismo, entre otros: Dictámenes N° 3.441 (2008) y N° 56.880 (2011). No obstante, la competencia de apreciación de la ilegalidad ha sido interpretada bajo un carácter exclusivo de la misma autoridad que dicta el acto administrativo, no pudiendo ordenar su invalidación directamente la Contraloría: Sentencia de Corte Suprema *Inmobiliaria Punta Piqueros con Contraloría Regional de Valparaíso* (2016).

⁵⁶ Art. 53 de la Ley N° 19.880, de 2003. Interpretar que el plazo de dos años impide invalidar un reglamento supone aplicar integralmente esta ley a dicha fuente. La doctrina ya ha afirmado la dificultad que ello conlleva, respecto del Capítulo IV sobre la revisión de los actos administrativos. Véase: PIERRY 2005, 71 y ss. En un sentido similar: Dictamen N° 39.979 (2010).

⁵⁷ Conforme al art. 13 de la Ley N° 19.880: “La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”. El término “podrá”, en este caso, no necesariamente es indicativo de una competencia discrecional, pudiendo suponer un deber de subsanar el acto, similar a lo que ocurre en la invalidación.

⁵⁸ CGX *Castilla con Seremi de Salud de Copiapó* (2010); *Castillo Pitripan con Servicio de Evaluación Ambiental* (2015).

⁵⁹ *Comité de Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2019).

ratividad de sus facultades de imperio y ejecución⁶⁰, situación coherente con múltiples disposiciones en aparente contradicción con la interpretación literal del art. 3 inc. final de la Ley N° 19.880⁶¹. Como se verá, la alegación de ciertas excepciones o defensas en tal caso aparece limitada por una jurisprudencia que distingue entre la impugnación de los actos y de sus ejecuciones. Al ser una forma de actuación administrativa, no obstante, ello deberá analizarse junto a otras técnicas favorables a su impugnación.

II. Las técnicas favorables a la impugnación de la actuación administrativa

La impugnación de la actuación administrativa no aparece expresamente descrita en la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos y, más aún, una lectura apresurada permitiría interpretar su inimpugnabilidad. Así se desprende de la noción legal de acto administrativo, referido por la ley como las “decisiones escritas” que adopte la Administración en ejercicio de sus competencias. Esta definición, concordante con los actos, no se encuentra siempre presente frente a comportamientos pasivos, y solo en ciertos casos preexiste a aquellos activos⁶².

Sin embargo, la impugnación administrativa no solo comprende los actos sino también las actuaciones. Estas últimas pueden ser variadas y adoptar formas que ninguna relación tienen con una decisión escrita de la Administración. La multiplicidad de formas de actuación administrativa puede responder a omisiones (1) y ejecuciones (2) de actos. En un caso y otro, diferentes recursos permiten abrir el contencioso administrativo, superando así la configuración “revisora”⁶³ de actos que, por regla general, tiene la jurisdicción destinada a su control.

1. La impugnación de la omisión

Pese a su consagración en ciertos contenciosos administrativos, la noción de omisión no es fácilmente identificable en el Derecho administrativo. La omisión supone la carencia de ejercicio de un deber administrativo. Sin embargo, este deber no siempre se encuentra descrito en términos específicos⁶⁴. La ausencia de especificidad del deber administrativo en ocasiones permite asimilarlo a una competencia discrecional. No obstante ello, ésta puede variar en un sentido reglado, mediante la fabricación de un acto desfavorable (a), susceptible de ser anulado (b).

⁶⁰ ENTEICHE 2014, 143: “pareciendo indisolublemente concatenado a la imperatividad y exigibilidad, la Ley N° 19.880 autoriza a que la Administración del Estado ejecute o ponga en práctica de oficio y de modo forzoso, los actos que ya emitió”.

⁶¹ *Ibid.*, 137 y ss.

⁶² A favor de una interpretación amplia del acto administrativo, que integra también aquellos verbales y gestuales: MORAGA, 2010, 137 y ss.

⁶³ NIETO 1962, 75 y ss.

⁶⁴ PIERRY 1977, 169; ROMÁN 2005, 402 y ss.

a) *La fabricación del rechazo implícito*

Salvo excepciones, como en el recurso de protección, la regla general en nuestro país supone el carácter “revisor” del contencioso. Así se deriva de la acción de nulidad de derecho público, que requiere de un “acto” contrario a la legalidad⁶⁵. Este esquema, que es compartido por múltiples contenciosos administrativos especiales, supone interrogarse sobre qué mecanismos emplear en supuestos donde el recurso carece de referencias a hipótesis de inactividad, o bien, cuando la inactividad en sí misma no puede determinarse claramente, pese a integrarse en el recurso.

La respuesta de la doctrina en este escenario supone una primera fase, destinada a crear el acto administrativo⁶⁶. La creación de este acto es posible a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 19.880, que innova en los efectos del silencio administrativo. La regla del silencio positivo permitirá cubrir un amplio espectro de conductas, en las cuales la inactividad de la Administración tendrá como resultado la dictación de un acto favorable, por el solo retardo en su emisión. En otros casos, sin embargo, esta regla se invierte, entendiéndose que el silencio vale rechazo⁶⁷.

El efecto del silencio como rechazo permite constatar un ámbito de aplicación extendido, susceptible de cubrir la mayor parte de los supuestos en los cuales el retardo de la Administración es susceptible de causar una lesión a los derechos del administrado. Basta constatar los términos de la ley del procedimiento administrativo, que comprende, entre otras hipótesis, el ejercicio del derecho de petición (art. 19 N° 14 de la CPR) o cualquier solicitud que afecte al patrimonio fiscal⁶⁸. El silencio como rechazo no es sin embargo intrascendente para el control.

En efecto, transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento administrativo⁶⁹, el silencio-rechazo será apto para provocar un acto administrativo implícito desfavorable a la solicitud. Este acto administrativo implícito resulta funcional al carácter de revisor del juez de la Administración en el derecho nacional, bajo supuestos en que ninguna acción contra la omisión sea consagrada por la ley, o bien en hipótesis en las cuales su ejercicio ya no fuera posible. El administrado podrá entonces dirigirse en contra de ella, para efectos de abrir el contencioso.

⁶⁵ Arts. 6 y 7 de la Constitución. En particular, el art. 7 inc. 3° de la Constitución requiere de un “acto” (sin alusión a una omisión).

⁶⁶ NIETO 1962, 75 y ss.

⁶⁷ Arts. 64 y 65 de la Ley N° 19.880, de 2003.

⁶⁸ Art. 65 de la Ley N° 19.880, de 2003. Conforme a esta disposición, lo mismo ocurre en supuestos en los cuales “la Administración actúe de oficio” o, “cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos”.

⁶⁹ Art. 27 de la Ley N° 19.880, de 2003. VERGARA 2017, 79 y ss.

b) *La anulación del rechazo implícito*

Anular el rechazo implícito supone constatar la ilegalidad de la omisión de la Administración, en casos donde sus condiciones de intervención no aparecen determinadas previamente. La Administración se limita primero a omitir intervenir en un ámbito determinado. Y posteriormente guarda silencio frente a una solicitud destinada a poner término a su inactividad. El juez deberá controlar un aspecto y otro, pudiendo llegar a un resultado desfavorable a la omisión. Si tal es el caso, éste deberá anular el rechazo implícito de intervención.

En rigor, la anulación de un rechazo implícito de intervención equivale a una condena de actuación⁷⁰. Pese al carácter negativo de la nulidad, este es el efecto que produce la acción en este caso. El juez anula el silencio negativo de la Administración, constatando con ello su ilegalidad. Si este silencio es ilegal, es porque la Administración deberá intervenir positivamente. El efecto de la acción no permite la substitución directa de la Administración si ella nada ha resuelto. No obstante ello, le impone a ésta una obligación de abandonar su inactividad.

Diferentes recursos podrían permitir el ejercicio de esta condena administrativa. Y frente a la ausencia de reclamaciones especiales, no parece posible descartar la utilidad del recurso general de nulidad⁷¹. Esto es particularmente útil en casos donde el recurso de protección vía omisión no es procedente, por las diferencias que presenta este último, en el entendido que él no solo comprende un contencioso objetivo (como es el caso de la nulidad constitucional), sino también un contencioso subjetivo (pues supone la amenaza, privación o perturbación de ciertas garantías)⁷².

La condena de actuación podrá traducirse en la dictación de actos o en el ejercicio de actuaciones. Por ello, podrá tener lugar un supuesto de actividad formal o material. En ambos casos, se tratará de una limitación a la competencia discrecional que inicialmente la Administración podía ostentar, debiendo entenderse que ella se sujeta a una competencia reglada, que impone una obligación de intervenir, a partir de la anulación del rechazo. Una obligación en tal sentido podrá ser más o menos precisa, pero siempre exigible por parte del interesado.

Lo anterior no solo se relaciona con la distinción entre la faz activa y pasiva de la intervención administrativa, sino también con el carácter funcional de sus competencias⁷³. La competencia es un poder-deber, y así lo demuestra el tránsito de una atribución discrecional (basada en la elección válida de actuar u omitir⁷⁴) a otra reglada, donde la Administración carecerá de margen de apreciación. Cualquier competencia, por discrecional que sea, es suscep-

⁷⁰ NIETO 1962, 75 y ss.; NIETO 1986, 11 y ss.; PEÑALVER I CABRÉ 2013, 149 y ss.

⁷¹ Arts. 6 y 7 de la Constitución.

⁷² FERRADA 2011, 275.

⁷³ GÓMEZ 2011, 101 y ss.; ROMÁN 2005, 411.

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2017, 500.

tible de sujetarse a esta técnica frente a la inactividad, e incluso, si esta actividad, pese a ser desarrollada, adolece de carencias.

2. La impugnación de la ejecución

En fin, un último supuesto de aparente inimpugnabilidad administrativa se relaciona con las actuaciones positivas. Al dictar un acto administrativo, la Administración goza de diferentes prerrogativas. Una consiste en el valor legal presunto del acto, mientras que otra se asocia a su ejecución (art. 3 inc. final de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos). La competencia de ejecución por parte de la Administración permite diferenciar dicha fase de la etapa de dictación del acto. Como se verá, la separabilidad de los vicios de estas etapas así lo requiere.

Es por ello que no solo las omisiones pueden ser impugnadas, sino también las ejecuciones. La impugnación de la ejecución del acto administrativo no se confunde con la impugnación del acto considerado en sí mismo, en la medida que se trata de un ataque posterior a su dictación. La jurisprudencia ha considerado esta alternativa de ataque a través de diferentes vías. Una corresponde al decaimiento de la ejecución del acto ya dictado (a). Otra corresponde a la impugnación del vicio que afecta a la actuación material por no encuadrarse en el acto preexistente (b).

a) *El decaimiento de la ejecución*

Si el procedimiento administrativo se asocia a la finalidad de producir un acto administrativo terminal, resulta lógico que su ejecución no pueda ser en rigor calificable como tal. En efecto, frente a la ejecución el acto terminal ya ha sido dictado y, eventualmente, atacado por parte del administrado. Paralelamente, la ejecución en sí misma es una actividad material de la Administración, alejándose por tanto del procedimiento en un sentido estricto. La ejecución no es un procedimiento ni un acto, sino una actuación, esto es, una actividad material desplegada.

Sin embargo, la distinción entre el acto, el procedimiento y las actuaciones tiene poco sentido desde el punto de vista de la ejecución. Si toda la actividad de la Administración (formal y material) se sujeta a la legalidad, será necesario controlar su contenido. Este control no solamente deberá operar si la Administración efectivamente actúa, sino también si retarda la ejecución de un acto dictado, con independencia de su contenido⁷⁵. Podrá tratarse así

⁷⁵ VERGARA 2017, 85: "En la búsqueda de un criterio eficaz para evitar que la administración siga excediendo de modo crónico el "plazo legal" para resolver en los procedimientos administrativos de oficio, la Corte Suprema inició (...) una línea jurisprudencial (...) en que utiliza como solución para la dilación excesiva tanto la figura del decaimiento como el criterio de la inexistencia de plazos fatales para la administración (con diversas disidencias y prevenciones de algunos ministros, en todo caso)". Esta solución ha sido criticada por los autores, debido a la inaplicación del art. 27 de la Ley N° 19.880, de 2003, referida a un plazo máximo de seis meses, a favor de la regla de dos años prevista para la invalidación administrativa (art. 53). Véase entre otros: VERGARA 2017, 79 y ss.; BOCKSANG 2010, 229 y ss.; CORDERO VEGA 2011b, 243 y ss. Sin embargo, no aparece

de un acto de contenido favorable, pero también desfavorable, como es el caso en materia de sanciones.

Frente a un acto favorable, la Administración podrá encontrarse sujeta a una obligación de hacer. Esta será la consecuencia del acto que preside la actuación, el cual impone al órgano concretar su contenido. Toda carencia de la Administración en la aplicación material de sus efectos supondrá una omisión antijurídica en el plano de la legalidad, pero también un supuesto de una falta de servicio⁷⁶, al constatarse que la Administración no actúa o lo hace tardíamente. El administrado podrá por tanto atacar la inejecución mediante un contencioso objetivo o subjetivo.

Sin embargo, algo distinto sucede respecto de actos de contenido desfavorable. Habitualmente el administrado no tendrá interés en que la ejecución sea efectuada por la Administración, quien puede igualmente retardar ejecutar el acto de gravamen dictado por ella. Este retardo es particularmente perjudicial, considerando que en tal supuesto el plazo de tramitación puede ser respetado por la Administración y, sin embargo, sorprender la confianza del interesado posteriormente, considerando la ausencia de todo plazo en la Ley N° 19.880, referido a este aspecto.

En efecto, si el procedimiento ha finalizado, no podrá afirmarse ya su decaimiento (de dos años)⁷⁷ ni el incumplimiento del deber de tramitación (de seis meses)⁷⁸. Deberá, en cambio, aplicarse una regla de extinción diversa. Aunque recientemente la prescripción de cinco años⁷⁹ ha sido afirmada frente a sanciones⁸⁰, la prescripción de tres años de la acción ejecutiva resulta más acorde al imperio y exigibilidad del acto administrativo⁸¹. Por lo demás, cabe preguntarse si la prescripción de seis meses ha sido reconsiderada respecto de actos desfavorables no sancionadores⁸².

como aplicable a supuestos en los cuales la Administración dicta el acto terminal, incurriendo posteriormente en una carencia, debido al retardo en la ejecución de la decisión adoptada. En tal caso, ya no existiría un procedimiento, a la luz de los términos del art. 18 de la Ley N° 19.880, referidos a la producción del acto terminal.

⁷⁶ Se tratará, por cierto, de una falta de servicio en un sentido subjetivo. Véase: BERMÚDEZ 2011, 505. Sin embargo, será también una falta de servicio objetiva, asimilada por un sector de la doctrina a la omisión del mismo. Véase: SOTO KLOSS 2012, 845.

⁷⁷ *Shell Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2009).

⁷⁸ Art. 27 de la Ley N° 19.880, de 2003.

⁷⁹ Dictamen N° 24.731 (2019). Esta lectura se funda en la consolidación de una posición iniciada ya hace años: *Empresa Eléctrica de Aysén con Superintendencia de Electricidad y Combustible* (2009); *Casino de Juego de Temuco con Superintendencia de Casinos de Juegos* (2018); *Laboratorios Laffi con Instituto de Salud Pública* (2018). Otra interpretación ha sido favorable a la aplicación del art. 94 del Código Penal, que consagra la prescripción de seis meses en materia de faltas. Véase: CORDERO QUINZACARA 2014, 267-270. De hecho, esta última interpretación ha sido tradicional y mayoritaria en este ámbito. Véase: VALLEJO 2016, 287.

⁸⁰ BERMÚDEZ 1998, 323 y ss.

⁸¹ Art. 2515 del Código Civil. En tal caso, debiera interpretarse que este plazo no admite una conversión de dos años, luego de su término.

⁸² Debido a que la jurisprudencia administrativa ha reconsiderado el plazo de prescripción de sanciones en sentido estricto (y, más concretamente, de la infracción cometida) –Dictamen

b) *La juridicidad de la ejecución*

Una última alternativa consiste en que la ejecución, producto de una actuación, no se ajuste al contenido del acto preexistente a ella, que justifica la intervención material de la Administración. La Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, consagra diferentes mecanismos que permiten el control de esta fase. Primero, al establecer que la ejecutoriedad del acto se condiciona por su notificación o publicación. Y segundo, al consagrar como un deber del órgano que ordena la ejecución, notificar al particular interesado (arts. 50 y 51).

La publicidad del acto administrativo es así el primer elemento de control de la fase de ejecución, al permitir que el administrado tome conocimiento del contenido de la actuación que se desarrollará. Ello ha sido considerado principalmente respecto de los reglamentos, al interpretarse la insaneabilidad de la ausencia de publicación, no solo de su dictación, sino también de su modificación⁸³. Algo similar ha ocurrido respecto de actos que miran el interés general, ámbito en que la falta de publicidad ha impedido iniciar el cómputo del plazo de impugnación⁸⁴.

Ahora bien, la impugnación de la fase ejecutiva no se asimila a aquella dirigida en contra del acto terminal del procedimiento administrativo tramitado, debido a que no es posible atacar la ejecución del acto en razón de los vicios que pudieren afectar a este último. Así ha sido afirmado por la Corte Suprema al considerar la separabilidad de los vicios de que pudiere adolecer el acto respecto de aquellos que afectan a la actuación posterior –*Sánchez Díaz de Essar S.A. con Municipalidad de Temuco* (2010)–, para impedir la apertura de una nueva fase impugnatoria⁸⁵.

El cierre de la impugnación del acto, una vez que éste se encuentre en estado de ejecución, se basa por tanto en la seguridad. Sin embargo, la aplicación irrestricta de esta separación resulta criticable. Por regla general el control del acto se encuentra relacionado con el contenido de su ejecución. Esto, ya que la Administración no es libre de ejecutar el acto de cualquier modo, sino solo atendiendo a su contenido. Una ejecución contraria no solo

N° 24.731 (2019)-, no parece afectarse la jurisprudencia anterior, aplicable respecto de actos desfavorables no sancionadores. Por otro lado, ya que el plazo del art. 2515 del Código Civil supera el doble del tiempo necesario para hacer decaer el procedimiento administrativo, conforme a la jurisprudencia, cabe preguntarse si la prescripción del art. 94 del Código Penal, de seis meses en materia de faltas (y no el Código Civil), consagra los principios de general aplicación en este ámbito. Al respecto, pero en relación con el Código Civil: FERRADA 2007, 117.

⁸³ *Hernández con Municipalidad de Lago Ranco* (2013).

⁸⁴ *Ossandón con Municipalidad de Concón* (2013).

⁸⁵ En la sentencia en cuestión la Corte concluye: “aceptar la impugnabilidad del acto de ejecución por medio del reclamo de ilegalidad importaría que en la medida que el acto de conclusión no fuere atacado, podría dar lugar, indefinidamente, a nuevos procesos contencioso administrativos. Lo expresado en sin perjuicio de la facultad de impugnar un acto administrativo de ejecución afectado por un vicio originado solo a partir de su emisión, cuyo no es el caso” (c. 12°).

permite declarar la ilegalidad de ésta, sino también la del acto, debido a la estrecha relación que existe entre una y otro.

Por un lado, esta relación podrá dar lugar a vicios que afectan al acto administrativo cuya ejecución se pretende. Un ejemplo se aprecia en la desviación de poder. El análisis de esta relación ha sido tradicional en la expropiación⁸⁶, respecto de bienes destinados a un fin diverso del que motivó el acto expropiatorio. Sin embargo, nada impide analizar otros supuestos. Por otro lado, podrá suceder que el acto en sí mismo carezca de vicios y que, sin embargo, deba de todas formas perder su eficacia. El ejemplo tradicional de ello tendrá lugar frente a su decaimiento.

Conclusiones

1. Si el contencioso administrativo forma parte del principio de legalidad, entonces la eficacia de los recursos contenciosos condicionan el rol del Derecho administrativo en un Estado de Derecho. Tradicionalmente, la eficacia de los recursos jurisdiccionales es limitada por diversas reglas, que limitan la impugnabilidad de los actos y de las actuaciones de la Administración.

2. La impugnación de actos ha sido habitualmente limitada antes y después de la dictación de un acto terminal, que pone fin al procedimiento administrativo. La limitación anterior se relaciona con la inimpugnabilidad de los actos trámites. Aquella posterior, se asocia a las restricciones impuestas a la impugnación del acto terminal, una vez transcurrido el plazo para accionar.

3. Diferentes técnicas permiten superar estas restricciones. Respecto del acto trámite, la apertura de la impugnación se relaciona con la reposición administrativa y el recurso de protección. Respecto del terminal, la apertura indirecta del contencioso se asocia a la vigencia del mecanismo de excepción en el proceso administrativo, al permitir extender la impugnación del acto.

4. La impugnación de las actuaciones posee también limitaciones aparentes. Frente a las carencias, se asocian a la dificultad de determinar un supuesto de omisión ilegal, pero también a la configuración general de los recursos (que no siempre consagran una hipótesis omisiva). Frente a las ejecuciones, ya que la impugnación de la ejecución no se confunde con el ataque del acto.

5. Las técnicas contenciosas permiten también comprender estos supuestos. Respecto de las omisiones, ya que la nulidad de una decisión desfavorable a intervenir equivale a una condena de actuación. Respecto de las ejecuciones, debido a que la Administración no es libre para determinar su oportunidad, ni menos aún su contenido, debiendo sujetarse al acto que la precede.

⁸⁶ Bajo la figura de la retrocesión, si la Administración destina el bien a una finalidad distinta a la expresada en el decreto de expropiación. *Torres con Fisco* (2004). Véase: BERMÚDEZ 2011, 476.

Bibliografía citada

- AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2017). Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera parte: La versión de Mario Bernaschina González. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 2, pp. 251-294.
- BERMÚDEZ, Jorge (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, N° 1, pp. 323-334.
- BERMÚDEZ, Jorge (2008). El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la constitución política - Fundamentos para la aplicación de una solución de derecho común. *Revista de Derecho Público*, N° 70, pp. 273-285.
- BERMÚDEZ, Jorge (2010). Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N° 1, pp. 103-123.
- BERMÚDEZ, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. Santiago, Legalpublishing, 2ª Edición, 602 pp.
- BOCKSANG, Gabriel (2010). La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: A horcajadas entre decaimiento y nulidad. *Sentencias Destacadas LYD*, pp. 225-252.
- BOCKSANG, Gabriel (2012a). Díaz Guajardo con Fisco - Nulidad de derecho público - DL N° 2695 de 1979. *Ius Publicum*, N° 28, pp. 263-268.
- BOCKSANG, Gabriel (2012b). La ampliación de las causales de nulidad de derecho público por la Corte Suprema. *Sentencias destacadas LYD*, pp. 299-314.
- BROYELLE, Camille (2018). *Contentieux administratif*. Paris, LGDJ, 5ª Edición, 496 pp.
- CARMONA, Carlos (2005). El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. En: FERRADA, Juan Carlos [coord.], *La Justicia Administrativa*, Santiago, LexisNexis, pp. 183-240.
- CARRASCO, Andrés (2012). La invalidación y la revocación de los actos administrativos: Doctrina y jurisprudencia judicial y administrativa. *Revista Derecho y Justicia*, N° 2, pp. 69-99.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2019). Contrato de transacción contrario al derecho público chileno celebrado por una municipalidad con un funcionario - Procedencia de la nulidad absoluta en desmedro de la nulidad de derecho público - Corte Suprema: Roles N° 15943-2016, 24 de mayo de 2016; N° 14333-2016, 19 de mayo de 2016; N° 6809-2016, 19 de mayo de 2016; N° 10528, 29 de marzo de 2016; N° 21898-2015, 24 de marzo de 2016; N° 17893-2015, 10 de marzo de 2016; N° 14276-2014, 30 de octubre de 2014". *Revista Ius et Praxis*, año 25 N° 1, pp. 521-536.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 1, pp. 21-50.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). *Derecho administrativo sancionador*. Santiago, Legalpublishing, 302 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 25, N° 1.
- CORDERO VEGA, Luis (2007). El principio del control público en el derecho administrativo chileno. En: PANTOJA, Rolando [coord.], *Derecho administrativo chileno*, México, Editorial Porrúa, pp. 591-731.
- CORDERO VEGA, Luis (2011a). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental. *Revista Justicia Ambiental*, N° 3, pp. 192-201.
- CORDERO VEGA, Luis (2011b). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador: comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. *Anuario de derecho público UDP*, N° 2, pp. 243-255.
- DELHOSTE, Marie-France (2001). *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*. Paris, LGDJ, 290 pp.
- ENTEICHE, Nicolás (2014). La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 21, N° 2, pp. 137-182.

- FERRADA, Juan Carlos (2007). Los principios estructurales del Derecho administrativo chileno - Un análisis comparativo. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 221-222, pp. 99-136.
- FERRADA, Juan Carlos (2010). Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo - Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente. *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 1, pp. 189-203.
- FERRADA, Juan Carlos (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, pp. 251-277.
- FERRADA, Juan Carlos (2013). La legitimación activa en los procedimientos administrativos anulatorios en el derecho chileno. En: FERRADA, Juan Carlos [coord.], *IX Jornadas de Derecho administrativo: La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno*. Santiago, Thomson Reuters, 582 pp.
- FIAMMA, Gustavo (1986). La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10, pp. 345-353.
- FLORES, Juan Carlos (2016). La potestad revocatoria de los actos administrativos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1, pp. 191-222.
- FLORES, Juan Carlos (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 2, pp. 225-249.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2017). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, Thomson Reuters, T I, 871 pp.
- GAUDEMET, Yves (2015). *Droit administratif*. Paris, LGDJ, 21ª Edición, 544 pp.
- GÓMEZ, Marcos (2011). *La inactividad de la Administración*. España, Aranzadi Ediciones, 4ª Edición, 1342 pp.
- HUNTER, Iván (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol 27, N° 2, pp. 191-215.
- HUMERES, Nicolás (2017). La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 24, pp. 157-179.
- JARA, Jaime (2008). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N°19.880. *Revista de Derecho Público*, N° 70, pp. 287-311.
- LARA, José Luis y GUERRERO, Gonzalo (2011). Aspectos críticos de la invalidación administrativa en la ley 19.880: análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 1, pp. 17-44.
- MORAGA, Claudio (2010). La actividad formal de la Administración del Estado. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando [coord.], *Tratado de Derecho Administrativo*, Santiago, Legalpublishing, Tomo VII, 556 pp.
- NIETO, Alejandro (1962). La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 37, pp. 75-126.
- NIETO, Alejandro (1986). La inactividad material de la Administración veinticinco años después. *Documentación administrativa*, N° 208, pp. 11-64.
- PANTOJA, Rolando (2010). El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República. En: TAVOLARI, Raúl [coord.], *Doctrinas esenciales - Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 695-714.
- PARODI, Alejandro (2005). Tres lecciones acerca de cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración. *Sentencias Destacadas LYD*, pp. 45-62.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre (2013). Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos. *Revista de Administración Pública*, N° 190, pp. 149-194.
- PIERRY, Pedro (1977). El recurso de protección y lo contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1, pp. 153-173.
- PIERRY, Pedro (1993-1994). Nulidad en el Derecho administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15, pp. 79-100.
- PIERRY, Pedro (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, pp. 11-39.

- PIERRY, Pedro (2005). Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo: el reglamento, dictámenes de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 13, pp. 71-80.
- ROJAS, Christian (2007). Sistema de revisión de los actos administrativos contemplados en la Ley General de Pesca y Acuicultura (a la luz de los estándares de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos). *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, pp. 117-138.
- ROMÁN, Christian (2005). Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado. *Revista de Derecho Público*, N° 67, pp. 402-423.
- RUIZ, Germán (2014). Nulidad de derecho público tributaria. *Revista de Estudios Públicos Tributarios*, N° 10, pp. 285-297.
- RUIZ, Germán (2019). Nulidad de derecho público tributaria. En: EQUIPO EDITORIAL THOMSON REUTERS [eds.], *Grandes temas de Derecho Tributario - Manual de Consultas Tributarias*, Santiago, Thomson Reuters, Vol. I, pp. 326.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984). El recurso de protección: aspectos fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 2-3, pp. 365-372.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho administrativo: temas fundamentales*. Santiago, Legalpublishing, 966 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2015). La nulidad de derecho público hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Revista Ius Publicum*, N° 34, pp. 73-92.
- VALDIVIA, José Miguel (2009). Sobre la nulidad en Derecho público. En: FLORES et al. [coord.], *La primacía de la persona humana: Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago, Legalpublishing, pp. 865-885.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de Derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 448 pp.
- VALDIVIA, José Miguel y BLAKE, Tomás (2015). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el derecho administrativo, *Estudios Públicos*, N° 138, pp. 93-135.
- VALLEJO, Rodrigo (2016). Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 47, pp. 281-301.
- VERGARA, Alejandro (2007). Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En: ESCUELA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO [ed.], *Acto y Procedimiento Administrativo – Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 31-47.
- VERGARA, Alejandro (2017). El mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración y el “decaimiento” en los procedimientos administrativos. *Estudios Públicos*, N° 148, pp. 79-118.

Normas jurídicas citadas

- Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del 31 de enero de 1968, Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Sanitario. *Diario Oficial*, 31 enero 1968.
- Código Tributario, Decreto Ley N° 830 del 31 de diciembre de 1974, Ministerio de Hacienda, que aprueba el Código Tributario. *Diario Oficial*, 31 diciembre 1974.
- Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 9 marzo 1994.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 30 de mayo de 2000, Ministerio de Justicia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 17 de noviembre de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986.
- Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Ley N° 19.886, Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 26 de julio de 2006, Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica constitucional de Municipalidades. *Diario Oficial*, 31 marzo 1988.

Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales. *Diario Oficial*, 28 junio 2012.

Jurisprudencia citada

Teitelboim con Fisco (1991): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 noviembre 1991.

Pérsico Paris con Fisco (1997): Corte Suprema, 20 noviembre 1997.

Brown con Municipalidad de Peumo (1999): Corte Suprema, 5 octubre 1999.

Aedo con Fisco (2000): Corte Suprema, 27 noviembre 2000.

Aguas los Dominicos con Superintendencia de Servicios Sanitarios (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 septiembre 2004.

Torres con Fisco (2004): Corte Suprema, 28 octubre 2004.

Tocornal con Municipalidad de Vitacura (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 diciembre 2004.

Aguas Cordillera con Superintendencia de Servicios Sanitarios (2005): Corte Suprema, 19 abril 2005.

Camacho con Fisco (2006): Corte Suprema, 28 junio 2006.

Eyzaguirre Cid con Fisco (2007): Corte Suprema, 28 junio 2007.

Abrego Diamantti con Instituto de Normalización Previsional (2007): Corte Suprema, 29 noviembre 2007.

Le Roy Barría con Esva SA (2009): Corte Suprema, 27 enero 2009.

Empresa Eléctrica de Aysén con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2009): Corte Suprema, 15 octubre 2009.

Shell Chile SA con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2009): Corte Suprema, 28 diciembre 2009.

Sánchez Díaz de Essar SA con Municipalidad de Temuco (2010): Corte Suprema, 22 julio 2010.

CGX Castilla con Seremi de Salud de Copiapó (2010): Corte Suprema, 15 noviembre 2010.

Comunidad Martínez Sandoval con Fisco (2011): Corte Suprema, 12 septiembre 2011.

Díaz Guajardo con Fisco (2011): Corte Suprema, 7 noviembre 2011.

Santa Victoria con Servicios de Impuestos Internos (2012): Corte Suprema, 2 enero 2012.

Ovalle Lecaros con Fisco, Servicio Agrícola y Ganadero y Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano (2012): Corte Suprema, 1 junio 2012.

Droguett con Fisco (2013): Corte Suprema, 4 enero 2013.

Comercial AMS con Servicio de Impuesto Internos (2013): Corte de Apelaciones de Talca, 4 enero 2013.

Gardilic Harasic con Fisco y Empresa de Servicios Sanitarios (2013): Corte Suprema, 8 abril 2013.

Ossandón con Municipalidad de Concón (2013): Corte Suprema, 2 mayo 2013.

Hernández con Municipalidad de Lago Ranco (2013): Corte Suprema, 2 septiembre 2013.

Comercial y Pesquera Anamar con Servicios de Impuestos Internos (2013): Corte Suprema, 26 noviembre 2013.

Trucco con Dirección General de Aguas (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 marzo 2015.

Castillo Pitripan con Servicio de Evaluación Ambiental (2015): Corte Suprema, 22 abril 2015.

Inmobiliaria Punta Piqueros con Contraloría Regional de Valparaíso (2016): Corte Suprema, 4 octubre 2016.

Aguas Araucanía con Fisco (2017): Corte Suprema, 25 septiembre 2017.

Casino de Juego de Temuco con Superintendencia de Casinos de Juego (2018): Corte Suprema: 8 enero 2018.

Laboratorios Laffi con Instituto de Salud Pública (2018). 23 octubre 2018.
Comité de Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón (2019): Corte Suprema, 19 noviembre 2019.
Sentencia TC Rol N° 1518 (2009): Tribunal Constitucional, 23 octubre 2009.
Sentencia TC Rol N° 1849 (2011): Tribunal Constitucional, 12 mayo 2011.
Sentencia TC Rol N° 5540 (2018): Tribunal Constitucional, 18 diciembre 2018.
Dictamen N° 53.290 (2004): Contraloría General de la República, 25 de octubre de 2004.
Dictamen N° 3.441 (2008): Contraloría General de la República, 24 de enero de 2008.
Dictamen N° 22.321 (2008): Contraloría General de la República, 13 de mayo de 2008.
Dictamen N° 53.875 (2009): Contraloría General de la República, 29 de septiembre de 2009.
Dictamen N° 56.880 (2011): Contraloría General de la República, 7 de septiembre de 2011.
Dictamen N° 60.691 (2014): Contraloría General de la República, 8 de agosto de 2014.
Dictamen N° 24.731 (2019): Contraloría General de la República, 12 de septiembre de 2019.

La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de *stare decisis*

The binding force of the precedent laid down by the
Comptroller General of the Republic.
A Chilean rule of *stare decisis*

Jaime Phillips Letelier*

Este artículo discute la regla de obligatoriedad del precedente de la Contraloría General de la República contenida en los artículos 6 y 19 de la Ley N° 10.336. No es usual que en sistemas de derecho continental se contemple este tipo de reglas. Se constata que los precedentes de este organismo, en ocasiones, no reciben una adecuada publicidad y son aplicados en casos futuros como si fuesen leyes generales y abstractas cuando, en realidad, se trata de pronunciamientos referidos a casos particulares,

This article discusses the binding precedent rule contained in articles 6 and 19 of Law N° 10.366 which regulates the powers and functions of the General Comptroller's Office (CGR). This kind of rule is seldom found in Civil Law systems. Hence, its application can generate some shortcomings. In fact, it can be seen that the CGR's precedents, in some cases, are not properly published and that they are applied to future cases as if they were abstract rules, rather than decisions referred to particular cases which are

RESUMEN / ABSTRACT

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: jphillips@uft.cl. Agradezco de manera especial los comentarios a borradores previos de este trabajo hechos por los profesores Jaime Arancibia, Alicia de la Cruz.

Camilo Mirosevic, Nancy Barra, Angélica Benavides Cristóbal Aguilera y Rodrigo Poyanco. También, le doy las gracias a la profesora Silvia Díez por su maravilloso libro sobre precedente administrativo, cuya lectura fue una gran inspiración para realizar este trabajo. Del mismo modo, agradezco las intervenciones de los alumnos del Magister en Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes que asistieron al taller dedicado a este tema, especialmente las de Alejandro Valdés. Asimismo, le agradezco a Andrea Céspedes y a Nicolás Bucarey sus comentarios y sugerencias bibliográficas. Por último, muy agradecido estoy de las útiles críticas y comentarios de los revisores anónimos de este trabajo. Todos los posibles errores son de responsabilidad del autor.

Artículo recibido el 26 de febrero de 2020 y aceptado el 15 de mayo de 2020.

aunque con un efecto general. En virtud de lo anterior, se propone una nueva forma de entender cómo opera la obligatoriedad del precedente contralor.

Palabras clave: precedente, obligatoriedad, Contraloría, *ratio decidendi*, *obiter dicta*.

binding on sufficiently similar future cases. A different understanding of the CGR's case law bindingness is proposed.

Keywords: precedent, bindingness, Comptroller-General, *ratio decidendi*, *obiter dicta*.

Introducción

Se acepta en general que en los sistemas jurídicos de raíz continental el precedente judicial tiene solo efecto relativo, mientras que en la tradición del *Common Law* existe la denominada doctrina del *stare decisis*: los tribunales están obligados a "estarse a lo decidido" en sus decisiones pasadas. Y nuestro sistema, fiel a la tradición continental, dispone que "[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"¹.

Pero el sistema chileno es novedoso en cuanto al valor normativo de lo que se conoce como la "jurisprudencia" administrativa de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR)². El artículo 6° de la Ley N° 10.336 dispone 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"³. Y el artículo 19 de la misma ley establece: "[l]os abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición"⁴.

Sobre la base de estas normas, aunque los pronunciamientos de la CGR son "obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran"⁵, las decisiones de la CGR tienen un efecto obligatorio general para casos futuros, que es conceptualmente distinto de los efectos particulares de un pronunciamiento⁶.

Es cierto que en Chile y en otros ordenamientos ya se ha hablado de una obligatoriedad del precedente vinculada a la igualdad ante la ley y a la protección de la confianza⁷. No obstante, el precedente de la CGR no obliga en

¹ Artículo 3°, Código Civil.

² ORREGO 2019, 125-126.

³ Artículo 6°, Ley N° 10.336, de 1952.

⁴ Artículo 9°, Ley N° 10.336, de 1952.

⁵ *Ídem*.

⁶ DE LA CRUZ 2019, 24-31.

⁷ BERMÚDEZ 2016, 231-232; SOTO KLOSS 1999, 402.

razón de otros principios, sino que cada decisión que compone el conjunto que denominamos “jurisprudencia administrativa” de la CGR sienta un precedente que es obligatorio para casos futuros por mandato legal⁸. Esto nos permite adscribir el precedente de la CGR a aquellos de carácter normativo, esto es, aquellos que fijan reglas que son consideradas como fuentes formales del derecho, como son los precedentes de los tribunales que pertenecen a la tradición del *Common Law*⁹.

Esta regla de *stare decisis* contenida en la Ley N° 10.336 ha dado pie a ciertas críticas a la CGR. Por ejemplo, la han calificado como un organismo que se ubica “entre legislador positivo y juez activista”¹⁰. En efecto, una regla de precedente obligatorio sumado a los poderes que tiene para intervenir en diversos asuntos interpretando el ordenamiento jurídico-administrativo coloca a la CGR en una posición de especial preeminencia¹¹. Incluso, en el desarrollo de este trabajo se han identificado fuertes tensiones entre el control de legalidad o juridicidad que realiza la CGR y su deber de no evaluar aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones de órganos administrativos¹².

En este contexto, el presente trabajo se propone analizar la normatividad del precedente de la CGR, es decir, cómo este precedente opera como una norma jurídica con efecto obligatorio. Se defenderá la hipótesis de que el precedente de CGR es similar a las leyes o reglamentos en cuanto tiene imperatividad general, pero que se diferencia de estos en que el precedente no asigna una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho abstracto, sino que aplica un criterio jurídico en un supuesto concreto, que es posible extrapolar a otros casos semejantes por virtud de su imperatividad general. Esto con el objetivo de proponer una reinterpretación de la forma en que debe ser entendido el efecto obligatorio del precedente de la CGR y para determinar en qué condiciones se verifica tal obligatoriedad. De este modo, aunque sin duda es de gran relevancia, no se analizará el problema de la tensión entre control de legalidad y de mérito por exceder el propósito de este trabajo. Se asumirá que, en la actualidad, los sistemas jurídicos admiten que los órganos dotados de potestades resolutorias incorporen en su toma de decisiones valores como la dignidad, igualdad o la certeza¹³, a pesar de que tal premisa pueda ser discutida.

Para el logro de estos objetivos se utilizó de modo principal la metodología dogmática y jurisprudencial. Así, se analiza el contenido de las normas que establecen la obligatoriedad del precedente y de diversas normas jurídicas aplicadas por la CGR en distintos casos que fueron seleccionados al efecto. Esto para determinar en forma clara cómo ha sido entendida la regla de

⁸ SOTO KLOSS 1996, 37.

⁹ DIEZ 2008, 69-70.

¹⁰ CORDERO 2010, 165. Ver también, DE LA CRUZ 2019, 93-94.

¹¹ DE LA CRUZ 2019, 12-30.

¹² Artículo 21 B, Ley N° 10.336 de 1952.

¹³ ORREGO 2009, 608.

stare decisis de la Ley N° 10.336. Pienso que para lograr los objetivos de este trabajo resulta más eficaz hacer una selección acotada de buenos casos. Ello, porque para mostrar cómo ha sido entendida la obligatoriedad del precedente de la CGR es necesario hacer un análisis detallado de las normas jurídicas y los hechos objeto de cada decisión. Así, de la multitud de casos existentes, se seleccionaron aquellos que resultaban de mayor interés por su complejidad o por haber existido pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia.

El trabajo tiene la siguiente estructura. En un primer apartado se analizan las implicancias que tiene para nuestro ordenamiento y mentalidad jurídica la regla de *stare decisis* de la Ley N° 10.336. Esto permitirá establecer dos premisas que deben orientar la aplicación de un sistema de precedentes. Primero, se argumentará que los precedentes se asemejan a las leyes generales y abstractas ya que ambos tienen un efecto obligatorio general. Esta semejanza permitirá sostener la tesis de que es necesaria la publicación de los precedentes, no ya solo como una buena práctica, sino como una obligación jurídica. En segundo lugar, se argumentará que los precedentes, a diferencia de las leyes, no se refieren a supuestos abstractos, sino concretos. Sin pretender hacer un análisis comparado propiamente tal, esto justificará aplicar la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, que se suele usar en el *Common Law*, para determinar el contenido obligatorio de un precedente. En consecuencia, se sostendrá que no corresponde aplicarlos como si fuesen normas que regulan un supuesto abstracto.

En un segundo apartado se hará un análisis jurisprudencial de cómo ha sido aplicada la regla *stare decisis* de la Ley N° 10.336. Siguiendo las premisas establecidas en la primera sección, primero, se mostrará cómo ciertos actos que no gozaron de publicidad general, han sido aplicados como precedentes. Frente a esto, se argumentará que es necesaria su publicación como ocurre con toda norma que goza de imperatividad general. Segundo, se observará que, en muchas oportunidades, los textos que conforman la jurisprudencia de la CGR han sido aplicados como si fuesen textos legales: se toma un texto que forma parte de un precedente y este es subsumido en un caso futuro. Esto será criticado porque así se infringe el deber de fundamentación del acto administrativo y, para subsanar esto, se sostendrá que es necesario prestar mayor atención a la base fáctica de los precedentes que se aplican, modifican o reconsideran.

I. Una regla de *stare decisis* en un sistema de tradición continental

El ya citado artículo 19 de la Ley N° 10.336 establece que los órganos que conforman la Administración del Estado tienen el deber de observar la "jurisprudencia" de la CGR. Al respecto, un autor llega a la siguiente conclusión: "los dictámenes [de la CGR] tienden a ser generales y abstractos, a fin de que la interpretación de la ley que ellos contienen, esto es, la *jurisprudencia administrativa*, vincula no solo al órgano de la Administración o persona (funciona-

rio o particular) respecto del que se emite, sino que a todos aquellos que se hallen en la misma situación”¹⁴.

La cita anterior describe con acierto el efecto obligatorio-general que tienen los dictámenes de la CGR. Pero es posible ahondar en este planteamiento haciendo algunas precisiones. Para esto, hay que considerar las dos características que se suelen asignar a las leyes para describir la forma en que operan como norma jurídica: su “generalidad” y su “abstracción”.

Entiendo que las leyes son “generales” porque constituyen fuente formal del derecho y conforman el derecho vigente aplicable en una determinada sociedad, y son “abstractas” porque contienen una descripción normativa (supuesto de hecho) a la que se asigna una consecuencia jurídica. La jurisprudencia de la CGR es también norma general pues, por mandato del artículo 19 de la Ley N° 10.336, se integra en el conjunto de fuentes formales que regulan a los órganos administrativos. Pero no son abstractos al modo de las leyes, porque no contienen una descripción normativa que es aplicable por subsunción a determinados hechos. Más bien, se refieren a un supuesto concreto que es aplicado a otros casos por ser considerados en esencia iguales por la vía de una comparación.

De lo anterior, se puede concluir que un precedente obligatorio se parece a la ley en cuanto ambos gozan de imperatividad general, pero se distinguen en cuanto que el precedente se refiere a supuestos concretos y no abstractos. Cada una de estas características es importante para definir cuándo y qué contenidos de un precedente gozan de imperatividad general.

Así, a continuación, se argumentará que para el correcto funcionamiento del sistema de precedente obligatorio creado por la Ley N° 10.336 hay que tener en cuenta dos premisas que derivan de las características señaladas. Primero, de la imperatividad general de los precedentes deriva la necesidad de su publicidad. Segundo, del hecho de referirse a supuestos concretos deriva la necesidad de determinar cuál es la *ratio decidendi* de cada pronunciamiento.

1. La imperatividad general de los precedentes y su necesaria publicidad

La CGR actúa mediante diversos tipos de actos: dictámenes, toma de razón, oficios de representación, informes de auditoría, entre otros. Frente a esto, es legítimo preguntarse qué actos conforman la jurisprudencia administrativa, ya que no todos tienen la misma naturaleza. Al respecto, el texto de las normas pertinentes tiene un amplio alcance. El artículo 6° de la Ley N° 10.336 habla de “decisiones y dictámenes” y el artículo 19 utiliza los conceptos de “jurisprudencia y resoluciones”.

De estas normas se deriva que los actos que conforman la jurisprudencia administrativa (que tiene efecto vinculante-general) son, por regla general, pronunciamientos de efectos particulares. Lo anterior pone de relieve un

¹⁴ ROMÁN 2018, 409-410. El énfasis es del autor citado.

interesante problema relativo a la publicidad de los precedentes. Como ya se señaló, los precedentes son distintos a las leyes en cuanto se refieren a supuestos concretos, que pueden ser extrapolados a otros casos lo suficientemente similares. Sin embargo, se parecen a las leyes en que tienen un efecto normativo general.

Siempre ha existido una gran preocupación por dar publicidad a las decisiones de los tribunales en los sistemas del *Common Law*¹⁵. Pienso que lo anterior es importante porque, si estas decisiones van a imperar con efectos generales, deben recibir una adecuada publicidad para ser conocidas por sus destinatarios. Incluso, una autora señala que la publicación ordenada de los precedentes “es esencial para poder mantener un sistema mínimo de precedente”¹⁶. Y, si hacemos un análisis en paralelo con la legislación, la publicidad de las normas jurídicas es vista como una necesidad elemental de certeza jurídica¹⁷, e incluso como un elemento esencial necesario para que una norma jurídica sea tal¹⁸. Por lo tanto, si un precedente va a tener eficacia general, es necesaria su publicación.

Esto pone de relieve la importancia de que la CGR dé, en forma activa, publicidad general a todas las decisiones que conforman la jurisprudencia administrativa. De este modo, que la CGR ponga a disposición del público un buscador de jurisprudencia¹⁹ no es solo una buena práctica: es una herramienta necesaria para satisfacer una exigencia elemental de seguridad jurídica, en consonancia con el artículo 16 de la Ley N° 19.880.

2. La *ratio decidendi* de un precedente: entre la norma y los hechos

La mentalidad jurídica continental nos entrega herramientas para entender de modo claro la distinción entre los hechos y el derecho: las fuentes formales constituyen el derecho que es aplicado a las situaciones concretas que se presentan. En este contexto, un precedente no es ni una norma ni un hecho, sino que es el lugar de encuentro entre ambos. Por esto, una norma contenida en un precedente no es exactamente lo mismo que la norma vinculada a un supuesto abstracto.

En aquellos sistemas en que la jurisprudencia de los tribunales constituye una fuente formal directa del derecho se sostiene que no es correcto tratar las frases y oraciones de una sentencia como si fuesen un instrumento legislativo, esto es, leyes generales y abstractas²⁰. Una parte importante de la formación de los abogados en esta tradición consiste en distinguir en cada fallo la *ratio decidendi* (en forma literal, “razón para decidir”) de otros contenidos que denominan *obiter dicta* (“dicho sea de paso” o “by the way”). *Ratio decidendi*

¹⁵ WILLIAMS 2013, 30-32.

¹⁶ DIEZ 2008, 265.

¹⁷ ÁVILA 2016, 208-210.

¹⁸ ORREGO 2019, 110.

¹⁹ <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia2>

²⁰ CROSS y HARRIS 2004, 95 y 179-180.

es la regla de derecho conforme con la cual se realiza un pronunciamiento teniendo en cuenta todos los hechos materialmente relevantes del caso. Por su parte, *obiter dicta* son aquellas aseveraciones o consideraciones hechas "a mayor abundamiento". Estos contenidos no determinan la decisión tomada²¹.

Lo que busca un sistema de precedente obligatorio es que casos con un sustrato fáctico similar sean resueltos utilizando los mismos razonamientos jurídicos, protegiendo así la igualdad ante la ley²². En consecuencia, en este tipo de sistemas, solo la *ratio decidendi* de un pronunciamiento obligatorio debe ser observada en casos futuros. Mientras tanto, los contenidos denominados *obiter dicta*, que no tienen relación con los hechos relevantes del caso o no determinan la decisión tomada, no constituyen reglas obligatorias para casos futuros.

Determinarla la *ratio* en cada caso es un asunto complejo no exento de discusiones²³. Reglas de obligatoriedad del precedente como esta buscan proteger la igualdad ante la ley. Un conocido manual inglés señala que "es un principio básico de la administración de justicia que los casos semejantes deben ser resueltos de modo semejante"²⁴. De este modo, al aplicar una regla de *stare decisis*, es necesario mirar más allá de lo dicho en cada pronunciamiento y mirar de cerca los hechos sobre los cuales recayó la decisión.

Los sistemas continentales como el nuestro no tienen la misma preocupación por distinguir la *ratio decidendi* de un fallo, pues la jurisprudencia solo tiene efecto relativo²⁵. Por esto, la aplicación de la regla de *stare decisis* de la jurisprudencia de la CGR tiene problemas cuya raíz es cultural. Nuestra mentalidad continental nos ha llevado en muchas oportunidades a aplicar los precedentes de la CGR como si fuesen leyes: recogemos un determinado texto contenido en un pronunciamiento de la CGR y lo subsumimos a los hechos de un caso futuro.

Sin embargo, lo anterior no es correcto por dos razones. Primero, porque el artículo 19 de la Ley N° 10.336 habla de un deber de "observar" la "jurisprudencia" de la CGR. La voz jurisprudencia hace referencia a una realidad que tiene dos elementos: un conjunto de decisiones y unos hechos sobre los que recae cada decisión. Por esto, lo que hay que "observar", según el artículo 19, es la decisión tomada en un determinado caso, cuando se presenta otro semejante. De esta manera, tomar el texto de un informe de la CGR y aplicarlo a un caso futuro sin ninguna referencia a los hechos concretos que lo motivaron es una práctica que tergiversa el mandato del citado artículo 19.

²¹ WILLIAMS 2013, 105-107.

²² ÁVILA 2016, 335.

²³ *Ibid.*, 95-96.

²⁴ CROSS y HARRIS 2004, 3. La traducción es propia.

²⁵ *Ibid.*, 49. Con todo, tanto en el *Common Law* como en sistemas continentales, existe el problema de los constantes cambios de criterio de los tribunales superiores. Al respecto, ver VERGARA 2019, 18-20, y CROSS y HARRIS 2004, 93.

En segundo lugar, los textos que conforman la jurisprudencia de la CGR no deben ser aplicados como leyes porque solo le corresponde al legislador "explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio"²⁶. Pienso la CGR no tiene una potestad que le permita, en general, interpretar todo el ordenamiento jurídico administrativo con efectos generales y de un modo abstracto. Esto por dos razones. Primero porque, aunque las materias sobre las que se puede ejercer la potestad dictaminante son bastantes amplias, la ley es cuidadosa al señalar que la CGR se puede pronunciar sobre "asuntos" referidos a las distintas materias que enumera²⁷. Esto concuerda con el hecho de que es la "jurisprudencia" de la CGR lo que debe ser obedecido por otros órganos, esto es, decisiones referidas a casos concretos. Por otro lado, la potestad de informar de la CGR se hace por medio de dictámenes, que son opiniones jurídicas respecto de casos concretos²⁸. Esto no impide que la ley le otorgue, respecto de ciertas materias, a la CGR la potestad de dictar normas de efectos generales ni le impida ejercer su potestad dictaminante de oficio. Al contrario, ello sí es posible, pero de ello no se desprender que la potestad dictaminante o de informar que tiene la CGR respecto de variados asuntos esté concebida como de aquellas para interpretar todo el ordenamiento administrativo de un modo abstracto y general.

Segundo, porque cuando el legislador ha entregado la potestad de interpretar la ley de un modo abstracto y con efecto general, atribuye la potestad de "interpretar administrativamente" la ley²⁹, que es distinta de la potestad para pronunciarse sobre "asuntos" referidos a diversas materias, por amplia que sea la competencia para ello.

De este modo, difiero de la opinión de que la CGR puede ejercer sus potestades respecto de supuestos abstractos, lo que sí pueden hacer otros organismos que tienen la potestad para "interpretar administrativamente" leyes o reglamentos³⁰. Además, así lo ha entendido históricamente la CGR. Un interesante trabajo recoge un pronunciamiento de 1946 en que el contralor Mewes se negó a dar respuesta a una consulta "meramente informativa", formulada por un particular respecto del derecho a percibir una asignación profesional. En esa oportunidad, el contralor resolvió que no le correspondía pronunciarse porque la consulta que no se refería a ninguna situación real en particular³¹.

²⁶ Artículo 3º, Código Civil.

²⁷ Por ejemplo, ver artículos 5º y 6º, Ley N° 10.336 de 1952.

²⁸ SOTO KLOSS (2012), p. 791-801.

²⁹ Por ejemplo, ver artículo 6º, letra A, N° 1, Código Tributario; artículo 5º, Decreto Ley N° 3538 de 1980; artículo 3º N° 34, Ley N° 18.410 de 1985. Otros ejemplos de leyes que regulan este tema en GUZMÁN BRITO (2019), pp. 37-39

³⁰ GUZMÁN BRITO (2019), p. 111. También se podría sostener que nadie goza de legitimación para hacer ese tipo de consultas porque carece del interés necesario para ingresar a un procedimiento administrativo (artículo 21, Ley N° 19.880, de 2003), o porque no tendría ningún propósito que la CGR ejerza sus potestades de control en situaciones hipotéticas.

³¹ DE LA CRUZ 2019, 54.

Lo anterior no significa que el precedente de la CGR sea obligatorio por el hecho de ser "jurisprudencia", como ocurre en los países anglosajones con los precedentes judiciales, sino que obliga por mandato del artículo 19 de la Ley N° 10.336. Pero si examinamos el texto del artículo citado vemos que los órganos de la Administración no solo deben observar las "resoluciones" de la CGR (actos de efectos particulares) sino que también la "jurisprudencia", esto es, decisiones pasadas recaídas sobre determinados hechos también pasados. Esto hace que la normatividad (su modo de operar como norma jurídica) de la jurisprudencia de la CGR sea bastante distinta a la de las leyes. Su contenido obligatorio no depende solo de las palabras y la descripción normativa utilizada por la autoridad, esto es, el texto del pronunciamiento: también depende del hecho concreto a que se refiere el caso.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, pienso que la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* utilizada en el *Common Law* debiese ser extrapolada para aplicar las reglas de los artículos 6 y 19 de la Ley N° 10.336 de 1952. Esto porque los mencionados conceptos permiten determinar el contenido obligatorio de un precedente teniendo en cuenta tanto el texto del pronunciamiento como los hechos sobre los que este recayó. Así, pienso que son una herramienta idónea para aplicar la regla de obligatoriedad del precedente de la CGR.

Se podría criticar esta aproximación como un intento de utilizar una doctrina foránea que no cuadra bien con nuestro sistema. Asimismo, se podría argumentar que existen otras doctrinas referidas a la obligatoriedad del precedente, como la de la autovinculación alemana. Esta doctrina consiste en que, con apoyo en los principios de igualdad ante la ley y la protección de la confianza, la Administración estaría vinculada a seguir sus actuaciones precedentes y, para efectos de este trabajo, podría pensarse que tiene la doble ventaja de estar inserta en un sistema continental y está referida al precedente administrativo³².

Estas críticas, sin embargo, pueden ser descartadas. Si bien es cierto que la distinción que se pretende aplicar proviene de un sistema ajeno al nuestro, tampoco deja de ser cierto que todos los sistemas de *stare decisis* tienen elementos comunes³³. Por esto, resulta útil acudir a las herramientas de otra tradición, más versada en este tipo de reglas, para aplicar en forma racional nuestras propias reglas que consagran la obligatoriedad del precedente. Por otro lado, respecto de la doctrina de la autovinculación alemana, he descartado acudir a ella para abordar el caso de la jurisprudencia de la CGR porque existe un rasgo esencial que las hace distintas. En el caso alemán, la autovinculación al precedente administrativo se construye sobre la base de la

³² DIEZ 2008, 181-191, 201.

³³ *Ibid.*, 111.

igualdad ante la ley. Así, hay una obligatoriedad indirecta del precedente, a diferencia del precedente de CGR donde existe una obligatoriedad directa³⁴.

II. La aplicación del precedente de la CGR: críticas y propuestas

Lo dicho hasta ahora ha permitido mostrar que los precedentes tienen elementos comunes con las normas generales y abstractas, aunque tienen diferencias. Estos tienen un efecto obligatorio general similar al de la legislación y reglamentos, lo que ha permitido argumentar que es necesario darles una adecuada publicidad. También, se ha asentado que del hecho de que los precedentes sean pronunciamientos se deriva que no pueden ser aplicados del mismo modo que las leyes.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta sección, se mostrará que los precedentes de la CGR han sido aplicados sin considerar las dos reglas básicas establecidas en la sección anterior para la correcta operatividad de un sistema de precedentes, esto es, que son aplicados como normas con un efecto imperativo general, pero sin recibir la publicidad que reciben las leyes, y que son aplicados como si fuesen normas referidas a supuestos abstractos cuando, en realidad, se refieren a supuestos concretos extrapolables a otros casos semejantes. Esto será sometido a críticas y se propondrán soluciones acordes con las premisas elaboradas en la primera sección.

1. La falta de publicidad de los precedentes de la CGR

En general, la CGR suele publicar las decisiones que considera como precedente obligatorio en su portal web³⁵. Se trata de una herramienta de gran utilidad para autoridades públicas sometidas a la fiscalización de la CGR y para quienes se relacionan con la Administración. Con todo, en es trabajo se ha mostrado que la publicación de precedentes que van a tener un efecto general no es solo una buena práctica, sino que es un imperativo jurídico. No obstante, en ocasiones, la CGR ha invocado como precedente pronunciamientos que no recibieron una publicidad adecuada.

Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en el Dictamen N° 25.534 de 2019. En esa oportunidad, la CGR se pronunció sobre los efectos en el tiempo del Dictamen N° 16.587 de 2019 que interpretó el artículo 18 bis E de la Ley N° 19.039. En resumen, el caso consistía en lo siguiente. El artículo citado establece que el solicitante de una patente debe acreditar el pago de ciertos derechos ante el Departamento de Propiedad Industrial del Instituto de Propiedad Intelectual (INAPI) en el plazo de 60 días desde que queda ejecutoriada la resolución que autoriza la inscripción de una patente de invención. De no cumplir con esta exigencia, la solicitud se entiende abandonada y se procede a su archivo, perdiendo, por consiguiente, su prioridad. No obstante, el artículo 45 de la Ley N° 19.039 establece que, tratándose de exigen-

³⁴ *Ibid.*, 246.

³⁵ <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia2>.

cias de tramitación, es posible obtener el desarchivo de las solicitudes (y, por tanto, no perder la prioridad), siempre que la exigencia respectiva sea subsanada dentro de los 120 días subsiguientes a la declaración de abandono.

Esto suscitó la discusión de si el pago de los derechos de que habla el artículo 18 bis E constituía o no una "exigencia de tramitación". Antes del año 2005, el INAPI consideraba que el no pago de los derechos exigidos por la normativa era una exigencia de tramitación que podía ser subsanada. Por esto, en la práctica, se aceptaban pagos fuera del plazo de 60 días establecido en el artículo 18 bis E con fundamento en el artículo 45. Tal proceder fue cuestionado por el informe de auditoría N° 191 de 2005 de la CGR, donde se señaló que el pago de los derechos no podía ser una exigencia de tramitación, pues el procedimiento ya se encontraba finalizado. En consecuencia, vencido el plazo de 60 días, la solicitud debía ser tenida por abandonada en forma definitiva. Y, por esta razón, la autoridad dictó una circular acoplándose al criterio del mencionado informe.

Años después, varios particulares solicitaron un pronunciamiento de la CGR para que revisara la legalidad de tal circular del INAPI, porque consideraban que el pago de los derechos sí era una exigencia de tramitación. Estas presentaciones dieron lugar al Dictamen N° 16.587 de 2019 que declaró que el pago de los derechos sí era una exigencia de tramitación y que, por tanto, era aplicable en ese caso el artículo 45 de la Ley N° 19.039.

Con todo, el INAPI hizo una presentación ante la CGR señalando que ellos mismos, por medio del informe de auditoría N° 191, les habían ordenado no considerar el pago de los derechos como una exigencia de tramitación. Esta solicitud dio origen al Dictamen N° 25.534 de 2019. Este declaró que el Dictamen N° 16.587 no podía tener efecto retroactivo porque implicó un cambio de criterio respecto del informe de auditoría emitido el año 2005. De este modo, el nuevo criterio no alcanzaría a las solicitudes ya declaradas como abandonadas antes del Dictamen N° 16.587 de 2019, salvo aquellas que dieron origen al cambio de criterio.

El pronunciamiento sobre la irretroactividad del Dictamen N° 16.587 plantea un problema interesante. La jurisprudencia de CGR ha señalado que sus dictámenes, se entienden incorporados a las leyes interpretadas, no rigiendo para ellos el artículo 52 de la Ley N° 19.880³⁶. Se trata de actos declarativos-interpretativos que tienen por naturaleza efecto retroactivo³⁷. No obstante, la misma CGR ha entendido que, una vez fijada su jurisprudencia respecto de un determinado punto, la decisión de modificarla no puede tener efecto retroactivo³⁸.

Con lo anterior, la excepción de irretroactividad es procedente cuando la CGR modifica su jurisprudencia ya establecida. De este modo, lo que hay

³⁶ Dictamen N° 50.185 (2007).

³⁷ MADARIAGA 1993, 181.

³⁸ Por ejemplo, ver Dictamen N° 14.292 (2007); Dictamen N° 40.086 (2015).

que resolver es si el informe de auditoría N° 191 era un precedente generalmente obligatorio. Pienso que el mencionado informe no es un precedente obligatorio, porque este no puede ser encontrado en la base jurisprudencial de la CGR ni tampoco recibió publicidad general. Al respecto, la única que adoptó fue aquella propia de los actos de efectos particulares, esto es, la notificación a los interesados. En consecuencia, solo conocían ese pronunciamiento la CGR y el INAPI.

De esta manera, es posible cuestionar que dicho informe haya sido considerado un precedente obligatorio con el propósito de limitar el efecto declarativo del Dictamen N° 16.587 de 2019. En efecto, iría en contra del artículo 16 de la Ley N° 19.880 que la CGR elabore una especie de jurisprudencia "secreta" mediante informes que solo conoce ella y los órganos de la Administración activa. De todas formas, aunque los particulares no están formalmente obligados a seguir el precedente de la CGR, sí tiene un relevante impacto indirecto sobre ellos. Por lo tanto, lo lógico que es un pronunciamiento que va a ser norma obligatoria y general para casos futuros (o para aplicar la excepción de irretroactividad del cambio de jurisprudencia) y sus fundamentos sean objeto de una adecuada publicidad para garantizar que todos los órganos administrativos y los particulares que se relacionan con ellos los conozcan.

Podría argumentarse en contra de esta posición que admitir el efecto retroactivo del Dictamen N° 16.587 tendría un resultado devastador al permitir la revisión de procedimientos archivados años atrás. Sin embargo, esta posición puede ser descartada. Primero, porque este efecto declarativo-retroactivo es el que generalmente se acepta para los actos de contenido interpretativo. Por esto, quien sostenga esto, debiese dar razones para descartar del todo el efecto retroactivo de todos los actos de interpretación, que es la opinión predominante³⁹. Segundo, aunque la circular haya sido declarada antijurídica, ello no implica revisar todas las decisiones tomadas en el pasado en virtud de ella. En efecto, la existencia de situaciones jurídica consolidadas podría servir como límite a los efectos retroactivos de esa declaración⁴⁰. Así, en lugar de descartar de plano la posibilidad de controlar las decisiones tomadas en virtud de la circular declarada ilegal, se podría admitir su revisión en caso de que no existan situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de una confianza protegible.

El problema de la falta de publicidad de los precedentes también se puede ver en un pronunciamiento de la Corte Suprema, precisamente en la causa "Abufrut Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y Fisco de Chile". Con fecha 5 de octubre de 1990 se publicó en el Diario Oficial el Decreto 143 de Ministerio de Agricultura, que fijó las tarifas que podía cobrar el SAG por ciertas inspecciones que tenía que realizar. Tal decreto fue tomado

³⁹ VALDIVIA 2018, 198.

⁴⁰ MILLAR 2012, 421-423; BOETTIGER 2009, 317-320. Ver también, LETELIER 2014, 627-631.

de razón por la CGR. En forma posterior, la CGR se pronunció sobre la legalidad del referido decreto y declaró que el SAG tenía que financiar con cargo al presupuesto respectivo aquellas inspecciones que tenía que realizar de oficio. Por esto, se ordenó efectuar las modificaciones pertinentes al decreto de tarifas "en cuanto dicho acto administrativo hubiere incluido costos que, conforme a lo anteriormente señalado, no ha correspondido considerar al efecto"⁴¹.

Teniendo en cuenta este pronunciamiento, se interpuso una demanda por pago de lo no debido e indemnización de perjuicios en contra del SAG y el Fisco de Chile por haber hecho unos cobros sin potestad legal para ello y que no tenían título para retener. En efecto, del dictamen de la CGR parecía desprenderse que el decreto de tarifas era ilegal y, consecuencialmente, los cobros hechos en virtud del mismo también lo eran. Sin embargo, la Corte Suprema decidió acoger una casación de la defensa fiscal y rechazar la demanda. Sostuvo que la jurisprudencia vigente de la CGR hasta el año 2007 consistía en que el decreto se ajustaba a derecho. Luego, el Dictamen N° 18.390 de 2007 solo era un cambio de criterio respecto del oficio que tomó razón del decreto de tarifas. Por lo tanto, este no podía ser aplicado con efecto retroactivo ni tampoco implicó una declaración de nulidad del decreto o una orden de devolver las sumas percibidas en forma ilegal: solo se ordenó modificar el reglamento hacia el futuro de manera que el SAG financiara por cargo al presupuesto las inspecciones que debía realizar de oficio⁴².

Esta decisión puede ser criticada. Se puede admitir que la CGR no declaró la nulidad del reglamento en forma expresa ni ordenó al SAG restituir las sumas percibidas en forma ilegal. No obstante, del pronunciamiento se desprende en forma clara que el decreto era ilegal. De esta manera, en principio, nada impedía entender que este era nulo *ab initio* y que el demandante podía recuperar las sumas pagadas dentro de los plazos de prescripción. Sin embargo, la Corte Suprema opta por otra solución, pues entiende que la toma de razón del reglamento era un precedente anterior que la CGR no podía modificar con efecto retroactivo.

Con todo, si se considera el análisis que se ha hecho sobre la necesidad de publicar los precedentes, es posible rechazar esta interpretación. Si a un precedente se le va a atribuir un efecto normativo-general es necesario que esté publicado, para asegurar su conocimiento ciudadano. No obstante, el oficio de toma de razón, en este caso, es solo conocido por la CGR, el Ministerio de Agricultura y el SAG. Por otro lado, tampoco se conocen las razones por las que se decidió tomar razón del referido reglamento, si es que alguna se expresó en el oficio respectivo. Apoya esta interpretación el hecho de que la misma CGR no tuvo en cuenta su propia toma de razón en el dictamen de

⁴¹ Dictamen N° 18.390 (2007).

⁴² *Abufrut Limitada con SAG y Fisco de Chile* (2015), considerando 17°. Ver también, *Aserraderos Mininco S.A. con SAG* (2013).

2007, en el que no se hace mención del precedente que la Corte Suprema entendió que se estaba reconsiderando⁴³.

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema entiende que un oficio de toma de razón sí es un precedente obligatorio que limita el efecto declarativo-retroactivo de un dictamen posterior. Y lo mismo hace la CGR en el primer caso analizado respecto de un informe de auditoría⁴⁴. Pienso que nada impide considerar a estos actos de efectos particulares, del mismo modo que se hace con los dictámenes como precedentes obligatorios⁴⁵. Sin embargo, para que estos hechos valgan como tales, es necesaria su publicación como elemento esencial requerido para la vigencia de toda norma jurídica y para garantizar el conocimiento ciudadano de su contenido.

2. El precedente utilizado como norma general y abstracta

En sus pronunciamientos, la CGR suele utilizar distintos verbos para referirse a sus propios precedentes. Utiliza el verbo "aplica" se pronuncia siguiendo lo establecido por un precedente, mientras utiliza el verbo "reconsidera" cuando entiende abandonar un criterio utilizado en el pasado. Asimismo, como se verá, se utilizan los verbos "complementa" o "aclara" cuando se quiere añadir algo al precedente (por incompleto o dudoso), sin que ello sea incompatible con lo decidido en el pasado.

Los verbos mencionados son importantes pues reflejan qué precedentes la CGR considera como obligatorios e indican cuando un precedente es abandonado o modificado por una decisión sobreviniente. En muchas situaciones estos verbos son utilizados solamente teniendo en cuenta el texto de un determinado pronunciamiento, sin reparar en los hechos que lo motivaron. Lo anterior, de acuerdo con la segunda premisa establecida en la primera sección, es un error pues las palabras de un informe de la CGR no pueden ser tratadas como si fuesen normas generales y abstractas.

Esto no es solo un problema teórico, sino que tiene una importante consecuencia práctica. La falta de consideración de la base fáctica de un precedente ya sea para aplicarlo, aclararlo o reconsiderarlo, puede generar un grave vicio de falta de fundamentación en un determinado pronunciamiento. Esto ha sido detectado en algunos casos por la Corte Suprema, pero en otros no. Por esto, a continuación, se analizarán tres situaciones en que el precedente de la CGR es utilizado como norma general y abstracta, donde se incurre en el problema señalado. En cada caso, se propondrán soluciones para arreglar el problema.

⁴³ Dictamen N° 18.390 (2007).

⁴⁴ Dictamen N° 25.534 (2019).

⁴⁵ Por ejemplo, ver Dictamen N° 65.125 (2009).

a) *Alcance del efecto obligatorio: la ratio decidendi y los hechos materialmente relevantes*

La CGR suele “aplicar” (y así lo declara) sus dictámenes en situaciones que muchas veces guardan poca semejanza, o también muchas autoridades administrativas se creen obligadas por un pronunciamiento solo por el hecho de estar contenido en un informe de la CGR, sin hacer un análisis de los hechos materialmente relevantes y la regla recaída sobre ellos.

Para ilustrar lo anterior se puede considerar el conflicto desatado por la llamada objeción de conciencia institucional creada por la Ley N° 21.030 de 2017, que reguló el aborto en tres causales. Luego de la intervención del Tribunal Constitucional en control preventivo, el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario terminó señalando lo siguiente: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”, en circunstancias que el proyecto original señalaba que la objeción de conciencia “en caso alguno podrá ser invocada por una institución”⁴⁶.

Con lo anterior, y por medio de la Resolución Exenta N° 423 del Ministerio de Salud, se dispuso a regular la forma de ejercer la objeción de conciencia. En tal acto administrativo se permitió que instituciones privadas, a pesar de tener convenios vigentes con el Ministerio de Salud, pudieran hacer uso de la objeción de conciencia. Esto fue resistido por un grupo de parlamentarios porque consideraron que restringía en forma antijurídica la operatividad de la Ley N° 21.030, por lo que solicitaron un pronunciamiento de la CGR.

La solicitud mencionada dio lugar al Dictamen N° 11.781 de 2018. En tal pronunciamiento, la CGR ordenó al Ministro de Salud tomar las medidas necesarias para dejar sin efecto la resolución objeto de la solicitud, por ser esta contraria a derecho. Esto por dos razones. Primero, declaró que la resolución, por contener reglas generales y abstractas destinadas a complementar la regulación legal, tenía las características de un reglamento presidencial sin cumplir con las formalidades necesarias para ello. Segundo, teniendo en cuenta que a los organismos públicos no les está permitido hacer objeción de conciencia, se sostuvo que las instituciones privadas que tengan convenios con el Ministerio de Salud tampoco pueden hacerlo dado que sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las acciones destinadas a la protección o recuperación de la salud⁴⁷.

Desde el punto de vista de la obligatoriedad del precedente, la decisión de la CGR tiene dos problemas. Primero, para sostener su primer argumento, el órgano de control declara “aplicar” el Dictamen N° 97.773 de 2014. En tal pronunciamiento también se objetó una resolución del Ministerio de Salud, organismo que emitió una resolución exenta por medio de una delegación de firma presidencial (esto es, “por orden del presidente de la República”).

⁴⁶ Sentencia TC Rol N° 3729 (2017).

⁴⁷ Dictamen N° 11.781 (2018).

Esto fue considerado antijurídico por ser la potestad reglamentaria presidencial indelegable⁴⁸.

Pero en el caso analizado en el Dictamen N° 11.781 de 2018 la situación era distinta. En esa oportunidad, se cuestionó la aplicación que el Ministerio hizo de sus potestades contenidas en el artículo 4° N° 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 de Ministerio de Salud y del mandato contenido en el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario en orden a regular cómo hacer operativa la objeción de conciencia. Esto es distinto a la situación de la delegación de firma: una cosa es sostener que una potestad es indelegable y otra es que por medio del ejercicio de otras potestades no se deba invadir el ámbito de uso de otras. Por tanto, es difícil sostener que el Dictamen N° 97.773 de 2014 fue un precedente que obligó a la CGR a dar un determinado contenido al Dictamen N° 11.781 de 2018.

Algo similar puede decirse respecto del precedente invocado por la CGR para defender el segundo argumento. Tal precedente es el Dictamen N° 44.822 de 2011. En dicho informe, la CGR resolvió que al Hospital Clínico de la Universidad de Chile sí le eran aplicables los procedimientos de mediación previstos en la Ley N° 19.966. Esto porque el mencionado hospital formaba parte de la estructura orgánica de la Universidad de Chile y porque tenía convenios vigentes con el Ministerio de Salud para atender las necesidades de salud de la población.

Este precedente fue “aplicado” para sostener que todas las instituciones privadas que tuvieran convenios con el Ministerio de Salud “sustituían” al Estado en sus obligaciones, y, por lo tanto, no podían hacer valer una objeción de conciencia institucional. Pero ello parece excesivo si se considera que el precedente invocado solo resolvió que un hospital que tuviese convenios con el Ministerio de Salud le era aplicable el procedimiento de mediación previsto en la Ley N° 19.966. Lo anterior poca relación tiene con que quienes tengan convenios con el Ministerio de Salud asuman la posición del Estado y, en consecuencia, vean limitada su libertad de conciencia.

Considerando lo anterior, es posible advertir que el verbo “aplicar” se utiliza indistintamente en dos hipótesis que son distintas. Por un lado, en unos casos se aplica un precedente para resolver casos en esencia iguales. Por el otro, se recoge un criterio jurídico contenido en un determinado caso, para aplicarlo por analogía en otro que es, sin embargo, distinto. En la primera situación la CGR está en principio obligada a seguir su precedente, mientras que no es así en la segunda.

Lo anterior tiene una importante consecuencia desde el punto de vista de la fundamentación del acto administrativo⁴⁹. En aquellos casos en que genuinamente se aplica un precedente, por tratarse de casos en esencia igua-

⁴⁸ Dictamen N° 97.773 (2014).

⁴⁹ Artículos 11 y 41, Ley N° 19.880 de 2003.

les, bastaría como fundamentación invocar el precedente, pues con ello se entiende que la CGR está indicando que el caso que ahora resuelve es idéntico al anterior. Pero cuando la CGR “aplica” un precedente para resolver un caso cuya base fáctica es distinta, lo que hace la CGR es soslayar su deber de fundamentación porque la decisión, en definitiva, no explica por qué casos con hechos distintos deben ser resueltos con el mismo criterio: en tal acto se omite la fundamentación fáctica⁵⁰.

Por esto, sería conveniente que la CGR utilice un lenguaje más preciso. Con el verbo “aplicar” se podría designar aquellas situaciones en que la CGR sigue el precedente sentado en casos pasados en esencia iguales. Mientras tanto, podría utilizar el verbo “considera” para referirse a aquellos precedentes que, sin estar referidos a casos en esencia iguales, contienen un criterio jurídico que es útil para tomar una decisión en el presente. Pero en ese segundo caso, la CGR debe explicitar por qué, a pesar de las diferencias fácticas, de todos modos, lo correcto es aplicar el mismo criterio.

Un segundo problema tiene que ver con la formulación de la regla de precedente establecida por el Dictamen N° 11.781 de 2018. Emitido dicho dictamen, el presidente emitió un decreto supremo corrigiendo los problemas que adolecía la resolución del Ministerio de Salud. Ahí se señaló que las instituciones privadas que tuviesen convenios con el Ministerio de Salud no podrán ser objetoras de conciencia cuando tales convenios tuviesen por objeto prestaciones de obstetricia y ginecología⁵¹. En estas circunstancias, se puede decir que el presidente entendió que el Dictamen N° 11.781 era un precedente obligatorio en sus dos sentidos: en cuanto a la necesidad de un decreto supremo reglamentario para regular tal materia y en relación con la posibilidad de que instituciones privadas hicieran objeción de conciencia.

No obstante, a la luz de lo expuesto hasta ahora, pienso que es posible cuestionar que la regla de la sustitución formulada en el Dictamen N° 11.781 de 2018 haya sido un precedente con carácter obligatorio, como sí lo entendió la CGR al desarrollar en forma posterior el alcance de la regla de la sustitución⁵². Pienso que tal regla no forma parte de la *ratio decidendi* de dicho pronunciamiento. Ello porque el hecho de que la resolución exenta que fue declarada contraria a derecho haya permitido a las instituciones privadas con convenios hacer objeción de conciencia no es determinante para la decisión adoptada.

Si se considera el primer argumento esgrimido por la CGR, se puede señalar que ese dictamen asentó como precedente la siguiente regla: la au-

⁵⁰ Sobre la fundamentación fáctica del acto administrativo, en nuestro medio, Soto Kloss (2012), pp. 430-432.

⁵¹ Artículo 13, Decreto Supremo N° 67 de 2018. Este artículo luego fue declarado contrario a la Constitución por la Sentencia TC Rol N° 5572 (2018). A pesar de lo anterior, lo importante para este trabajo es en qué medida el presidente se creyó obligado a seguir el argumento de la sustitución contenido en el Dictamen N° 11.781 (2018).

⁵² Dictamen N° 24.216 (2018).

toridad administrativa no puede por medio de una resolución exenta dictar preceptos generales y abstractos destinados a complementar el contenido de una ley, porque ello forma parte de la potestad reglamentaria de ejecución radicada en forma exclusiva por la Constitución en el presidente de la República. En consecuencia, la resolución exenta fue declarada inconstitucional por no ser el vehículo jurídico idóneo para tomar una decisión de esa naturaleza.

Por lo anterior, el argumento de la sustitución fue dicho como *obiter dicta*. En efecto, aunque la resolución exenta hubiese contenido la regla contraria, esto es, que ninguna institución privada con convenios vigentes con el Ministerio de Salud podría hacer objeción de conciencia, de todos modos, debería haber sido declarada antijurídica por invadir la potestad reglamentaria presidencial. Así, tal argumento no es determinante para arribar a la decisión final porque el continente jurídico de la decisión no era el idóneo. En consecuencia, pienso que tal argumento no es un precedente vinculante para la Administración.

Así, el presidente de la República podría haber regulado la forma de hacer la objeción de conciencia de las instituciones sin haber infringido su obligación de obedecer la jurisprudencia administrativa de la CGR. Con todo, nada impide que el argumento de la sustitución sea adoptado en una decisión ya no como precedente obligatorio, sino en su propio mérito. Pero en ese caso, la decisión no se puede fundar en simplemente “estar obedeciendo el precedente”, sino que el órgano debe justificar porque está “considerando” en su decisión un contenido que no estaba desde un punto de vista jurídico obligado a seguir.

b) *¿Aclarar o reconsiderar? La fundamentación del cambio de criterio*

Identificar la *ratio decidendi* de un pronunciamiento también sirve para determinar cuándo corresponde aclarar el contenido de un precedente o abandonarlo. Existen casos en que la CGR ha “aclarado” un precedente en el entendido que este seguirá vigente en circunstancias que un análisis de la regla de derecho aplicada y los hechos sobre los que recayó muestran que se tratan de pronunciamientos incompatibles entre sí. Lo anterior, como se señaló en el apartado anterior, también genera problemas con la fundamentación del acto administrativo, lo que, en este caso, ha llevado a que el acto sea impugnado ante los tribunales.

Para esto se puede considerar el caso “Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana con Contraloría Regional Metropolitana”. En el año 2018 una asociación de funcionarios consultó a la Contraloría Regional Metropolitana si podían contar como trabajada su hora de colación y, en consecuencia, si sus contratos debían ser ajustados y recibir un pago retroactivo por las horas correspondientes. El problema era si a estos funcionarios les era aplicable el artículo 34 del Código del Trabajo, que establece que la jornada de trabajo se interrumpe en el tiempo de colación, o las disposiciones del Decreto N° 1897 de 1965 del Ministerio del Interior que establecía que la

hora de colación debía computarse como tiempo trabajado en el caso de los servidores públicos.

En relación con este asunto, la CGR tradicionalmente sostuvo que el Decreto Supremo N° 1897 obligaba a computar como trabajada la hora de colación en el caso de los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo⁵³. Sin embargo, en el Dictamen N° 70.674 de 2013 se cambió de parecer y se declaró que la hora de colación no debía computarse como trabajada porque el Código del Trabajo era la norma específica que regulaba la materia. Así, no era aplicable el Decreto N° 1897. No obstante, se volvió a cambiar de criterio en el Dictamen N° 55.490 de 2016. En esa oportunidad, se resolvió que en el caso de aquellas jornadas de trabajo superiores a 43 horas semanales sí era aplicable el Decreto N° 1897. Tal dictamen “aclaró” el contenido del Dictamen N° 70.674 de 2013. Finalmente, sobre la base de este precedente (el Dictamen N° 70.674 de 2013 aclarado por el Dictamen N° 55.490 de 2016) la Contraloría Regional Metropolitana respondió la consulta de la asociación de funcionarios y resolvió que resolvió que la hora de colación debía computarse como trabajada por ser aplicable el citado decreto⁵⁴. En contra de tal decisión la Corporación de Asistencia Judicial interpuso un recurso de protección.

La Corte Suprema decidió, en definitiva, acoger el recurso. Uno de sus argumentos fue que, ante la evidente antinomia entre el Código del Trabajo y el Decreto N° 1897, debía primar la norma de rango legal. Sin embargo, también es preciso tener en cuenta otro argumento de la Corte Suprema. La jurisprudencia administrativa tradicionalmente sostuvo que el Decreto N° 1897 sí era aplicable a los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo pues cumplían una función pública. Tal criterio fue “reconsiderado” en el Dictamen N° 70.674 de 2013, donde se resolvió que los funcionarios se regían por el Código del Trabajo. Posteriormente, la CGR se pronunció “aclarando” el nuevo criterio para, en la práctica, volver al criterio anterior: que el Decreto N° 1897 sí era aplicable. De este modo, la Corte Suprema le reprocha al recurrido el haber resuelto aplicar el Dictamen N° 55.490, que “aclaró” al anterior, sin explicitar los fundamentos que lo hicieron volver al criterio reconsiderado por el Dictamen N° 70.674 de 2013⁵⁵.

Esto solo parece un complicado juego de precedentes y decisiones. Pero pienso que todo queda más claro si se hace el ejercicio de determinar la *ratio decidendi* de cada pronunciamiento. La regla de precedente establecida antes del dictamen de 2013 era la siguiente: los servidores públicos regidos por el Código del Trabajo pueden computar como trabajada su hora de colación por ser aplicable el Decreto N° 1897, ya que cumplían una función pública. Tal regla fue reconsiderada por el Dictamen N° 70.674 de 2013 cuya

⁵³ Dictamen N° 41.611 (1995); Dictamen N° 10.550 (2009).

⁵⁴ Dictamen Contraloría Regional Metropolitana N° 11.832 (2018).

⁵⁵ *Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana con Morales* (2019), considerando 7°.

ratio decidendi puede ser definida de la siguiente manera: a los servidores públicos regidos por el Código del Trabajo no les es aplicable el Decreto N° 1897 porque se regían por el Código del Trabajo.

Pero es en este momento donde se produce una grave confusión. El Dictamen N° 55.490 de 2016 entendió que el Decreto N° 1897 sí era aplicable y, sobre la base del artículo 4° del mencionado decreto, declaró que la hora de colación no se contaba como trabajada en el caso de aquellas personas que tuviesen una jornada inferior a 43 horas semanales, ya que la jornada "continuada" solo regía para quienes tuviesen más de esa cantidad de horas. De este modo, la CGR decidió "aclarar" el Dictamen N° 70.674 señalando que en el caso de las jornadas inferiores a 43 horas no se computaba la colación como trabajada, pero en el caso de las jornadas de tiempo superior sí debía contabilizarse. Pero tal "aclaración" es una verdadera reconsideración. Esto se debe a que la *ratio decidendi* del Dictamen N° 55.490 era la siguiente: el Decreto N° 1897 sí es aplicable a los servidores regidos por el Código del Trabajo y, por tanto, pueden computar como trabajada su hora de colación en la medida en que su jornada supere las 43 horas.

Esta decisión mal puede "aclarar" a la anterior si son abiertamente incompatibles. En efecto, el Dictamen N° 55.490 de 2016 declara que el decreto citado sí es aplicable porque, aunque reglamentaria, es una norma específicamente dada para los empleados públicos. Mientras tanto, el Dictamen N° 70.674 de 2013 señala que el decreto no es aplicable de ningún modo por existir una norma legal específica que resolvía el asunto. De este modo, aunque el criterio contenido en el Dictamen N° 70.674 de 2013 en cierto sentido pervivía de modo accidental luego del Dictamen N° 55.490 de 2016, se trata de dos pronunciamientos cuyos fundamentos son incompatibles entre sí.

Lo anterior no es irrelevante. De hecho, la Corte Suprema entendió que la CGR debía fundamentar su decisión de volver al criterio anterior al Dictamen N° 70.674 de 2013. Esto porque la CGR no puede desentenderse de su deber de fundamentar un cambio de criterio simplemente declarando que está "aclarando" en dictamen anterior. Con todo, este problema se podría haber despejado con un análisis detallado de los hechos de cada pronunciamiento y la determinación de la *ratio decidendi* en cada caso.

c) *Hechos distintos, reglas distintas: la técnica de distinguir*

A pesar de existir un precedente, es posible sustraerse de la obligación de aplicar un determinado criterio en la medida que el aplicador de la norma pueda distinguir el caso concreto que se está decidiendo con aquel decidido en un pronunciamiento anterior⁵⁶. Siguiendo el planteamiento que se ha hecho hasta ahora, aunque un precedente aparezca como formalmente aplicable, un órgano, con una decisión fundada en la existencia de elementos fác-

⁵⁶ CROSS y HARRIS 2004, 101.

ticos que permiten distinguir el caso que tiene entre manos, puede apartarse de un precedente sin infringir el artículo 19 de la Ley N° 10.336.

Para mostrar cómo puede ser aplicada la regla de distinguir, se puede considerar el caso "Asociación Nacional de Funcionarios del Servicio Nacional de Menores con Contraloría General de la República". En esa oportunidad, la CGR representó al Servicio Nacional de Menores (SENAME) las bases administrativas para la contratación del servicio de alimentación del Centro Metropolitano Norte del SENAME. En efecto, la Contraloría Regional Metropolitana denegó la posibilidad de contratar tal servicio⁵⁷.

Dicha decisión se basó en una línea jurisprudencial que denegaba la posibilidad de que un servicio público contrate servicios de alimentación para sus funcionarios por no existir autorización legal expresa para ello y por no ser ello necesario para el cumplimiento de sus funciones⁵⁸. Al respecto, la CGR ha precisado que el servicio de alimentación es necesario, por ejemplo, cuando se trata de pacientes de servicios hospitalarios, menores atendidos por el SENAME o por otros órganos como la Junta Nacional de Jardines Infantiles y la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, cuyas funciones consisten precisamente en la entrega de alimentación⁵⁹.

A pesar de lo anterior, impugnada la decisión tomada respecto del SENAME, la Corte Suprema consideró que la situación era distinta. Apoyándose en los mismos dictámenes en que se denegó la posibilidad de contratar el servicio de alimentación en el pasado, señaló que en este caso particular el servicio de alimentación era necesario para el cumplimiento de los fines del servicio. En efecto, aunque el servicio de alimentación estaba destinado a los funcionarios del servicio, ello era necesario para el cumplimiento de sus fines porque los funcionarios involucrados deben cumplir turnos de 12 horas y los protocolos de seguridad de Gendarmería de Chile que rigen en el recinto prohíben el ingreso de alimentos. En consecuencia, el recurso fue acogido y se ordenó tomar razón de las bases de licitación⁶⁰.

Se puede destacar de este caso que existe un elemento que lo distingue de los anteriores resueltos por la CGR. Los turnos de 12 horas y la existencia de un protocolo de seguridad de Gendarmería hacen que podamos sostener que se trata de un caso distinto. Por esto, la Contraloría Regional Metropolitana, en lugar de haber aplicado el precedente que limitaba la posibilidad de dar un servicio de alimentación solo a los casos autorizados por ley y cuando por sus funciones el servicio deba prestar alimentación a sus funcionarios, podría haber remitido el caso a la Contraloría General porque

⁵⁷ Oficio Contraloría Regional Metropolitana N° 190 (2018).

⁵⁸ Dictamen N° 55.062 (2012); Dictamen N° 751 (1985); Dictamen N° 16.069 (2000); Dictamen N° 12.767 (1992).

⁵⁹ Dictamen N° 55.062 (2012).

⁶⁰ *González con Contraloría General de la República* (2019), considerando 6°.

se trataba de una situación de hecho distinta, distinguible de los casos resueltos en los pronunciamientos anteriores.

De lo anterior fluye que, al cumplir con lo ordenado en el fallo, la CGR no necesita “reconsiderar” su criterio anterior. Solo necesita, fundadamente, distinguir este caso concreto de los decididos en forma anterior: aquellos en que el servicio de alimentación es necesario para que los funcionarios del servicio cumplan con sus funciones en forma adecuada. En este caso, teniendo en cuenta su propia terminología, la CGR podría haber “complementado” o “aclarado” el criterio anterior, en el entendido que la nueva jurisprudencia no es incompatible con lo que se resolvía en el pasado.

Sin embargo, en este punto se puede proponer una innovación. En lugar de “complementar” o “aclarar” un pronunciamiento, se podría utilizar el verbo “distinguir” para señalar aquellas situaciones en que, tratándose de casos con elementos que permiten separarlos de los anteriores, la CGR decide aplicar un nuevo criterio. Esto parece más adecuado porque en casos como el comentado no es que los pronunciamientos anteriores tengan una carencia que llenar (como dan a entender cuando se dice “complementa”) o un punto oscuro o dudoso que es necesario aclarar. Solo se trata de casos distintos que es preciso resolver con criterios distintos. Por esto, el verbo “distinguir” describe mejor la operación que se está llevando a cabo.

Además de lo anterior, la falta de un análisis adecuado de los hechos que gatillaron el pronunciamiento de la CGR en un determinado sentido puede llevar a los operadores jurídicos a extender, en forma injustificada, un determinado criterio en casos distinguibles. Puede ocurrir que si los dictámenes de la CGR son mirados como textos legales unos y otros parezcan incompatibles. Pero ello podría resultar errado si se analizan los hechos que dieron lugar al pronunciamiento.

Esto se observa en la causa “Jorge Stambuk con Instituto de Desarrollo Agropecuario y otro”. El recurrente, funcionario en un cargo de alta dirección pública (ADP) del INDAP, presentó su renuncia a causa de habérsela pedido su superior. Frente a ello, la institución decidió pagarle una indemnización por años de servicio equivalente a una sola remuneración mensual. Esto porque, aunque llevaba varios años sirviendo en ese servicio, solo completó un año en el cargo de ADP. Al respecto, una antigua jurisprudencia consideraba que para efectos de calcular la indemnización era necesario contabilizar todos los años servidos en una institución⁶¹. Pero tal criterio fue reconsiderado y se estableció que los funcionarios ADP debían haberse desempeñado más de un año ese cargo para tener derecho a la indemnización, con independencia de qué otros cargos hayan ocupado en el servicio en el pasado⁶². Con

⁶¹ Dictamen N° 37.474 (2008); Dictamen N° 10.501 (2009); Dictamen N° 56.817 (2009).

⁶² Dictamen N° 34.842 (2010).

esto, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el INDAP y la CGR habían actuado dentro de sus atribuciones y desestimó el recurso⁶³.

A pesar de lo anterior, la decisión del INDAP y de los tribunales obedece a una mala interpretación de los precedentes de la CGR. Para demostrar esto, se analizará la jurisprudencia pertinente. Primero, hay que tener en cuenta el Dictamen N° 37.474 de 2008. En este caso, un funcionario consultó a CGR por la indemnización por años de servicio que le correspondía luego de que le fuera pedida la renuncia en un cargo de ADP. En su caso particular había trabajado en varios períodos discontinuos en el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) y terminó ocupando un cargo de ADP. La CGR resolvió que el artículo 154 del Estatuto Administrativo solo se refería a los años servidos en la respectiva institución, por lo que tenía derecho a una indemnización por seis años de servicio (el máximo), a pesar de que trabajó solo uno como funcionario de ADP.

Luego, en concordancia con este precedente, la CGR se pronunció por medio del Dictamen N° 10.501 de 2009. En este caso, se resolvió que un funcionario que no tenía más de un año de servicio, aunque se le hubiese pedido en forma anticipada la renuncia, no tenía derecho a una indemnización por años de servicio, pues ese era el mínimo que exigía el artículo 154 del Estatuto Administrativo. Finalmente, la CGR respondió una consulta por medio del Dictamen N° 56.817 de 2009 donde señaló que para efectos de aplicar la indemnización por petición de renuncia del mencionado artículo 154 hay que computar todo el tiempo trabajado en la institución respectiva, en forma independiente de si se ocupó un cargo de ADP o no.

Esta era la jurisprudencia administrativa vigente hasta junio del año 2010. En esa fecha, se emitió el Dictamen N° 34.842 de 2010 que, en teoría, cambió de criterio. El caso trató de un funcionario de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional que fue nombrado en su cargo el 1 de agosto de 2009 por medio de sistema de ADP. Luego le fue pedida la renuncia con efecto desde el 1 de febrero de 2010. Como consecuencia de lo anterior, solicitó un dictamen consultando si tenía derecho a una indemnización por años de servicio. En favor de su petición, argumentó que se le pidió la renuncia antes de la expiración de su nombramiento, que, de haber llegado a término, habría completado más de un año de servicio.

Al respecto, la CGR resolvió que no le asistía tal derecho, pues su cargo era de exclusiva confianza y no cumplió el requisito exigido por ley para gozar del derecho a indemnización, esto es, "haberse desempeñado a lo menos un año en calidad de alto directivo público"⁶⁴. Acto seguido, se declaró que los Dictámenes N° 37.474 de 2008, N° 10.501 de 2009 y N° 56.817 de 2009 quedaban sin efecto en lo pertinente. Así, es evidente que la CGR entendió

⁶³ *Jorge Stambuk con Instituto de Desarrollo Agropecuario y otro* (2011), considerando 9°, confirmada por la Corte Suprema.

⁶⁴ Dictamen N° 34.842 (2010).

que estaba cambiando de criterio respecto de esos pronunciamientos. Pero ello es una equivocación porque no se distinguió el caso de quien sirvió en otro empleo por más de un año antes de ser promovido a un cargo de ADP.

Como consecuencia de tal cambio de criterio, el INDAP, la CGR y los tribunales de justicia entendieron que los funcionarios en cargos de ADP tenían que haberse desempeñado por más de un año en sus cargos para tener derecho a indemnización por años de servicio, tal como se desprende del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ya citado. Pero lo anterior es una interpretación errada del Dictamen N° 34.842 de 2010 en relación con el Dictamen N° 37.474 de 2008 causada por la falta de consideración de los hechos resueltos en cada dictamen.

Es claro que ambos pronunciamientos no se oponen en cuanto a la posibilidad de computar el tiempo servido en otros cargos en el pasado. En el caso resuelto por medio del Dictamen N° 34.842 de 2010 era necesario desempeñarse más de uno año en un cargo de ADP para obtener la indemnización, pues el interesado había ingresado a la Administración en un cargo de ADP. Pero en el Dictamen N° 37.474 de 2008 tiene un sustrato fáctico distinto: el interesado, habiendo trabajado en forma previa en el INDAP, le fue solicitada la renuncia antes de cumplir un año en el mismo INDAP, pero ahora en su cargo de ADP.

Siendo el sustrato fáctico distinto, pienso que la decisión de reconsiderar el Dictamen N° 56.817 de 2009 y anteriores es un acto que carece de la debida fundamentación porque se trata de situaciones distintas que fueron asimiladas como si fuesen iguales. A pesar de lo anterior, el Dictamen N° 34.842 de 2010 fue interpretado como un giro jurisprudencia que exigía a todos los funcionarios de ADP haberse desempeñado más de un año en sus cargos para tener derecho a indemnización en el caso que les fuese solicitada la renuncia, porque, en definitiva, el sustrato fáctico de los precedentes no fue considerado en la decisión⁶⁵.

Conclusiones

En este trabajo se ha examinado la regla de *stare decisis* contemplada en la Ley N° 10.336. Respecto de la comprensión y aplicación que ha tenido hasta ahora se formularon críticas y se hicieron propuestas para mejorar su aplicación. A continuación, se enumerarán las principales conclusiones de este trabajo:

⁶⁵ También se podría aplicar la técnica de distinguir en el Dictamen N° 17.971 (2009), respecto de la jurisprudencia contenida en Dictamen N° 44.787 (2002), Dictamen N° 53.164 (2009), Dictamen N° 58.910 (2006), Dictamen N° 44.595 (2007), Dictamen N° 55.815 (2007), Dictamen N° 5215 (2006) y Dictamen N° 26.396 (2007). Asimismo, la línea jurisprudencial iniciada en el Dictamen N° 17.971 (2009) puede ser distinguida de aquella contenida en el Dictamen N° 610 (2000). En otro caso, se han distinguido supuestos en forma acertada: ver Dictamen N° 24.231 (2018) que complementó al Dictamen N° 7961 (2018).

1. La Ley N° 10.336 contiene una regla que eleva al rango de fuente formal del derecho la jurisprudencia de la CGR, esto es, el conjunto de precedentes emanados del organismo mencionado. En consecuencia, el precedente de la CGR tiene el carácter de norma jurídica obligatoria para casos distintos de aquel en que recayó un determinado pronunciamiento. Sin embargo, la jurisprudencia de la CGR opera como norma jurídica de un modo distinto que otras normas como las leyes o reglamentos: si bien ambos tienen un efecto general, se diferencian en que el precedente de la CGR no se refiere a un supuesto abstracto, sino a uno concreto, que se aplica a otros casos lo suficientemente semejantes.

2. El precedente de la CGR, para operar como norma jurídica con efectos generales, requiere de una adecuada publicidad. En los sistemas del *Common Law* la debida publicidad de los precedentes siempre se consideró como algo fundamental. Lo anterior puede ser explicado porque la publicidad es una exigencia elemental de seguridad jurídica para que toda norma pueda imperar. De este modo, los precedentes de la CGR, como toda norma jurídica de efectos generales, requieren ser publicados no solo como una buena práctica, sino que por un imperativo jurídico que encuentra su raíz en el principio de publicidad recogido en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Los precedentes de la CGR no deben ser aplicados como textos legales generales y abstractos, sino como antecedentes referidos a casos particulares en la medida que el caso futuro resulte ser sustancialmente igual. De esta manera, los precedentes no deben ser aplicados como textos que contienen una descripción normativa subsumible en hechos futuros, sino como documentos que contienen un criterio de decisión que es aplicable a casos futuros lo suficientemente semejantes al ya resuelto. Por esto, se recogió la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* que se utiliza en los países del *Common Law*, porque esta permite formular el contenido obligatorio de un precedente con referencia a su texto y a los hechos sobre los que recayó el pronunciamiento.

4. En ocasiones los informes emitidos en el pasado por la CGR son aplicados, por la misma CGR o por otras autoridades, en casos futuros sin la debida publicidad. Al respecto, se argumentó que esta es una exigencia de seguridad jurídica que toda norma de imperatividad general debe cumplir. Por esto, al menos, los pronunciamientos que se utilizan como precedentes deben estar publicados en la base jurisprudencial dispuesta por la misma CGR.

5. También los precedentes de la CGR en ocasiones son aplicados sin tener en cuenta los hechos o sustrato fáctico que dieron lugar a ellos. Al respecto, se argumentó que ello no es correcto pues los precedentes no son normas referidas a supuestos abstractos contenidos en una descripción normativa, sino decisiones que se aplican a casos análogos que presenten una similitud suficiente. De este modo, la no consideración del sustrato fáctico de un precedente (ya sea aplicándolo, aclarándolo o reconsiderándolo) puede

desencadenar vicios en la fundamentación fáctica de una decisión de la CGR, ya sea porque se extiende un mismo criterio a situaciones, en esencia, distintas, o bien porque se resuelven con diverso criterio situaciones sustancialmente iguales.

Bibliografía citada

- ÁVILA, Humberto (2016). *Certainty in Law*. Switzerland, Springer, 520 pp.
- BERMÚDEZ, Jorge (2016). El principio de protección de la confianza legítima como fundamento y límites a la actuación de la Administración del Estado. En: FERRADA, Juan Carlos, BERMÚDEZ, Jorge y URRUTIA, Osvaldo [eds.], *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 223-239.
- BOETTIGER, Camila (2009). El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística. *Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 19, N° 1, pp. 309-326.
- CORDERO, Luis (2010). La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES [ed.], *Anuario de Derecho Público 2010*. Santiago, Ediciones UDP, pp. 165-188.
- CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. (2004). *Precedent in English Law*. Oxford, Clarendon Press, 4ª edición, 246 pp.
- DE LA CRUZ, Alicia (2019). *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. Santiago de Chile, Der Ediciones, 317 pp.
- DÍEZ, Silvia (2008). *El precedente administrativo: Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid, Marcial Pons, 478 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019): *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Santiago, LegalPublishing Chile, 2ª edición, 202 pp.
- LETELIER, Raúl (2014). Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, pp. 609-634.
- MADARIAGA, Mónica (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición, 242 pp.
- MILLAR, Javier (2012). El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: una revisión a la luz del Estado de Derecho. En: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, AA.VV. *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*. Santiago, Contraloría General de la República, pp. 417-430.
- ORREGO, Cristóbal (2019). *Derecho: conceptos fundamentales*. Santiago de Chile, Círculo Legal Editores, 234 pp.
- ORREGO, Cristóbal (2009). La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, pp. 599-619.
- ROMÁN, Cristián (2018). Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza (comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3.283). En: Fermandois, Arturo y López, Francisco [eds.] *Sentencias destacadas 2017. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo)*, pp. 389-433.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1999). Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXVI, N° 2, pp. 399-403.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T II, 486 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Santiago, Legal Publishing Chile, 3ª edición, 966 pp.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 448 pp.

- VERGARA, Alejandro (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 28, pp. 5-175.
- WILLIAMS, Glanville (2013). *Learning the Law*. London, Sweet & Maxwell, decimoquinta edición, 287 pp.

Normas citadas

- Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud, Aprueba Reglamento para Ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el Artículo 119 tres del Código Sanitario. *Diario Oficial*, 23 octubre 2018.
- Ley N° 21.030, regula despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. *Diario Oficial*, 23 septiembre 2017.
- Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- DFL N° 1 del Ministerio de Justicia, Código Civil de Chile. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.
- Ley N° 19.039, Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial. *Diario Oficial*, 25 enero 1991.
- Ley N° 18.410 de 1985, crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 1985.
- Decreto Ley N° 3538 de 1980, crea la Comisión para el Mercado Financiero. *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1980.
- Decreto Ley N° 830 de 1974, Código Tributario. *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1974.
- Ley N° 10.336, Ley sobre organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. *Diario Oficial*, 12 mayo 1952.

Jurisprudencia citada

- Dictamen N° 751 (1985): Contraloría General de la República, 9 de enero de 1985.
- Dictamen N° 12.767 (1992): Contraloría General de la República, 27 de mayo de 1992.
- Dictamen N° 41.611 (1995): Contraloría General de la República, 27 de diciembre de 1995.
- Dictamen N° 16.069 (2000): Contraloría General de la República, 8 de mayo de 2000.
- Dictamen N° 610 (2000): Contraloría General de la República, 7 de enero de 2000.
- Dictamen N° 44.787 (2002): Contraloría General de la República, 4 de noviembre de 2002.
- Dictamen N° 58.910 (2006): Contraloría General de la República, 6 de diciembre de 2006.
- Dictamen N° 5215 (2006): Contraloría General de la República, 31 de enero de 2006.
- Dictamen N° 55.815 (2007): Contraloría General de la República, 7 de diciembre de 2007.
- Dictamen N° 50.185 (2007): Contraloría General de la República, 7 de noviembre de 2007.
- Dictamen N° 44.595 (2007): Contraloría General de la República, 4 de octubre de 2007.
- Dictamen N° 26.396 (2007): Contraloría General de la República, 12 de junio de 2007.
- Dictamen N° 14.292 (2007): Contraloría General de la República, 2 de abril de 2007.
- Dictamen N° 37.474 (2008): Contraloría General de la República, 8 de agosto de 2008.
- Dictamen N° 65.125 (2009): Contraloría General de la República, 20 de noviembre de 2009.
- Dictamen N° 56.817 (2009): Contraloría General de la República, 15 de octubre de 2009.
- Dictamen N° 53.164 de 2009: Contraloría General de la República, 9 de noviembre de 2006.
- Dictamen N° 17.971 (2009): Contraloría General de la República, 8 de abril de 2009.
- Dictamen N° 10.550 (2009): Contraloría General de la República, 27 de febrero de 2009.
- Dictamen N° 10.501 (2009): Contraloría General de la República, 27 de febrero de 2009.
- Dictamen N° 34.842 (2010): Contraloría General de la República, 26 de junio de 2010.
- Jorge Stambuk con Instituto de Desarrollo Agropecuario y otro (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 diciembre 2011.
- Dictamen N° 55.062 (2012): Contraloría General de la República, 5 de septiembre de 2012.

- Jorge Stambuk con Instituto de Desarrollo Agropecuario y otro* (2012): Corte Suprema, 30 enero 2012.
- Aserraderos Mininco S.A. con SAG* (2013): Corte Suprema, 30 enero 2013.
- Dictamen N° 97.773 (2014): Contraloría General de la República, 17 de diciembre de 2014.
- Dictamen N° 40.086 (2015): Contraloría General de la República, 19 de mayo de 2015.
- Abufrut Limitada con SAG y Fisco de Chile* (2015): Corte Suprema, 28 mayo 2015.
- Dictamen N° 55.490 (2016): Contraloría General de la República, 27 de julio de 2016.
- Sentencia TC Rol N° 3729 (2017): Tribunal Constitucional, 28 agosto 2017.
- Dictamen N° 24.231 (2018): Contraloría General de la República, 28 de septiembre de 2018.
- Dictamen N° 24.216 (2018): Contraloría General de la República, 27 de septiembre de 2018.
- Dictamen N° 11.832 (2018): Contraloría Regional Metropolitana, 17 de octubre de 2018.
- Oficio N° 190 (2018): Contraloría Regional Metropolitana, 5 de enero de 2018.
- Dictamen N° 11.781 (2018): Contraloría General de la República, 9 de mayo de 2018.
- Dictamen N° 7961 (2018): Contraloría General de la República, 22 de marzo de 2018.
- Sentencia TC Rol N° 5572 (2018): Tribunal Constitucional, 18 enero 2019.
- González con Contraloría General de la República* (2019): Corte Suprema, 24 julio 2019.
- Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana con Morales* (2019): Corte Suprema, 22 julio 2019.
- Dictamen N° 25.534 (2019): Contraloría General de la República, 25 de septiembre de 2019.
- Dictamen N° 16.587 (2019): Contraloría General de la República, 19 de junio de 2019.

La consignación y toma de posesión material por expropiación como gestión de jurisdicción voluntaria: ¿una garantía adecuada de defensa de los derechos e intereses del expropiado?

The management of consignment and material possession by expropriation. Its review based on the fundamentals of voluntary jurisdiction and the defense of the rights and interests of the expropriated

Patricio Ponce Correa*

El presente artículo trata del procedimiento de consignación y toma de posesión material por expropiación en Chile, definido tradicionalmente como una gestión de jurisdicción no contenciosa; a fin de establecer en qué medida posee esa naturaleza y, si así definido, ofrece una garantía adecuada de defensa de los derechos e intereses del expropiado.

This article deals with the procedure for consignment and taking of material possession by expropriation in Chile, traditionally defined as a non-contentious jurisdiction management; in order to establish to what extent, it has that nature and, if so defined, it offers an adequate guarantee of defense of the rights and interests of the expropriated.

Palabras clave: Consignación, expropiación, jurisdicción voluntaria.

Keywords: Consignment, expropriation, non-contentious judicial procedure.

* Profesor de Derecho Administrativo. Escuela de Derecho, Universidad de Tarapacá, Arica, Chile. Doctorando en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Tarapacá. Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Tarapacá. Dirección postal: Cardenal Caro N° 348, Arica, Chile. Correo electrónico pponce@academicos.uta.cl.

Agradezco a los profesores Jaime Arancibia Mattar y Alejandro Romero Seguel, así como a los árbitros de la revista, por sus valiosos aportes y comentarios críticos, todos los cuales contribuyeron enormemente al desarrollo del presente trabajo.

Artículo recibido el 28 de octubre de 2019 y aceptado el 25 de mayo de 2020.

Introducción

La expropiación, entendida como un mecanismo potestativo por el cual el Estado priva a un particular del dominio sobre un bien determinado para satisfacer necesidades de utilidad pública o de interés nacional, bajo condición de indemnizar el daño patrimonial causado al afectado; es un instituto que se encuentra históricamente arraigado en nuestro sistema jurídico, aunque parece no tener un origen preciso¹.

Son diversos los estudios que abordan aspectos históricos y sustantivos ligados al ejercicio expropiatorio, principalmente destinados a identificar sus elementos esenciales y límites. En la doctrina nacional, dichas particularidades, con mayor o menor detención, bajo el régimen normativo vigente, han sido tratadas especialmente en el ámbito constitucional y administrativo².

No obstante, un aspecto que parece menos estudiado en Chile es el que refiere a su concreción procedimental³. Ello guarda directa relación con

¹ Para algunos autores, los antecedentes más antiguos de expropiación se encuentran en la Biblia. Se sostiene que el Libro I de Las Crónicas, Capítulo 21, versículos 22 y 23 relata un caso de expropiación. Vid. DRAGO 1949, 3; así también CASAS y ROMERO VILLANUEVA 2014, 10. MARIENHOFF alude a éste y otros pasajes bíblicos, pero precisa que se trata más bien de “vestigios” de expropiación. Vid. MARIENHOFF 1998, 144.

También se suelen citar procesos expropiatorios desarrollados en la antigua Grecia (Vid. DRAGO 1949, 4; REYNOLDS 2010, 15; CASAS y ROMERO VILLANUEVA 2014, 11) y en el derecho romano (Vid. DRAGO 1949, 4; LOZANO CORBI 1995, 123-129; MARIENHOFF 1998, 145; PONTE 2008, 254; y REYNOLDS 2010, 16). La doctrina nacional tiende a situar la aparición de la expropiación en la Edad Media (Vid. SOTO KLOSS 1996, 233; FUENTES OLMOS 2018, 28).

Si bien se suelen datar casos de expropiación en el régimen feudal y el absolutismo (Vid. DRAGO 1949, 5; REYNOLDS 2010, 46; FUENTES OLMOS 2018, 72), en el antiguo derecho español (Vid. MARIENHOFF 1998, 146; CASAS y ROMERO VILLANUEVA 2014, 11) y en el derecho indiano (Vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ 1994, 328); dicha opinión es refutada por algunos autores, para quienes el régimen de propiedad en tales períodos, de carácter público y no liberal, resulta incompatible con la noción actual de expropiación (Cfr. LÓPEZ-NIETO y MAYO 2007, 67; CASTÁN TOBENAS 1992, 429).

En todo caso, existe consenso en sostener que la expropiación aparece claramente consagrada, con sus elementos esenciales vigentes, a partir de las normas estatutarias europeas modernas de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de Cádiz.

En Chile, la potestad estatal de privar a un particular de su propiedad es reconocida constitucionalmente ya en el artículo 9º, Título I, Capítulo I, del Proyecto de Constitución Provisoria de 1818. La expropiación, como tal, aparece propiamente en el artículo 117 de la Constitución de 1823.

² Así puede verse por ejemplo en: RÍOS ÁLVAREZ 1978, 47; CEA EGAÑA 1988, 194; SILVA CIMMA 1995, 301; EVANS DE LA CUADRA 1999, 373; CALDERA DELGADO 2001, 367; VERDUGO MARINKOVIC *et al.* 2002, 312; VIVANCO MARTÍNEZ 2006, 461; ALDUNATE LIZANA 2006, 285-303; FERNANDOIS V. 2010, 384; PONCE CORREA 2011; CEA EGAÑA 2012, 581; NOGUEIRA ALCALÁ 2013, 193; MATUTE E. 2014; .BERMÚDEZ SOTO 2014, 583; JIMÉNEZ LARRAÍN y JIMÉNEZ LOOSLI 2014, 441; PONCE DE LEÓN SALUCCI 2015, 293-324; CORDERO QUINZACARA 2015, 309-335; NAVARRO BELTRÁN 2016, 313; FUENTES OLMOS 2018, 355; QUEZADA RODRÍGUEZ 2018, 87-122; GUILLOFF TITIUN 2018, 621-648; y CELIS DANZINGER 2019, 913, entre otros.

Dentro de las pocas obras que, al menos a nivel monográfico, abordan este instituto desde la óptica del derecho privado bajo el sistema previsto en la Constitución Política de la República de 1980, podemos mencionar a PENAILILLO ARÉVALO 1995. A ello cabe agregar la delimitación conceptual de este instituto en MONTORY BARRIGA 2019, 95.

³ Entre los trabajos publicados en Chile que refieren especialmente al aspecto procedimental de la expropiación podemos destacar: RÍOS ÁLVAREZ 1978; MORALES GANA 1999; PEÑA MARDONES 2001;

la defensa de los derechos e intereses de los afectados pues, dada la irresistibilidad ínsita de todo proceso expropiatorio, tal tutela pasa precisamente por asegurar el cumplimiento de los presupuestos y condiciones a que se sujeta su ejercicio. La intervención judicial se traduce, entonces, en un control del ejercicio ablativo.

Este último punto parece haber sido advertido por el Constituyente, el cual, a falta de acuerdo, somete la actividad administrativa expropiatoria a un control judicial forzoso. Así, a no ser que medie consentimiento expreso del expropiado, lo que supone –en los hechos– la ausencia de controversia entre las partes, la entidad expropiante está obligada a solicitar autorización judicial para tomar posesión material del bien.

Si bien la judicialización de los procedimientos expropiatorios y subsecuente control jurisdiccional puede verificarse por diversas vías, la gestión de consignación y toma de posesión material se muestra como la de mayor importancia práctica. Máxime si advertimos que, al alero de este procedimiento, se desarrollan otros trámites relevantes, como la recolección de frutos pendientes, la liquidación y pago de la indemnización o la inscripción del bien expropiado.

Ahora, pese a que la apropiación coactiva de la propiedad privada lleva ínsita una colisión de derechos e intereses de –al menos– expropiante y expropiado, lo que pudiera suponer, muchas veces, una controversia entre ambos; el principal procedimiento destinado a materializar la expropiación ha sido calificado, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, como una gestión judicial de carácter no contencioso.

Dicha calificación, permanentemente reiterada por los más de cuarenta años de vigencia del procedimiento previsto en el Decreto Ley N° 2186, parece zanjada. No obstante, se aparta de la noción de jurisdicción voluntaria construida tradicionalmente en Chile a partir de la definición del artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, entendida como una gestión judicial en la que no se suscita contienda alguna entre partes.

En esta línea, el presente trabajo busca sostener que la definición de un procedimiento como voluntario obedece a una cuestión normativa y no casuística; una técnica legislativa que opera *ex ante*, con independencia de la existencia efectiva de un conflicto jurídico particular. El elemento esencial de esta categoría sería la ausencia de un emplazamiento concreto de los eventuales afectados o interesados.

Pero, para que dicha opción legislativa resulte admisible, el sistema debe consagrar garantías jurisdiccionales que, con todo, ofrezcan una adecuada defensa de los derechos e intereses involucrados en caso de conflicto entre el solicitante y los eventuales afectados. Ello exige el otorgamiento de

PONCE CORREA 2011. También abordan el procedimiento expropiatorio BERMÚDEZ SOTO 2014, 593 y CELIS DANZINGER 2019, 920.

vías idóneas para tomar conocimiento, cautelar, discutir y resolver la contienda, sea al interior del mismo procedimiento o iniciando uno diverso.

Por esta razón es que, luego de revisar la consignación y toma de posesión material desde la óptica de una gestión judicial que carece de emplazamiento concreto de los eventuales afectados e interesados, analizaremos si tal diseño procedimental ofrece al expropiado una posibilidad adecuada de defensa de sus derechos e intereses, para identificar sus puntos críticos.

Comenzaremos por revisar brevemente la regulación del procedimiento expropiatorio en Chile, a fin de precisar el lugar que ocupa dentro de éste la gestión de consignación y toma de posesión material. En segundo término, buscaremos delimitar la noción de gestión no contenciosa en el sistema nacional, para luego esbozar un criterio diferenciador de esta clase de procedimientos por la vía de determinar sus características esenciales.

Finalmente, demostraremos que el procedimiento de toma de posesión material y consignación responde efectivamente a la noción de gestión voluntaria planteada, que el sistema reconoce al expropiado adecuadas vías de defensa de sus derechos e intereses, pero que aparecen algunos problemas importantes a la hora de hacerlas valer.

I. El procedimiento expropiatorio vigente en Chile

1. Marco normativo. Decreto Ley N° 2186 y el fin de la multiplicidad de procedimientos expropiatorios

El procedimiento expropiatorio vigente se encuentra regulado esencialmente en el Decreto Ley N° 2186 de 1978. Se trata de la primera ley general de procedimiento que alcanza verdaderamente el objetivo de regular la totalidad de expropiaciones que se verifican en nuestro país.

En efecto, uno de los problemas advertidos por la Comisión Ortúzar, órgano que elaboró el respectivo proyecto de decreto ley a partir de la propuesta presentada por la Subcomisión de Derecho de Propiedad⁴, radica en la existencia a esa época de una gran variedad de procedimientos expropiatorios vigentes, así como la imposibilidad histórica de contar con un mecanismo único para estos fines⁵.

Desde el primer intento de ley general de expropiaciones, dictada el 14 de agosto de 1838, la ley de 18 de junio de 1857 y el propio Título XV, del Libro IV del Código de Procedimiento Civil —todas normas con cierta vocación de generalidad—, terminó siempre imponiéndose la práctica de dictar normas

⁴ Vid. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 246ª, 21 de septiembre de 1976.

⁵ Sobre la multiplicidad de procedimientos expropiatorios y la escasa aplicación del Código de Procedimiento Civil *vid.* RÍOS ÁLVAREZ 1978, 9; así también PONCE CORREA 2011, 99.

especiales. Así, los derechos de los expropiados fueron radicalmente distintos según la norma que regía cada expropiación⁶.

Para adquirir el carácter de norma procedimental única de expropiaciones, el artículo 41 Decreto Ley N° 2186 derogó orgánicamente todas las leyes preexistentes en esta materia, aún en lo que no le fueren contrarias. Ello, si bien evitó la supervivencia de procedimientos disímiles, no inhibe al legislador para dictar normas especiales, habiendo establecido metodologías específicas para el cálculo de la indemnización en algunos casos⁷.

El Código de Procedimiento Civil conserva un carácter supletorio⁸, a excepción de su Título XV, del Libro IV, el cual debe considerarse derogado⁹. Esta supletoriedad deriva ya de su remisión expresa en el artículo 40 y otras disposiciones del decreto ley, como de la existencia de vacíos normativos evidentes que resulta necesario suplir, recurriendo para ello al carácter de ley general que ostenta el código.

Ahora, pese a la uniformidad procedimental que ofrece, debemos advertir que el Decreto Ley N° 2186 se trata de una norma antigua, anterior a

⁶ En el informe de 14 de octubre de 1977, presentado por la Secretaría de Legislación con ocasión de la tramitación del Decreto Ley N° 2186, se da cuenta de la existencia de, al menos, 19 procedimientos expropiatorios diversos, informados por la Biblioteca del Congreso Nacional. Algunos de ellos otorgaban al expropiado derecho a reclamación judicial o, incluso, exigían la suscripción de una escritura pública, en tanto que otros contemplaban una tramitación exclusivamente administrativa. El cálculo de la indemnización y su forma de pago también diferían en cada norma y algunas de éstas contemplaban regímenes abiertamente excesivos. Uno de los procedimientos más criticados en esta materia fue el de la reforma agraria, que garantizaba el pago solo de un 10% de la indemnización en efectivo y permitía prorratar el saldo en cuotas hasta por 15 años, sin reajustabilidad.

⁷ Así por ejemplo, el artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (D.O. 21 enero 1982) establece reglas especiales para el cálculo judicial de la indemnización respecto de la expropiación de una concesión de explotación. En otro ámbito, referido también al cálculo del daño patrimonial, el artículo 88 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, modificado por la Ley N° 20.791 (D.O. 29 octubre 2014), prevé un régimen especial en las expropiaciones parciales, por el cual permite rebajar de la indemnización aquella plusvalía que el inmueble adquirirá en virtud de la obra pública que motiva su adquisición.

⁸ Se han estimado aplicables, por ejemplo, las normas sobre el recurso de casación previstas en Título XIX del Libro III, incluso al punto de llegar a declararse la inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 768, a fin de no entender limitadas las causales de casación en la forma. *Vid.* Sentencias TC Roles N° 3008 (2016), N° 5257 (2019) y N° 5937 (2019). Cabe advertir que, con anterioridad a dichas sentencias, el Tribunal Constitucional había rechazado un requerimiento de inaplicabilidad similar, por empate de votos. *Vid.* Sentencia TC Rol N° 2904 (2016).

⁹ “[...] En efecto, el artículo 41 del este D.L. dispone que ‘Desde la fecha de vigencia de la presente ley, quedan derogadas todas las leyes preexistentes sobre las materias que en ella se tratan, aun en la parte que no le sean contrarias’; [...] Que, en tales condiciones, han perdido vigencia en esta materia las normas sobre expropiación del Código de Procedimiento Civil [...]”. *Inversiones Piedra Roja Limitada con Fisco de Chile* (2005).

la Constitución de 1980¹⁰, que permanece casi sin modificaciones¹¹ y cuyas disposiciones no resultan del todo acordes a la Carta vigente¹². Si bien se han formulado diversos requerimientos de inaplicabilidad a su respecto, éstos no han prosperado en definitiva¹³.

Parte del texto del decreto ley ha caído en desuso¹⁴ o difiere sustancialmente de las reglas procedimentales vigentes¹⁵. Además, cabe criticar

¹⁰ El Decreto Ley N° 2186 se publicó bajo la vigencia del Acta Constitucional N° 3 (Decreto Ley N° 1552, D.O. 13 septiembre 1976), cuyo texto difiere del contenido de la garantía a la propiedad finalmente consagrado por la Constitución de 1980. La principal diferencia radica en la posibilidad de pagar parte de la indemnización expropiatoria en un plazo máximo de cinco años, ampliable a diez para las nacionalizaciones (inciso 4°, N° 16 artículo 1° del Decreto Ley N° 1552).

¹¹ La única modificación que expresamente ha sido introducida al decreto ley corresponde al artículo único de la Ley N° 18.932 (D.O. 10 febrero 1990), relativa a la elaboración del listado de peritos habilitados para actuar como tasadores en la etapa administrativa del procedimiento.

¹² Así, por ejemplo, el artículo 16 del decreto ley contempla el pago de la indemnización sujeta a plazo y bajo un sistema reajutable, en tanto la Carta Fundamental vigente exige el pago de contado. A su vez, el artículo 37 prevé reglas especiales para la expropiación de la pequeña propiedad raíz, talleres artesanales e industrias pequeñas, pero la Constitución finalmente no contempló regímenes expropiatorios diferenciados. Dichas disposiciones carecen de aplicación en la actualidad.

¹³ Se han presentado distintos requerimientos de inaplicabilidad en contra de disposiciones del Decreto Ley N° 2816, aunque referidos a aspectos más bien sustantivos. Por ejemplo, respecto del artículo 12, en cuanto confiere legitimación activa al expropiante para reclamar de la indemnización expropiatoria provisional, sentencias TC Roles N° 4953 (2019) y N° 5270 (2019); en contra del artículo 14, que no prevé reajustabilidad de la indemnización definitiva determinada judicialmente, sentencia TC Rol N° 1576 (2010); respecto del inciso 1° del artículo 20 que, con ocasión del pago de la indemnización o su consignación judicial, radica de pleno derecho en el expropiante el dominio del bien, sentencia TC Rol N° 2900 (2017); en contra del inciso final del artículo 20, en tanto exige que conste por escritura pública o sentencia judicial el título que habilita a los arrendatarios, comodatarios y otros terceros para demandar una indemnización por la extinción de sus derechos, sentencia TC Rol N° 3302 (2017); o respecto del inciso 2° del artículo 21 que, a falta de acuerdo entre las partes, autoriza al expropiante a tomar posesión material previa consignación judicial de la indemnización provisional, sentencia TC Rol N° 1038 (2008). Todas estas inaplicabilidades fueron finalmente desestimadas por el Tribunal Constitucional. Probablemente los únicos requerimientos de inaplicabilidad en virtud de los cuales dicho tribunal ha llegado a pronunciarse sobre aspectos estrictamente procesales del ejercicio expropiatorio apuntan más bien al Código de Procedimiento Civil y la limitación contenida en el inciso 2° del artículo 768 inciso 2° para la interposición del recurso de casación formal. *Vid.* nota N° 8.

¹⁴ Además de las disposiciones que pugnan con el texto definitivo de la Constitución de 1980, ello ocurre, por ejemplo, con el artículo 7° en cuanto consagra la notificación del acto expropiatorio por medio de Carabineros de Chile y su inscripción conservatoria preventiva cuando recae sobre bienes sujetos a registro.

¹⁵ En el aspecto administrativo, basta con advertir que el procedimiento del decreto ley es anterior a los principios previstos tanto por la Ley N° 18.575 (D.O. 05 diciembre 1986), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, como la ley 19880 (D.O. 29 mayo 2003), sobre bases de los procedimientos administrativos, de manera que no contiene, por ejemplo, el régimen recursivo vigente. En el ámbito judicial, difiere de las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Civil, por ejemplo, en relación con la exención de acompañar documentos a la demanda (Ley N° 18.705, D.O. 24 mayo 1988) o la designación de peritos previamente enlistados (letra b, artículo único Ley N° 20.192, D.O. 26 junio 2007). Todo lo anterior, sumado a los desafíos que planteó su adaptación a la tramitación electrónica judicial establecida por la Ley N° 20.886 (D.O. 18 junio 2016) y la futura transformación digital del Estado prevista en la Ley N° 21.180 (D.O. 11 noviembre 2019).

que posee una construcción intrincada, con articulados extensos, que suelen agrupar ideas muy distintas o inconexas entre sí, y que, en ocasiones, pueden parecer contradictorios¹⁶. Ello propicia la existencia de interpretaciones sustancialmente distintas en torno a algunas de sus disposiciones¹⁷.

Producto de lo anterior, a nuestro entender, una interpretación armónica de las diversas disposiciones del decreto ley es un ejercicio que no resulta posible realizar satisfactoriamente sin atender a las soluciones construidas por la jurisprudencia de los tribunales y las prácticas sostenidas a lo largo de los años por los distintos operadores jurídicos.

2. Estructura del procedimiento expropiatorio vigente

Conforme al decreto ley, la concreción de todo proceso expropiatorio se verifica en dos fases: una administrativa y otra judicial. Dicha regla se rompe únicamente en aquellos casos en que el expropiado se allana a la expropiación y las partes acceden a suscribir un acuerdo *ad referendum*, opción esta última que parece ser considerablemente menor frente al número de expropiaciones que se judicializan en Chile¹⁸.

La fase administrativa se inicia con la etapa de estudio (no es indispensable que se dicte una resolución formal para estos efectos), continúa con la determinación de la indemnización provisional por una comisión de peritos, y culmina con la dictación del acto administrativo que ordena la expropiación. Se desarrolla íntegramente al alero del órgano de la Administración del Estado que dicta el acto ablatorio.

Salvo que el expropiante requiera el auxilio de la fuerza pública para forzar el reconocimiento del bien durante la fase preparatoria, la etapa judicial se inicia una vez concluida la administrativa. La judicialización surge del mandato normativo de someter la ejecución del acto expropiatorio a un control jurisdic-

¹⁶ Por ejemplo, determinar el momento en que opera la intransferibilidad prevista en los artículos 2°, 7° y 8° del decreto ley cuando no existe resolución de estudio ni subinscripción conservatoria del acto expropiatorio. Vid. Muñoz Ayamante Víctor Hugo (2014).

¹⁷ Así, por ejemplo, para CELIS DANZINGER existirían dos formas de fijar la indemnización provisional, a saber, mediante una comisión pericial o por sentencia judicial. Los tribunales podrían intervenir tanto en la fijación de la indemnización provisoria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del referido decreto ley, como de la indemnización definitiva, según lo previsto en el texto Constitucional y el artículo 39 del decreto ley. Vid. CELIS DANZINGER 2019, 923. La opinión generalmente sostenida, en cambio, plantea que la intervención judicial opera únicamente para la fijación definitiva de la indemnización, de modo que la acción prevista en el artículo 12 del decreto ley sería la misma que aquella dispuesta en la parte final del inciso 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución. Vid. RÍOS ÁLVAREZ 1978, 82; MORALES GANA 1999, 23; BERMÚDEZ SOTO 2014, 603.

¹⁸ En el caso del Ministerio de Obras Públicas, durante el año 2016, del total de 1161 expropiaciones tramitadas, 309 se concretaron a través de convenio y 852 por vía judicial; durante 2017, hubo 1523 expropiaciones tramitadas, 458 por convenio y 1065 vía judicial; y, durante 2018, 1452 expropiaciones tramitadas, 439 por convenio y 1013 judicialmente. Lo anterior, nos permite advertir que se celebró convenio administrativo solo en el 30% de las expropiaciones sustanciadas por dicho órgano durante esos años. Datos estadísticos obtenidos por medio de solicitud de acceso a la información pública de 11 de septiembre de 2019, dirigida a la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas.

cional obligatorio; a falta de acuerdo, la Administración requiere de autorización judicial, lo que constituye una excepción a su facultad de autotutela¹⁹.

A diferencia de la etapa administrativa, la judicial no considera la sustanciación de un procedimiento único, pues la norma prevé tramitaciones diversas, según la pretensión sometida a la decisión del tribunal. Entonces, tenemos que la judicialización de la expropiación puede albergar una diversidad de causas que, en principio, se tramitan de forma independiente²⁰.

Existen procedimientos contenciosos²¹, dispuestos para sustanciar cuatro grandes grupos de acciones: 1) las que controvierten la validez²², vigencia²³ o extensión²⁴ del acto expropiatorio; 2) las que refieren exclusivamente al *quantum* de los daños patrimoniales sufridos²⁵; 3) una acción conservativa²⁶; y 4) las acciones de cobro que acreedores y titulares de derechos reales sobre el bien expropiado pueden hacer valer respecto de la indemnización²⁷.

¹⁹ Vid. BERMÚDEZ SOTO 2014, 156; VALDIVIA 2018, 205.

²⁰ La Corte Suprema ha sostenido: “[...] la disposición que ordena el depósito del monto provisional de la indemnización en la cuenta corriente del tribunal competente no tiene otro alcance que ése y el de radicar la competencia del tribunal pertinente, conforme al artículo 39 del D.L. N° 2.186 [...] las reclamaciones constituyen procedimientos totalmente independientes y separados. [...] refuerza la autonomía de los distintos cuadernos y gestiones que pueden darse con motivo de una expropiación, la circunstancia de que en algunos de ellos las partes pueden tener, indistintamente y aún coetáneamente, el carácter de actor y de sujeto pasivo;”. La misma sentencia agrega: “[...] Que, precisado lo anterior, la conclusión es inevitable: lo que ocurra en un cuaderno, que se tramita separadamente de los otros, que constituyen procedimientos independientes, carece de trascendencia respecto de lo que se resuelva en los demás, en relación con la materia en discusión;”. Vid *Sucesión Benjamín Mucientes Morales con Fisco de Chile* (2003), considerandos 7° y 8°; en el mismo sentido, vid. *Velásquez Carreño con Fisco de Chile* (2015), considerando 3°.

²¹ Cabe advertir que estos procedimientos están sujetos a reglas radicalmente diversas, a la vez que presentan diversos grados de desarrollo en el decreto ley. Ya en 1978 RÍOS ÁLVAREZ criticó la poca atención que el legislador dedicó a una cuestión principal y de la esencia de toda expropiación, como es la determinación de la indemnización definitiva; en contraposición a los largos pasajes que la norma destinó a regular una cuestión totalmente accesorias y eventual, como es la comparecencia de terceros para repartirse la indemnización. Cfr. RÍOS ÁLVAREZ 1978, 113.

²² Reclamo de legalidad (nulidad) del acto expropiatorio, previsto en el literal a), artículo 9° del Decreto Ley N° 2.186, en relación con el inciso 3°, N° 24, del artículo 19 de la Constitución. También agregamos aquí el reclamo de legalidad en la forma de pago de la indemnización, contemplado en el literal d), artículo 9° del Decreto Ley N° 2.186, aunque este último no persigue el cese del acto expropiatorio, sino solo su corrección.

²³ Acción de caducidad del acto expropiatorio, artículos 21, inciso 3°, 33 y 34 del Decreto Ley N° 2.186.

²⁴ Acciones de ampliación del acto expropiatorio, letras b) y c) del artículo 9° del Decreto Ley N° 2.186.

²⁵ Acción de reclamo del monto de la indemnización expropiatoria (artículo 12), de indemnización por la extinción colateral de derechos que no pueden hacerse valer respecto de la indemnización expropiatoria (artículo 20, inciso final) y de indemnización por expropiación desistida o que ha caducado (artículo 35) todos del Decreto Ley N° 2.186.

²⁶ La acción de recolección de frutos pendientes, artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186.

²⁷ Acción de cobro de terceros sobre la indemnización expropiatoria (verificación de créditos), prevista en el inciso 2° del artículo 20 del Decreto Ley N° 2.186.

En otro orden, la expropiación requiere de dos trámites judiciales indispensables: la consignación de la indemnización provisional y la toma de posesión material. A los anteriores se agrega la inscripción conservatoria, en el caso que el bien expropiado se encuentre sujeto a un sistema registral, y el pago de la indemnización al expropiado²⁸. Todos los anteriores se agrupan bajo un mismo procedimiento²⁹.

Ahora, estos procedimientos se radican ante un mismo tribunal, en virtud de la regla especial de prevención del artículo 39 del Decreto Ley N° 2186, conforme a la cual, el juez que conoce de la primera actuación vinculada a una determinada expropiación ejerce una competencia atractiva respecto del resto de gestiones que se inicien con ocasión de la misma. Ello, en todo caso, no implica una acumulación de autos³⁰.

Así, pese a que su tramitación se sujeta a reglas diversas y se desarrolla de manera independiente, la circunstancia de que todos los procedimientos queden sujetos a un mismo juez propicia una cierta comunicabilidad entre ellos; siguen tramitaciones paralelas, pero que se hallan íntimamente conectadas³¹.

En la regularidad de los casos, el procedimiento de consignación y toma de posesión material constituye el núcleo central de la actividad judicial que concierne a la expropiación, en torno al cual se desarrolla el resto de los trámites y reclamaciones judiciales. Más aún, en muchos otros, se trata de la única intervención judicial que se promueve a propósito del proceso expropiatorio.

La naturaleza de dicho procedimiento ha sido reiteradamente definida como voluntaria³², incluso a nivel jurisprudencial³³. Pese a ello, la ejecución

²⁸ El Tribunal Constitucional ha sostenido que: "Reiterando lo ya aseverado, el pago de la indemnización es un requisito de la expropiación, pero no lo es cobrar y percibir esa compensación, pues hacerlo es un acto voluntario del expropiado y no un elemento de la esencia de esa institución jurídica". Vid. Sentencia TC Rol N° 552 (2008), considerando 40°. En el mismo sentido vid. sentencias TC Roles N° 1038 (2008), considerando 14° y N° 2900 (2017), considerando 34°.

²⁹ MORALES GANA 1999, 7; PONCE CORREA 2011, 209.

³⁰ Cfr. PEÑA MARDONES 2001, 72.

³¹ Así por ejemplo, el plazo de caducidad de la acción para reclamar el monto de la indemnización provisional se cuenta a partir de la toma de posesión material; la caducidad de la expropiación surge una vez que vence el plazo de que dispone el expropiante para instar por la toma de posesión material; la verificación de créditos en el procedimiento de liquidación de la indemnización se formula a partir de la consignación; la solicitud de recolección de frutos se promueve en forma previa a la toma de posesión material, por mencionar algunos ejemplos.

³² Vid. RÍOS ÁLVAREZ 1978, 76; MORALES GANA 1999, 7; y PONCE CORREA 2011, 209.

³³ La Corte Suprema ha señalado: "[...] Que, en tales condiciones, han perdido vigencia en esta materia las normas sobre expropiación del Código de Procedimiento Civil, y la única gestión voluntaria que se contempla en dicho nuevo conjunto especial de asuntos es la consignación de la indemnización provisional a la orden del juzgado de letras competente; tribunal que, por economía procesal, se hace cargo posteriormente del proceso de reclamo, si éste se concreta, en un procedimiento que ya adquiere carácter contencioso". Vid. *Inversiones Piedra Roja Limitada con Fisco de Chile* (2005), considerando 17°. En el mismo sentido: "[...] la gestión de pago por consignación del monto provisional por causa de expropiación es un procedimiento voluntario, es decir, no contencioso, y como tal, no se dirige con forma de juicio en contra del expropiado, aun cuando éste o terceros afectados por el acto de autoridad, conforme a los derechos que les

de una expropiación envuelve, muchas veces, una contienda ínsita evidente, que deriva de la privación coactiva de la propiedad; tanto así, que el inciso final del artículo 21 del decreto ley expresamente autoriza el auxilio de la fuerza pública por la oposición material, sin que por ello adquiera el carácter de juicio.

En este sentido, ¿por qué definir como no contencioso un procedimiento que envuelve una colisión de derechos e intereses entre dos sujetos? Intentaremos a continuación dilucidar en qué medida ambas definiciones pueden ser compatibles.

II. Delimitación del concepto de procedimiento no contencioso

De lo previsto en los artículos 2° del Código Orgánico de Tribunales y 1° del Código de Procedimiento Civil, se desprende la competencia de los tribunales para conocer de los procedimientos judiciales no contenciosos, cuando una "ley expresa requiera su intervención". Empero, dichas normas no fijan un criterio diferenciador de esta clase de procedimientos.

Tal distinción surge del artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, el cual precisa que "[s]on actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes". A partir de esta norma, se suele concluir que serían dos los elementos que caracterizan a esta clase de gestiones.

En primer término, la existencia de una ley expresa que así lo disponga. La creación de procedimientos judiciales no contenciosos es, por tanto, materia de reserva legal³⁴. Por esta razón se ha llegado a sostener que, a diferencia de los asuntos contenciosos, en estos casos la intervención judicial solo resulta válida en la medida que el legislador la ha previsto expresamente y no más allá de tales asuntos³⁵.

En segundo lugar, se requiere que esta clase de procedimientos no encierren una contienda entre partes, entendida como la existencia de un

franquea la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, puedan ejercer una o varias de las acciones allí determinadas [...]". *Alzua Elizalde con Fisco de Chile* (2010), considerando 14°.

³⁴ Cfr. CASARINO VITERBO 1995, 61. Más que una diferencia en torno a la legalidad –pues en ambos casos la intervención del juez se sustenta en una habilitación legal previa–, diremos que se trata de una cuestión de tipicidad o especificidad normativa. La competencia judicial en materia contenciosa se halla definida en términos amplios y genéricos, de ahí la posibilidad de llegar a ejercer acciones de declaración de mera certeza; mientras que la jurisdicción voluntaria recae sobre gestiones específicas.

³⁵ "[...] El hecho de que un contrato no sea una verdadera ley determina que no pueda ser fuente de competencia para tales actos. [...] En este sentido, no pueden las partes mediante contrato atribuir competencia absoluta a los tribunales para practicar una gestión que no se encuentra prevista en la legislación. No basta, por tanto, que el recurrente invoque el contrato como fuente de competencia para la gestión voluntaria de notificación de desahucio de contrato social. Es necesario que una ley atribuya dicha competencia a los tribunales." *Landerretche Diaz y Otros con Luis Zegpi Jimenez* (2015), considerando 7°.

conflicto por oposición de un legítimo contradictor³⁶. Este parece ser un elemento esencial en esta clase de procedimientos y así se destaca comúnmente³⁷. De esta forma, la aparición posterior de un opositor conlleva la transformación del asunto en contencioso, según lo prevé el artículo 823 del código.

Para la mayoría de los autores, la idea de contienda que toca ser dirimida corresponde a un elemento distintivo de la función jurisdiccional, cuestión que los lleva a concluir que los procedimientos voluntarios no envuelven un ejercicio de este carácter³⁸ y, en muchos casos, a calificarlos como una función administrativa ejercida por tribunales³⁹, incluso reemplazable por gestiones notariales⁴⁰.

No obstante, en nuestro parecer, no cabe asimilar la intervención judicial no contenciosa al ejercicio administrativo o notarial. Si bien los tres representan vías aptas para la satisfacción de necesidades sociales de certeza jurídica, a la vez que optar por una u otra responde a una decisión normativa que se evidencia mutable en el tiempo⁴¹, ello no ofrece motivo suficiente para equipararlas jurídicamente⁴², pues tal decisión resulta significativa para sus destinatarios.

Creemos que la intervención judicial voluntaria posee una naturaleza jurisdiccional⁴³. Negarle este carácter, en oposición a la resolución de asuntos

³⁶ Vid. COUTURE 2007, 41.

³⁷ Vid. ORELLANA TORRES 2008, 92; LILLO HUNZINKER 2012, 38.; CORREA SELAMÉ 2014, 46.

³⁸ Vid. CHIOVENDA 1977 [1923], 393; CALAMANDREI 1996 [1944], 191; QUEZADA MELÉNDEZ 1984, 198; COUTURE 2007, 41; PEREIRA ANABALÓN 1993, 151; NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ RAGONE 2013, 59; CORREA SELAMÉ 2014, 45, entre otros. Para una revisión de las diversas posturas en torno a la discusión acerca de la naturaleza de los actos de jurisdiccional voluntaria, vid. GONZÁLEZ POVEDA 2008, 53-67.

³⁹ Esta es la postura dominante al interior de la doctrina procesalista clásica. Vid. SATTÀ 1971 [1968], 298; PEREIRA ANABALÓN 1993, 151.

⁴⁰ La negación del carácter jurisdiccional de la gestión contenciosa ha servido como fundamento para transformar determinadas actuaciones judiciales en notariales. Así puede verse en el caso del acta de notoriedad prevista en el sistema español por la ley 10/1992 (30 abril 1992), para obtener la declaración de que determinadas personas son herederos únicos de una sucesión abintestato. Vid. FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA 1996, 3882- 3907. En el mismo sentido, concluye GERONA PEÑA que la función notarial comparte los mismos principios que las gestiones judiciales no contenciosas y sostiene que la asignación de actos de jurisdicción, ya sea a los jueces u otros funcionarios, es un asunto netamente coyuntural. Cfr. GERONA PEÑA 1996, 3909-3960.

⁴¹ Por ejemplo, en Chile, la Ley N° 19.903 (D.O. 10 octubre 2003) entregó al Servicio de Registro Civil e Identificación la tramitación de las posesiones efectivas de herencia intestadas, lo que antes era competencia de los juzgados de letras en lo civil. En relación a la expropiación, antiguamente el procedimiento contemplado en el artículo 919 del Código de Procedimiento Civil, así como el Reglamento de Expropiaciones para Obras Públicas aprobado por Decreto N° 2.651 del Ministerio de Fomento (D.O. 11 octubre 1934), exigían para su perfeccionamiento la suscripción de una escritura pública en el caso de los inmuebles, en tanto hoy, el perfeccionamiento, a falta de acuerdo, es netamente por vía judicial.

⁴² En este sentido, anota SATTÀ que los intentos de negar el carácter jurisdiccional de los actos no contenciosos, asimilándolos a la función administrativa y notarial, obedece esencialmente a la negación del carácter público de esta función, bajo una visión eminentemente privatista de tales asuntos. Cfr. SATTÀ 1971 [1968], 298.

⁴³ Diversos autores se han pronunciado reafirmando el carácter jurisdiccional de esta función judicial. Para DE PINA la jurisdicción voluntaria se apoya en la necesidad de tutelar o garantizar una determinada situación jurídica relevante, vid. DE PINA 1936, 102. Para CARNELUTTI dicho carácter

contenciosos pasa especialmente por su construcción a partir de una errónea interpretación del elemento conflictual como criterio diferenciador⁴⁴.

Y es que, si bien éste parece fluir de la definición legal, cabe advertir que la existencia de una contienda jurídica es una cuestión de naturaleza eminentemente casuística (fáctica), verificada *ex post*; en tanto la definición procedimental, un asunto normativo, que acontece *ex ante*. La existencia de un conflicto se presenta con posterioridad a la definición procedimental, de modo que no puede ser un elemento estimado en términos materiales, sino normativos.

Existirán procedimientos definidos como contenciosos que, pese a ello, no encierren una disputa efectiva entre las partes, del mismo modo que habrá gestiones definidas *a priori* como voluntarias y que alberguen un conflicto entre diversos sujetos. Entonces, el carácter voluntario deviene de un diseño legislativo, antes que de una controversia concreta entre sujetos.

A nuestro entender, la naturaleza voluntaria radica en que el procedimiento no se dirija formalmente en contra de "otro", lo que no excluye que –en la práctica– existan sujetos a quienes afecte o interese la decisión y puedan estar en abierto conflicto con lo peticionado. Se trata de calificar su intervención como algo no esencial, por tanto, prescindible: ya desde el inicio, como durante su sustanciación⁴⁵.

El elemento determinante en la definición contenida en el artículo 817 no es, entonces, el término "contienda" sino la locución "entre partes"; esto es, la circunstancia de existir sujetos que ocupan posiciones jurídicas predefinidas por el legislador y sin cuyo emplazamiento concreto, no se admite el inicio del procedimiento o su prosecución.

se sustenta en el propósito preventivo que persiguen las gestiones no contenciosas, pues con ellas se busca regular con justicia y de manera cierta, determinadas situaciones jurídicas en que el peligro de injusticia o la falta de certeza resulta grave. Vid. CARNELUTTI 1973a [1956], 44-53. Su conformación jurídica no obedece a la existencia de una pretensión dirigida en contra de una parte determinada, pero supone la tutela especial de una parcela importante del ordenamiento jurídico, ya se trate de derechos disponibles como indisponibles. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 185. En el ámbito nacional, participa de esta postura CASARINO VITERBO, para quien la intervención judicial no contenciosa corresponde un ejercicio jurisdiccional de carácter *sui generis*. Vid. CASARINO VITERBO 1995, 62.

⁴⁴ Anota HOYOS HENRECHSON que la definición legal resulta defectuosa en estos términos pues, de aplicarse el criterio de ausencia de conflicto, tendría que calificarse el juicio en rebeldía como una gestión no contenciosa. Cfr. HOYOS HENRECHSON 2001, 61.

⁴⁵ En la jurisdicción no contenciosa no existe pretensión frente a una persona concreta, pero sí una tutela conferida por el ordenamiento jurídico, tanto respecto de derechos subjetivos, como de situaciones o intereses individuales, especialmente cuando la intervención judicial posee un carácter constitutivo o preceptivo. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 102.

III. Algunos elementos diferenciadores de un procedimiento no contencioso

Asentado lo anterior, diremos que la jurisdicción voluntaria es, ante todo, una técnica legislativa de simplificación procedimental, que agrupa una serie de gestiones diversas, con el fin de someter a un control jurisdiccional, más o menos intenso, determinadas actuaciones de relevancia jurídica práctica, sin exigir para ello un emplazamiento legal concreto.

Existe reserva legal⁴⁶, de ahí que hablemos de técnica legislativa. Ahora, la definición normativa en torno a la fijación de un determinado procedimiento encierra, entonces, dos decisiones relevantes: 1.- el sometimiento de esta materia a la resolución de un tribunal y, con ello, a un control jurisdiccional; a diferencia de lo que ocurre cuando se confía su conocimiento a la función administrativa o notarial⁴⁷; y 2.- la de sujetarlo a un procedimiento no contencioso.

La primera de estas decisiones parte de reconocer que el sometimiento de un asunto a la resolución de un órgano jurisdiccional ofrece mayores garantías a los individuos⁴⁸. La imparcialidad del juzgador, la invariabilidad de la decisión firme, la facultad de ejecutar la resolución coactivamente y la posibilidad de requerir la inaplicabilidad de un precepto legal decisorio, parecen ser algunos de los elementos distintivos⁴⁹.

La segunda decisión refiere precisamente a la determinación *ex ante* de que la intervención de los eventuales afectados o interesados no va a ser elevada al carácter de esencial, sino eventual⁵⁰. El inicio y sustanciación del

⁴⁶ Vid. notas N° 34 y 35.

⁴⁷ Anota FERNÁNDEZ DE BUJÁN que, a diferencia de la jurisdicción voluntaria, el procedimiento administrativo se caracteriza, en la mayoría de los casos, por la defensa de intereses generales y no individuales, así como también, por la posibilidad de silencio como respuesta. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 105. Para CAMACHO CEPEDA la decisión administrativa, en oposición a la jurisdiccional, se distingue especialmente por la posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio, las amplias facultades del resolutor para recopilar antecedentes probatorios, la posibilidad del órgano de requerir de oficio la intervención de otros sujetos en el procedimiento y por el hecho de que, reclamada la decisión, el órgano administrativo puede hacerse parte de la discusión ante el tribunal llamado a resolverla. Cfr. CAMACHO CEPEDA 2019, 243.

⁴⁸ La idea de otorgar plena competencia al órgano jurisdiccional, como garantía de control de la actividad administrativa ablatória, estuvo presente al interior de la Comisión de Ortúzar y quedó asentada desde los inicios de la discusión. Así, por ejemplo, se consigna que “El señor RODRÍGUEZ (Miembro de la Subcomisión de Derecho de Propiedad), da a conocer que la idea que primó en la Subcomisión podría llamarse de concentración, o sea, de que el acto expropiatorio contiene, por sí, todos los elementos [...] con los cuales puede haber controversia o conformidad. Agrega que respecto de este acto expropiatorio se permite también [...] al expropiado, dentro de cierto plazo, [...] objetar todos y cada uno de los elementos indicados en el acto expropiatorio, yendo, por lo tanto, todo esto a la justicia ordinaria y en forma privada”. Vid. *Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión N° 164ª de 06 de noviembre de 1975.

⁴⁹ En este mismo sentido *vid.* CAMACHO CEPEDA 2019, 243.

⁵⁰ Creemos que ello puede obedecer a diversos factores, tenidos en cuenta por el legislador al momento de definir cada gestión voluntaria en particular. La presunción de que el índice de conflictividad de ciertas decisiones es marginal, la consideración de que los bienes jurídicos afecta-

procedimiento no se condicionan a la identificación previa de un sujeto en contra del cual se dirige y, por tanto, conlleva eximir al requirente de definir e individualizar a una “contraparte”⁵¹.

En estos procedimientos no hay un emplazamiento⁵², entendido este último como el traslado que se confiere a un opositor, conminándolo a defender sus derechos e intereses en el procedimiento⁵³. Así, no resulta necesario procurar que el pedimento se notifique específicamente a alguien.

No tiene aplicación la regla prevista en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil ni, por lo general, se prevén otras fórmulas de notificación cierta. Usualmente se emplean mecanismos que confieren una publicidad general e inespecífica, como las publicaciones. Solo se busca ofrecer una posibilidad de conocimiento a los eventuales afectados e interesados.

La simplificación procedimental, en tanto, se advierte de la exención de trámites que se consideran esenciales al interior de la jurisdicción contenciosa, como el término probatorio. En general, las gestiones no contenciosas poseen un carácter no formalizado⁵⁴. No aplica en estos casos el abandono

dos son disponibles para el solicitante, el carácter precario de la decisión, la existencia de otras vías de impugnación o, incluso, la intención decidida de que un asunto sea resuelto con mayor celeridad, puede ser algunos de estos motivos. En este sentido, advierte VÉSCOVI que esta elección incluso puede obedecer a fines de control estatal y evidencia que cuando el Estado adquiere un rol de mayor intervención en el ámbito social, generalmente se produce un crecimiento de los casos de jurisdicción voluntaria, pues con ello el control del Estado alcanza campos más vastos; por ejemplo, establecer que múltiples cambios de las relaciones o estados jurídicos de las personas no puedan verificarse sino con la intervención del órgano jurisdiccional. *Cfr.* VÉSCOVI 2006, 108. En el caso de la gestión de consignación y toma de posesión material por expropiación fue determinante la preocupación de la Comisión Ortúzar y la Subcomisión de Derecho de Propiedad que la obligación de pago y eventual discusión del monto de la indemnización no llegara a entorpecer el ejercicio de la potestad expropiatoria y, con ello, el fin público que ésta persigue. *Vid. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión N° 250ª de 5 de octubre de 1976.

⁵¹ De esta manera, distinguimos dos modelos procesales: a) el de los juicios ordinarios de cognición, que comprende tanto aquellos supuestos en que existe una efectiva controversia entre partes, como aquellos otros en que, habiéndose planteado un contradictorio, este último se resuelve sin allanamiento, debate ni controversia; y b) los juicios de jurisdicción voluntaria, que comprende aquellos supuestos en los que, sin existir una pretensión en contra de alguien, ni controversia de especial relevancia, el juez actúa por un imperativo normativo de carácter legal, en la defensa de intereses públicos o sociales, o con carácter constitutivo, autorizando y controlando la legalidad de dicha actuación. *Cfr.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 104.

⁵² El emplazamiento se considera un presupuesto esencial de la relación procesal en los procedimientos contenciosos, a partir del cual suceden dos consecuencias relevantes: 1.- la litispendencia; y 2.- el surgimiento para el afectado de la posibilidad de ejercer una defensa judicial. *Cfr.* ROMERO SEQUEL 2015, 121. Las gestiones voluntarias, en cambio, carecen de sustento bilateral y no materializan una relación procesal perfecta, pues los derechos que surgen en su virtud se amparan en el ejercicio unilateral del solicitante, sin un sujeto pasivo determinado; de ahí la negativa de algunos a reconocer esta clase de intervención judicial como un ejercicio jurisdiccional.

⁵³ *Cfr.* CORTEZ MATCOVICH 2013, 122.

⁵⁴ Los juicios de jurisdicción voluntaria se caracterizan por una mayor agilidad y menor formalidad, amplios poderes del juez y economía procedimental. Se limitan algunas garantías en

del procedimiento⁵⁵ y, aunque existen importantes excepciones, sus actuaciones no se hallan sometidas al cumplimiento de plazos perentorios ni a la preclusión.

La diversidad deviene de la existencia de gran cantidad de estos procedimientos, regulados tanto en el Código de Procedimiento Civil como en normas especiales⁵⁶. La doctrina nacional ha formulado distintas clasificaciones que, con matices, permiten agruparlas en cuatro a cinco clases diversas⁵⁷, aunque se suele cuestionar la completitud de tales divisiones⁵⁸.

En otro orden de ideas, como no hay partes, tampoco existe necesidad de concebir la prueba bajo una óptica bilateral⁵⁹. No se prevén mecanismos para impugnarla, tampoco resulta necesario sujetar su rendición a una ritualidad específica o enmarcarla dentro de un período especial⁶⁰. Más aún, no parece posible exigir al juez un estándar de convicción similar al de un proceso contradictorio, pues evidentemente la aportación y calidad de la prueba será inferior.

Esta circunstancia se contiene expresamente en el artículo 818 del Código de Procedimiento Civil, conforme a la cual los tribunales no quedan sometidos en estas gestiones a las “solemnidades ordinarias de las pruebas judiciales”, de modo que los hechos pueden acreditarse mediante “prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio”⁶¹.

comparación a los procesos contradictorios, pero preservando aquellas de carácter esencial. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 105.

⁵⁵ Vid. CORREA SELAMÉ 2016, 44.

⁵⁶ El listado de códigos para el ingreso de demandas del Poder Judicial considera al menos 38 gestiones no contenciosas distintas.

⁵⁷ Vid. QUEZADA MELÉNDEZ 1984, 216; CASARINO VITERBO 1995, 63; LILLO HUNZINKER 2012, 42.

⁵⁸ Vid. PEREIRA ANABALÓN 1993, 148.

⁵⁹ En este sentido, sostiene CARNELUTTI que, contrario a la bilateralidad característica del proceso contencioso, se advierte en el voluntario una inmanente unilateralidad; cuestión esta última que no excluye la existencia de un conflicto de intereses en relación al fondo del negocio, sino que se debe a la circunstancia de que, a diferencia de la litis, dicho conflicto no está elevado a un primer plano. Cfr. CARNELUTTI 1973b [1956], 263.

⁶⁰ Se sostiene que en un procedimiento contencioso se identifican al menos seis etapas de la actividad probatoria: 1. ofrecimiento; 2. petitorio de prueba; 3. diligenciamiento; 4. impugnación; 5. observaciones a la prueba; y 6. apreciación de la prueba. Vid. FIGUEROA YÁVAR y MORGADO SAN MARTÍN 2013, 140. De entre todos ellos, la impugnación se evidencia como la gran ausente en el caso de la jurisdicción no contenciosa.

⁶¹ La Corte Suprema ha señalado: “[...] puede razonablemente predicarse que los asuntos de jurisdicción voluntaria no están sujetos al derecho probatorio, como quiera que éste se levanta sobre la base esencial de una controversia sustentada en presupuestos de hecho cuya comprobación resulta indispensable para el logro final de la convicción de quienes están llamados a una adjudicación de la que no puede estar ausente su circunstancialidad fáctica; [...] Al ser el ordenamiento comunitario el que ha creído conveniente la intervención judicial en cierto tipo de materias, no obstante no existir una contienda en la que se anide una pretensión de marca privada –en contraposición a la pública– se deja en manos de la judicatura una performance indagatoria e informativa de corte inquisitivo, conducente a una resolución que, para no ser arbitraria, re-

Ahora bien, esta circunstancia no equivale a afirmar que se trata de una mera constatación de hechos por parte del juez. La intervención de este último corresponde, en todo caso, a un control judicial, de modo que dispone de facultades para ponderar la suficiencia, legalidad y valor de los elementos de prueba impetrados⁶², así como para exigir que se le proporcionen mayores antecedentes de los aportados voluntariamente por el peticionario.

Por último, una calidad discutida en torno a esta clase de procedimientos es el efecto de cosa juzgada. Mientras existen quienes niegan abiertamente la inmutabilidad de las sentencias dictadas en la jurisdicción voluntaria⁶³, hay quienes reconocen que, en algunos procedimientos o bajo determinadas condiciones, éstas adquieren el carácter de inamovible⁶⁴, opinión a la que adherimos y estimamos aplicable al caso de la expropiación⁶⁵.

IV. ¿Por qué considerar no contencioso el procedimiento de consignación y toma de posesión material?

A primera vista, la definición legal de jurisdicción voluntaria y la visión clásica de este instituto parecen no permitir calificar bajo este rubro al procedimiento de consignación y toma de posesión material de expropiación, de momento que éste encierra una evidente relación entre dos o más sujetos.

Y es que, en este caso, el propio decreto ley ha identificado –al menos– dos partes en presumible contraposición de intereses debido a la privación coactiva de la propiedad: expropiante y expropiado. Al mismo tiempo, ha dispuesto la práctica de diligencias de notificación respecto de este último y,

quiere ser evacuada al amparo del menormente exigente padrón del ‘conocimiento de causa’”. *Solicitante: Banco Santander Chile* (2013), considerandos 3° y 4°.

⁶² “[...] Que para dar estricto cumplimiento a lo exigido por el Constituyente y el legislador, los jueces deben razonar jurídicamente sobre los presupuestos de la acción ejercida y ponderar toda la prueba rendida precisando en base a cuál o cuáles probanzas tienen por establecidos los hechos de la causa. [...] Que, al efecto, el artículo 819 del Código de Procedimiento Civil dispone que en estos asuntos los tribunales apreciarán prudencialmente el mérito de las justificaciones y pruebas de cualquier clase que se produzcan y, por su parte, el artículo 826 del mismo compendio ordena que las sentencias definitivas en estos negocios cuando deba procederse con conocimiento de causa deben expresar las razones que motivan la resolución. [...]” *Solicitante Ilustre Municipalidad de Estación Central* (2014), considerandos 7° y 10°.

⁶³ Vid. CHIOVENDA 1977 [1923], 397; PEREIRA ANABALÓN 1993, 150; COUTURE 2007, 43; ORELLANA TORRES 2008, 92; ROMERO SEGUEL 2017, 126; y CORREA SELAMÉ 2014, 47, entre otros.

⁶⁴ Vid. QUEZADA MELÉNDEZ 1984, 219; CASARINO VITERBO 1995, 61; FERNÁNDEZ DE BUJÁN 2001, 135; así como también, NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ RAGONE 2013, 61.

⁶⁵ Así, la Corte Suprema ha sostenido: “[...] cabe señalar que de los hechos que se dieron por asentados en la causa, consignados precedentemente, aparece que el supuesto propietario del inmueble expropiado, a la fecha del acto administrativo, era la denominada sucesión Pardo Legrand, a cuyo nombre aparece el decreto respectivo y su publicación, lo que se corresponde con el tenor del certificado de avalúo fiscal del rol N° 551 9, esto es, el terreno expropiado. [...] no existe dominio alguno que disputar sobre el inmueble expropiado luego de más de 10 años desde la toma de posesión material de éste, resultando el acto expropiatorio plenamente oponible a la parte demandante”. *José Ugalde Vásquez con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región del Bío Bío* (2016), considerandos 14° y 15°.

más aún, prevé abiertamente su eventual negativa a facilitar la realización de actos materiales respecto del bien expropiado.

A partir de la consignación el expropiado pierde el dominio del bien⁶⁶ y, en virtud de la toma de posesión material, su tenencia y disfrute⁶⁷. Se trata así de actuaciones altamente conflictivas y no son extraños los casos en que se intenta, por ejemplo, discutir la suficiencia de la consignación, el título para percibirla o, sobre todo, impedir el desposeimiento, de ahí que la norma permita obtener el auxilio de la fuerza pública para llevarlo a cabo⁶⁸.

Ínsita en todo proceso de expropiación existe, entonces, una alta probabilidad de contienda, además de una identificación de sujetos cuyos intereses o derechos aparecen en colisión. El texto del Decreto Ley N° 2186 no explicita la naturaleza de la gestión de consignación y toma de posesión material ¿qué lleva a la jurisprudencia y doctrina a considerarla como no contenciosa? A nuestro entender, la ausencia de un emplazamiento concreto del afectado.

Si bien desde un inicio el proceso expropiatorio reconoce la existencia de un expropiado, no pesa sobre la Administración la obligación de identificarlo ni requerirlo de manera efectiva⁶⁹. El decreto ley solo exige señalar “el nombre del o de los propietarios o de los que aparezcan como tales en el rol de avalúos o los datos que faciliten su determinación”, de modo que, finalmente, la indicación del afectado contenida en el acto expropiatorio es referencial⁷⁰.

De esta forma, a no ser que el ente expropiante llegue a acuerdo con el propietario del bien y pague directamente a este último sin intervención de un tribunal, cuando la expropiación se judicializa, la determinación de la identidad

⁶⁶ Artículo 20 del Decreto Ley N° 2.186.

⁶⁷ Señala CEA EGAÑA que la toma de posesión material, a la que prefiere referirse como desposeimiento, corresponde a un trámite sustantivo que debe ser entendido en su sentido natural y obvio, como la privación del bien cuya posesión aún detenta el expropiado. Cfr. CEA EGAÑA 2012, 590.

⁶⁸ Inciso final del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186.

⁶⁹ La discusión al interior de la Comisión Ortúzar da cuenta de que el proyecto de ley de procedimiento de expropiaciones no exigiría la precisa individualización del propietario del bien. A propósito de las observaciones presentadas por los Ministerios, consta haberse acordado que “[...] el proyecto no pretende que siempre se indique precisamente el nombre del propietario, sino que al menos se indiquen los datos que faciliten su individualización”. Por esta razón se aprobó finalmente agregar la frase “el nombre del o de los propietarios o de los que aparezcan como tales en el Rol de Avalúos”. Vid. *Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión N° 262ª de 25 de noviembre de 1976.

⁷⁰ La Corte Suprema sostuvo: “[...] la Ley de Expropiaciones permite que se lleve a cabo el proceso expropiatorio aún sin tener claridad sobre la identidad del expropiado, lo que se manifiesta por ejemplo, en que dentro de las menciones del acto expropiatorio no resulta necesario indicar el nombre del propietario sino que basta con señalar el nombre de los que aparezcan como tales en el rol de avalúos o, incluso, solo incluir los datos que faciliten su determinación, resguardando eso sí que el dinero que le correspondería se encuentre a su disposición consignándolo en el tribunal respectivo [...]”. *Bedoya Herrera Jorge Eduardo Gonzalo con Serviu Metropolitano* (2013), considerando 19°. En el mismo sentido vid. *José Ugalde Vásquez con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región del Bío Bío* (2016), considerando 11°.

del expropiado recae fundamentalmente en el juez⁷¹, quien deberá proceder a la revisión de los títulos antes de pagar la indemnización consignada⁷².

Coincidente con lo anterior, se ha estimado que no pesa sobre el expropiante la obligación de notificar personalmente la gestión de consignación y solicitud de toma de posesión material al expropiado, pues no cobra aplicación en estos casos la regla del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil⁷³. Dicha notificación se verifica generalmente mediante avisos y en favor de todos los eventuales interesados, conforme al artículo 23 del decreto ley⁷⁴.

Por otra parte, el procedimiento de consignación y toma de posesión material no considera la oposición contradictoria de los afectados⁷⁵. La expropiación representa el ejercicio de una potestad pública⁷⁶ y, como tal, irresistible para el expropiado⁷⁷. Se trata de una atribución prevista constitucionalmente, autorizada por una ley por causas de utilidad pública o interés nacional y cuyo ejercicio se concreta a través de una actuación administrativa⁷⁸.

⁷¹ De esta manera, se observa que el legislador ha entregado al expropiado la carga de acreditar su calidad de dueño y no al expropiante, como pudiera pensarse. Cfr. MORALES GANA 1999, 15.

⁷² Ello explica, entre otros motivos, la adopción del acta de pleno N° 87-2014 de la Corte Suprema de 17 de junio de 2014, que imparte instrucciones especiales en materia de giro de cheques en procedimientos de expropiación.

⁷³ "A su turno, la resolución que tiene por efectuada la consignación fiscal de la compensación provisoria y por instado al expropiante de la toma de posesión material de la finca expropiada, contrariamente a lo sostenido por el oponente en este arbitrio, se debe notificar al expropiado y a terceros afectados por el acto administrativo en la forma que previene el inciso primero del artículo 23 del texto legal ya reseñado -y no personalmente como se pretende- [...]". *Alzua Elizalde con Fisco de Chile* (2010), considerando 14°.

⁷⁴ Vid. PONCE CORREA 2011, 215.

⁷⁵ Para RÍOS ÁLVAREZ el carácter no contencioso de la gestión de toma de posesión material deriva precisamente de la circunstancia de que no admite la oposición del expropiado o de terceros. Vid. RÍOS ÁLVAREZ 1978, 76. Cabe advertir que CELIS DANZINGER sostiene una interpretación opuesta pues, a su juicio, procede conferir traslado al expropiado respecto de la solicitud de toma de posesión material con el fin de que este último pueda formular oposición o proceder a la recolección de frutos pendientes. Vid. CELIS DANZINGER 2019, 934. Nos inclinamos por la postura expuesta por RÍOS ÁLVAREZ, pues entendemos que la obligación de poner en conocimiento del expropiado y de terceros algunas actuaciones de este procedimiento, no implica conferirles traslado, a la vez que el derecho de solicitar la recolección de frutos pendientes, previsto en inciso 4° del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186, no constituye propiamente una oposición.

⁷⁶ "[L]a potestad administrativa es un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo". FERRADA BÓRQUEZ 2007, 76.

⁷⁷ "[...] Que, desde que el fundamento de la expropiación radica en la función social de la propiedad -función social que 'comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental', conforme prescribe el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución-, lo que permite al Estado de modo excepcional privar del dominio de un bien a una persona, es indubitado que la primacía del interés general por sobre el particular del expropiado hace necesario prescindir de la voluntad de este último, quien no puede oponerse a la expropiación". Vid. *Sentencia TC Rol N° 1038* (2008), considerando 14°.

⁷⁸ Por esta razón afirma CALDERA DELGADO que en el ejercicio de la potestad expropiatoria en Chile convergen necesariamente tres fuentes de grado diverso, de modo que éste jamás podría materializarse directamente en virtud de la ley. Cfr. CALDERA DELGADO 2001, 401.

El pago y desposeimiento del expropiado son efectos inherentes del acto expropiatorio, de modo que la consignación y toma de posesión material constituyen diligencias que se enmarcan dentro de su natural ejecución. Así, quien pretenda oponerse a tales actuaciones debe necesariamente atacar la validez, vigencia o eficacia del acto administrativo que les sirve de sustento; no cabe simplemente negarse a ellas.

Ahora, según adelantamos en acápites anteriores, tal discusión corresponde ser formulada mediante el ejercicio de acciones previstas en el decreto ley o en otras normas, para cuya sustanciación se siguen procedimientos contenciosos, pero independientes a la gestión de consignación y toma de posesión material, de modo que por ello no se altera la naturaleza de la presente gestión.

Consecuentemente, la toma de posesión material no se paraliza por la sola interposición de un reclamo. Su eventual suspensión se enmarca en un ejercicio potestativo cautelar confiado al tribunal y que se desarrolla solo a partir de que el expropiado impugne la validez o vigencia del acto expropiatorio⁷⁹.

V. Posibilidad de defensa de los derechos e intereses del expropiado en el procedimiento de consignación y toma de posesión material

Al comienzo del presente trabajo adelantamos que lo relevante de un procedimiento es que otorgue vías adecuadas de defensa a los involucrados, más allá de su definición como contencioso o voluntario. Tratándose la expropiación del ejercicio potestativo, la defensa de los afectados no pasa, desde luego, por discutir o negar la existencia de tal facultad estatal, sino por exigir el cumplimiento íntegro de los requisitos que la hacen procedente.

Así, la primera y quizá más importante garantía a los afectados por un proceso expropiatorio radica en que, cuando no existe acuerdo entre expropiante y expropiado, la ejecución del acto expropiatorio queda sometida a un control judicial forzoso. Ello, pues la Administración requiere de la intervención y autorización judicial para efectuar las dos diligencias más importantes: el pago provisional y la toma de posesión material⁸⁰.

Dicha intervención judicial no se concibe como un acto de mero trámite, pues exige la concurrencia de ciertas condiciones esenciales: 1. la publicación del acto expropiatorio⁸¹; 2. la consignación judicial del íntegro de la indemnización provisional⁸²; 3. La publicación de la solicitud de consignación

⁷⁹ Vid. PONCE CORREA 2011, 277.

⁸⁰ Incisos 4° y 5°, N° 24 del artículo 19 de la Constitución e incisos 2° y 3° del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186.

⁸¹ Artículo 7° del Decreto Ley N° 2.186.

⁸² Inciso 5°, N° 24 del artículo 19 de la Constitución y artículo 20 del Decreto Ley N° 2.186.

y toma de posesión material⁸³; y 4. la inexistencia de solicitud de recolección de frutos pendientes⁸⁴.

No obstante, es indudable que el procedimiento de consignación y toma de posesión material, en su carácter voluntario, ofrece un control judicial acotado, pues la intervención de los afectados o interesados es limitada; no se admite contradictor al interior del mismo⁸⁵ y toda eventual oposición requiere el inicio de procedimientos contenciosos autónomos. Como control, opera siempre ante la ausencia de acuerdo, pero sin intervención del expropiado.

La posibilidad de plantear una oposición o formular otro tipo de discusiones jurídicas respecto del proceso expropiatorio existe, pero fuera de esta gestión voluntaria. El decreto ley prevé una serie de acciones, a las que se suman aquellas consagradas en la Constitución o leyes especiales. Para este trabajo, nos enfocaremos en revisar las dos vías de defensa que el numeral 24 del artículo 19 de la Carta ofrece en favor del expropiado.

La primera de ellas concierne a la acción de nulidad o reclamo de legalidad⁸⁶ del acto expropiatorio, la cual se tramita mediante juicio sumario⁸⁷. Da origen a un contencioso en que intervienen ambas partes, no obstante, su ejercicio queda sujeto a dos importantes restricciones que pueden comprometer su eficacia⁸⁸.

Debe ser deducida dentro de treinta días hábiles, contados desde la publicación del acto expropiatorio en el Diario Oficial⁸⁹; ello marca una diferencia sustancial entre las partes, pues el expropiante, en cambio, goza de sesenta días hábiles para instar judicialmente por el desposeimiento⁹⁰. Además, la demanda debe ser notificada dentro de los treinta días hábiles siguientes a su interposición, bajo apercibimiento de tenerse por desistida⁹¹.

Cabe observar que estas restricciones no están presentes en la acción de caducidad⁹², consagrada a nivel legal, la que también persigue el cese de efectos del acto expropiatorio. El término para ejercerla es de un año desde

⁸³ Inciso 4° del artículo 21 y artículo 23 del Decreto Ley N° 2.186.

⁸⁴ Inciso 5° del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186.

⁸⁵ La única intervención del expropiado o terceros que la norma posibilita formular al interior de este procedimiento, en relación a la toma de posesión material, es la solicitud de recolección de frutos prevista en el artículo 21 inciso 5° del decreto ley. No obstante, tal como anota RÍOS ÁLVAREZ, esta última no constituye realmente una oposición. *Vid.* RÍOS ÁLVAREZ 1978, 76. Prevenimos que, no obstante, una opinión contraria aparece en CELIS DANZINGER 2019, 934.

⁸⁶ Letra a) del artículo 9° del Decreto Ley N° 2.186.

⁸⁷ Inciso 3° del artículo 9° del Decreto Ley N° 2.186.

⁸⁸ No analizaremos aquí las restricciones que refieren a las causales de nulidad previstas en el decreto ley, pues ello atañe al aspecto sustantivo de esta acción y no al ámbito procesal que motiva el presente trabajo.

⁸⁹ Artículo 9° y 40 del Decreto Ley N° 2.186.

⁹⁰ Inciso 3° del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186.

⁹¹ Artículo 9° inciso final de Decreto Ley N° 2.186.

⁹² Artículos 21, 33 y 34 del Decreto Ley N° 2.186.

que el expropiante incurre en la omisión que le sirve de fundamento y la notificación de la demanda no se sujeta a plazo. Así, resulta evidente que el legislador parece más llano a que se discuta la caducidad que la legalidad del acto ablatorio.

La segunda vía de defensa del expropiado consiste en reclamar el monto de la indemnización⁹³. El plazo para deducir esta acción es más amplio, se extiende desde la publicación del acto expropiatorio hasta treinta días hábiles siguientes a la toma de posesión. Las críticas que usualmente se formulan atienden a lo poco regulado del procedimiento⁹⁴, a que el expropiante también puede reclamar⁹⁵ y al criterio para determinar la época de la desposesión⁹⁶.

En cuanto a la competencia de los tribunales para ejercer tutela cautelar, esto es, adoptar medidas preventivas y provisionales, destinadas a dar efectividad material al expropiado respecto de la decisión ulterior definitiva de los asuntos controvertidos que este último plantee; en el caso de reclamar la procedencia del acto expropiatorio, está especialmente asegurada, tanto constitucional como legalmente, por la posibilidad de suspender la toma de posesión⁹⁷.

El reclamo de la indemnización provisional, en cambio, no queda amparado por la hipótesis constitucional de suspensión del desposeimiento, pues la acción en este caso no ataca la procedencia del acto expropiatorio. Ahora, de todas formas, en esta materia no existe excepción a la aplicación de las reglas generales de tutela cautelar, de manera que los tribunales pueden adoptar medidas prejudiciales y precautorias comunes.

Por último, en cuanto al conocimiento del expropiado, advertimos que el decreto ley contempla diversas actuaciones para dar publicidad al proceso expropiatorio, pero la eficacia de la más importante, esto es, la notificación del acto expropiatorio, queda en entredicho. La norma prevé que ésta se ve-

⁹³ Artículo 12 del Decreto Ley N° 2.186.

⁹⁴ RÍOS ÁLVAREZ 1978, 113.

⁹⁵ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al menos en dos ocasiones acerca de la inaplicabilidad del artículo 12, por otorgar legitimación activa al expropiante para reclamar de la indemnización provisional. Ambos reclamos fueron rechazados, entre otros motivos, por estimar dicho Tribunal que el procedimiento de determinación del monto provisorio se verifica de manera autónoma a la voluntad del expropiante. *Vid.* sentencias TC Roles N° 4953 (2019) y N° 5270 (2019).

⁹⁶ La Corte Suprema estima que la toma de posesión material constituye una actuación de carácter jurídico y no fáctico, de modo que se verifica a partir de la resolución que la autoriza y no desde que se práctica efectivamente. Por este motivo, el plazo para deducir la acción de reclamo del monto debe contarse desde la resolución que autorizó la toma de posesión material y no desde el acta que da cuenta de haberse verificado materialmente. *Vid.* *Sucesión López Díaz con SERVIU de Tarapacá* (2009), considerandos 7° y 9°.

⁹⁷ Inciso 5°, N° 19 del artículo 24 de la Constitución e inciso 3° del artículo 9° del Decreto Ley N° 2186. Ambas normas otorgan poder al juez que conoce del reclamo de procedencia del acto expropiatorio para decretar la suspensión del desposeimiento en mérito de los antecedentes que se hagan valer.

rifique a través del Diario Oficial, un diario regional y Carabineros de Chile⁹⁸; no obstante, en la práctica, solo la primera resulta efectivamente exigible⁹⁹.

El conocimiento de parte del expropiado se verá reforzado posteriormente con la notificación de la solicitud de consignación y toma de posesión material, mediante sendas publicaciones en el Diario Oficial y un diario de circulación regional¹⁰⁰. Más aún, al alero del tribunal, se podrán ordenar notificaciones de carácter cierto al expropiado, como personal o por cédula, y que la toma de posesión material sea intimada por un ministro de fe pública.

Es evidente que las publicaciones no aseguran el efectivo conocimiento al expropiado u otros sujetos, pero la cantidad de éstas y la realización de otras actuaciones de conocimiento al interior de la gestión voluntaria una vez que se inicia, a nuestro entender, otorgan razonables vías de información a los afectados.

Así, observamos una amplia posibilidad de ejercer la segunda vía de defensa constitucional antes mencionada, esto es, reclamar del monto de la indemnización. Ello, pues el plazo de ejercicio de esta acción se extiende hasta treinta días hábiles después del desposeimiento, de modo que la gestión voluntaria en estudio otorga a los afectados la oportunidad de tomar conocimiento oportuno y reunir los antecedentes necesarios para discutir el *quantum*.

No ocurre lo mismo con la nulidad del acto expropiatorio. Y es que el término de treinta días hábiles para ejercer esta acción generalmente habrá vencido antes de que se inicie la gestión de consignación y toma de posesión; pues el expropiante goza del doble de plazo para instar por el desposeimiento. La gestión voluntaria no actúa en este caso como vía accesoria de conocimiento que facilite al expropiado reclamar la ilegalidad de la expropiación.

El conocimiento que el expropiado necesita adquirir para deducir esta acción dependerá, entonces, exclusivamente de la notificación del acto expropiatorio, actuación que, según mencionamos, se perfecciona por su sola publicación en el Diario Oficial. Este aviso constituye la única vía de comunicación garantizada al expropiado para estos efectos, siendo una de carácter general e inespecífico, que ofrece una baja oportunidad de conocimiento.

Por este motivo, la primera vía de defensa constitucionalmente asegurada al expropiado se encuentra, en nuestra opinión, dificultada en la práctica.

⁹⁸ Artículo 7° del Decreto Ley N° 2.186.

⁹⁹ Si bien la notificación del acto expropiatorio se concreta por medio de estas tres vías en forma copulativa, de acuerdo al artículo 7° del Decreto Ley N° 2.186, ésta se entiende perfeccionada "con la sola publicación del extracto en el Diario Oficial y su fecha será la de esa publicación". De esta manera, la publicación en el Diario Oficial constituye por sí suficiente notificación del acto ablatorio; la omisión de las otras dos gestiones podrá irrogar responsabilidad administrativa para los funcionarios encargados de ordenarlas, pero no confiere la posibilidad de retrotraer el procedimiento.

¹⁰⁰ Artículo 23 del Decreto Ley N° 2.186.

Además de sujetarse la nulidad a restricciones de ejercicio mayores al de otras acciones, el decreto ley no exige que todas las vías de comunicación del acto expropiatorio se cumplan realmente; no asegura que el expropiado pueda tomar efectivo conocimiento del acto, en el tiempo previsto para reclamar su nulidad.

De esta manera, nos parece necesario instar por una revisión de las formas de notificación del acto expropiatorio, así como de aquellas restricciones a las que se sujeta la interposición del reclamo de legalidad, previstas en el Decreto Ley N° 2186, con el fin de dotar de mayor efectividad la defensa del expropiado, reconocida constitucionalmente.

Dicho objetivo pudiera obtenerse por la vía de vincular el ejercicio de la acción de nulidad, o sujetar su caducidad, a actuaciones verificadas al interior de la gestión de consignación y toma de posesión material, tal como ocurre con otras acciones previstas del Derecho Ley 2186, de modo que las gestiones desarrolladas al interior de este procedimiento contribuyan al efectivo y oportuno conocimiento del expropiado.

Conclusiones

El proceso expropiatorio se regula esencialmente por el Decreto Ley N° 2186 de 1978, norma esta última que prevé una fase administrativa y otra judicial. La etapa judicial se verifica a partir de procedimientos independientes, que se tramitan ante un mismo tribunal; la mayoría de ellos posee un carácter contencioso y eventual, aunque existe también una gestión voluntaria, cuya sustanciación, en cambio, resulta obligatoria cuando no existe acuerdo con el expropiado.

Dicha gestión se dispone para la realización de dos diligencias esenciales en la concreción de la expropiación: consignación de la indemnización provisional y toma de posesión material. Su carácter voluntario radica en que no exige el emplazamiento cierto del expropiado ni admite su intervención contradictoria pura y simple; cualquier oposición requiere el inicio de un nuevo procedimiento, que se sustancia independientemente.

La definición del procedimiento de consignación y toma de posesión material como voluntario no coloca al expropiado en un escenario de absoluta indefensión, pues ofrece la razonable posibilidad de tomar conocimiento y reclamar del monto de la indemnización provisional, e iniciar un procedimiento judicial contencioso.

No obstante, la posibilidad de impugnar el acto expropiatorio, especialmente cuando se trata de reclamar su legalidad, se encuentra dificultada de una manera considerable. Ello no deviene de la naturaleza voluntaria de la referida gestión, sino de la precaria notificación del acto expropiatorio, el breve plazo a que se sujeta el ejercicio de la acción de nulidad y la existencia de un plazo acotado para notificar el respectivo reclamo.

A nuestro entender, esto último pudiera hacer conveniente revisar especialmente la forma de notificación del acto expropiatorio, así como las restricciones a las que se sujeta la interposición del reclamo de legalidad; objetivo que, tal vez, pudiera ser obtenido por la vía de vincular el ejercicio o caducidad de la acción de nulidad a alguna de las actuaciones verificadas en el seno de la gestión no contenciosa, para dotar al expropiado de mayores oportunidades de defensa.

Bibliografía citada

- Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Tomo VIII, sesiones 164ª, 246ª, 250ª y 262ª. Disponible en: https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [Fecha de consulta: 28 agosto 2019].
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, pp. 285-303.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago, LegalPublishing Chile, 794 pp.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/A). Historia del Decreto Ley N° 2.186. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7576/> [Fecha de consulta: 27 agosto 2019].
- CALAMANDREI, Piero (1996 [1944]). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires, Librería El Foro, V I, 421 pp.
- CALDERA DELGADO, Hugo (2001). *Tratado de derecho administrativo*. Santiago, Ediciones Parlamento Ltda., T II, 705 pp.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2019). Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.10> [Fecha de consulta: 6 enero 2020].
- CARNELUTTI, Francesco (1973a [1956]). *Instituciones del Proceso Civil* (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, V I, 557 pp.
- _____ (1973b [1956]). *Instituciones del Proceso Civil* (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, V III, 467 pp.
- CASARINO VITERBO, Mario (1995). *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T I, 328 pp.
- CASAS, Juan Alberto y ROMERO VILLANUEVA, Horacio J. (2014, reimpresión). *Expropiación. Ley 21.499 comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*. Buenos Aires, Astrea, 264 pp.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. T II, 662 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1992). *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, Reus S.A., T II vol. I, 761 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 402 pp.
- _____ (2012). *Derecho constitucional chileno*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, T II, 773 pp.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2019). *Manual de derecho administrativo general*. Santiago, Editorial Hammurabi 1162 pp.
- CHIOVENDA, José (1977 [1923]). *Principios de derecho procesal civil* (trad. José Casais y Santaló, notas de Alfredo Salvador). Madrid, Reus S.A., T I, 767 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2015). Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV*, pp. 309-335.

- CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo (2014). *Derecho procesal orgánico*. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, T I, 243 pp.
- _____ (2016). *El abandono del procedimiento (doctrina- jurisprudencia)*. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 406 pp.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2013). Segunda parte. La fase de discusión. En: CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo [coord.], *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 97-171.
- COUTURE, Eduardo J. (2007). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Editorial B de F, 424 pp.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T III, 463 pp.
- DE PINA, Rafael (1936). *Manual de derecho procesal civil*. Madrid, Reus S.A., 592 pp.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1994). *Manual de derecho indiano*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 456 pp.
- DRAGO, Mariano J. (1949). *El poder de expropiación y sus límites constitucionales*. Buenos Aires, Colegio de Abogados de Buenos Aires, 24 pp.
- FERMANDOIS V., Arturo (2010). *Derecho constitucional económico*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, T II, 488 pp.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2001). *La jurisdicción voluntaria*. Madrid, Civitas, 224 pp.
- FERNÁNDEZ-TREGUERRAS GARCÍA, Ana (1996). Un supuesto de jurisdicción voluntaria notarial: El acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. En: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, Julián [dir.], *Estudios sobre derecho procesal*, Madrid, Sopec Editorial, V 3, pp. 3882-3907.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007). Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XX - N° 2, pp. 69-94.
- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Erika (2013). *Procedimientos civiles e incidentes*. Santiago, Thomson Reuters, 420 pp.
- FUENTES OLMOS, Jessica (2018). *El derecho de propiedad*. Santiago, DER Ediciones, 490 pp.
- GERONA PEÑA, Gonzalo (1996). "La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral" en: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ, Julián [Dir.], *Estudios sobre derecho procesal* (Madrid, Sopec Editorial) V 3, pp. 3909-3960.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido (2008). *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*. Navarra, Thomson Aranzadi (actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez), 1829 pp.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2018). La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena. *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 2, 2018, pp. 621-648.
- HOYOS HENRECHSON, Francisco (2001). *Temas fundamentales de derecho procesal*. Santiago, Conosur (actualización de María Teresa Hoyos de la Barrera) 281 pp.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/a). Informe Secretaría de Legislación, 14 de octubre de 1977. Historia del Decreto Ley N° 2.186. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7576/> [Fecha de consulta: 27 agosto 2019].
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y JIMÉNEZ LOOSLI, Fernando (2014). *Derecho constitucional*. Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, T I, 510 pp.
- LILLO HUNZINKER, Lenin (2012). *Manual de derecho procesal civil*. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, T I, 261 pp.
- LÓPEZ-NIETO Y MAYO, Francisco (2007). *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. Madrid, El consultor de los Ayuntamientos, 836 pp.
- LOZANO CORBI, Enrique (1995). ¿Existió en la época republicana romana el derecho a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública? *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Derecho Romano], XVII, pp. 123-129.
- MAIORANO, Jorge Luis (1978). *La expropiación en la ley 21.499*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 237 pp.

- MARIENHOFF, Miguel S. (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, T IV, 889 pp.
- MATUTE E., Claudio (2014). *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno*. Santiago, Thomson Reuters LA LEY, 226 pp.
- MONTORY BARRIGA, Gonzalo Javier (2019). *La propiedad constitucional: Limitaciones, privaciones, contenido esencial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 233 pp.
- MORALES GANA, Sylvia (1999). *Procedimientos judiciales vinculados a las expropiaciones decretadas por el Ministerio de Obras Públicas*. Santiago, Consejo de Defensa de Estado, 49 pp.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2016). *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*. Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 313 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago, Librotecnia, T IV, 361 pp.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2013). *Manual de derecho procesal. Parte general*. Santiago, Thomson Reuters, 486 pp.
- ORELLANA TORRES, Fernando (2008). *Manual de derecho procesal*. Santiago, Librotecnia, T I, 342 pp.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (1995). *La expropiación ante el derecho civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 250 pp.
- PEÑA MARDONES, Cristóbal, (2011). Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación por expropiación. *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, año 2, N° 4*, Santiago de Chile, 2001, pp. 31-77.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993). *Curso de derecho procesal*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, T I, 480 pp.
- PONCE CORREA, Patricio (2011). *La expropiación en su manifestación judicial*. Santiago, Librotecnia, 499 pp.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2015). Expropiación vs. limitación al dominio desde la perspectiva de la indemnización. En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y SILVA GALLINATO, María Pía [coord.], *La Constitución económica*, Santiago, Thomson Reuters La Ley, pp. 293-324.
- PONTE, V. (2008). *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*. Madrid, Dykinson, 302 pp.
- QUEZADA MELÉNDEZ, José (1984). *Derecho procesal civil chileno. La jurisdicción*. Santiago, Ediar Editores Ltda., 417 pp.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2018). Bases constitucionales de la expropiación. En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y RAJEVIC MOSLER, Enrique [coord.], *Derecho de propiedad. Enfoques de derecho público*. Santiago, Der Ediciones, pp. 87-122.
- REYNOLDS, Susan (2010). *Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good*. Chapel Hill, N.C., University of North Carolina Press, 175 pp.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015). *Curso de derecho procesal civil. De los actos procesales y sus efectos*. Santiago, Thomson Reuters, T III, 192 pp.
- _____ (2017). *Curso de derecho procesal civil. De los actos procesales y sus efectos*. Santiago, Thomson Reuters, T IV, 241 pp.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1978). *Estudio de la ley orgánica de procedimiento en la expropiación*. Valparaíso, Edeval, 122 pp.
- SATTA, Salvatore (1971 [1968]). *Soliloquios y coloquios de un jurista* (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 545 pp.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 336 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T I, 359 pp.
- VALDIVIA, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 448 pp.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER UROQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002). *Derecho constitucional chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T I, 375 pp.
- VÉSCOVI, Enrique (2006). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Editorial Temis, 388 pp.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006). *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, T II, 555 pp.

Normas jurídicas citadas

- Decreto Ley N° 1552, Acta Constitucional N° 3, De los derechos y deberes constitucionales. *Diario Oficial*, 13 septiembre 1976.
- Decreto N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Ley S/N; 14 agosto 1838.
- Ley S/N; 18 junio 1857.
- Ley N° 1552, Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 30 agosto 1902.
- Ley N° 19903, sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria sobre la materia. *Diario Oficial*, 10 octubre 2003.
- Decreto Ley N° 2186, aprueba ley orgánica de procedimiento de expropiaciones. *Diario Oficial*, 9 junio 1978.
- Ley N° 18097, Orgánica constitucional sobre concesiones mineras. *Diario Oficial*, 21 enero 1982.
- Ley N° 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 05 diciembre 1986.
- Ley N° 18932, Sustituye el inciso segundo del artículo 4° del Decreto Ley N° 2186, de 1978. *Diario Oficial*, 10 febrero 1990.
- Ley N° 18705, Introduce modificaciones a los Códigos de Procedimiento Civil, de Procedimiento Penal, Orgánico de Tribunales, del Trabajo y al Decreto Ley N° 2876, de 1979. *Diario Oficial*, 24 mayo 1988.
- Ley N° 19880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- Ley N° 20192, Modifica diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 26 junio 2007.
- Ley N° 20791, Sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria sobre la materia. *Diario Oficial*, 10 octubre 2003.
- Ley N° 20886, Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales. *Diario Oficial*, 18 junio 2016.
- Ley N° 20791, Modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores. *Diario Oficial*, 29 octubre 2014.
- Ley N° 21180, Transformación digital del Estado. *Diario Oficial*, 11 noviembre 2019.
- Decreto 2651 del Ministerio de Fomento, que aprueba Reglamento de Expropiaciones para Obras Públicas. *Diario Oficial*, 11 octubre 1934.

Jurisprudencia citada

- Sucesión Benjamín Mucientes Morales con Fisco de Chile* (2003): Corte Suprema, 28 mayo 2003.
- Inversiones Piedra Roja Limitada con Fisco de Chile* (2005): Corte Suprema, 14 junio 2005.
- Sucesión López Díaz con SERVIU de Tarapacá* (2009): Corte Suprema 29 octubre 2009.
- Alzua Elizalde con Fisco de Chile* (2010): Corte Suprema, 30 septiembre 2010.
- Bedoya Herrera Jorge Eduardo Gonzalo con Serviu Metropolitano* (2013): Corte Suprema, 16 abril 2013.
- Solicitante: Banco Santander Chile* (2013): Corte Suprema, 17 abril 2013.
- Muñoz Ayamante Víctor Hugo* (2014): Corte de Apelaciones de Coihaique, 3 abril 2014.
- Solicitante Ilustre Municipalidad de Estación Central* (2014): Corte Suprema, 14 agosto 2014.

Landerretche Díaz y otros con Luis Zegpi Jimenez (2015): Corte Suprema, 20 mayo 2015.
José Ugalde Vásquez con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región del Bío Bío
(2016): Corte Suprema, 6 abril 2016.
Velásquez Carreño con Fisco de Chile (2015): Corte Suprema, 1 junio 2015.

Tribunal Constitucional

Sentencia TC Rol N° 552 (2008): Tribunal Constitucional, 11 marzo 2008.
Sentencia TC Rol N° 1038 (2008): Tribunal Constitucional, 14 agosto 2008.
Sentencia TC Rol N° 1576 (2010): Tribunal Constitucional, 16 diciembre 2010.
Sentencia TC Rol N° 2900 (2017): Tribunal Constitucional, 21 marzo 2017.
Sentencia TC Rol N° 3008 (2016): Tribunal Constitucional, 27 diciembre 2016.
Sentencia TC Rol N° 3302 (2017): Tribunal Constitucional, 9 noviembre 2017.
Sentencia TC Rol N° 4953 (2019): Tribunal Constitucional, 8 octubre 2019.
Sentencia TC Rol N° 5257 (2019): Tribunal Constitucional, 11 junio 2019.
Sentencia TC Rol N° 5270 (2019): Tribunal Constitucional, 8 octubre 2019.
Sentencia TC Rol N° 5937 (2019): Tribunal Constitucional, 17 julio 2019.

Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión eléctrica

Legal nature of electric transmission planning

Marcelo Mardones Osorio*

Uno de los cambios implementados por la Ley N° 20.936 fue ampliar y robustecer la planificación centralizada de los sistemas de transmisión eléctrica, a fin de asegurar su adecuado crecimiento en consonancia con las necesidades de la demanda. Dadas las particularidades de tal proceso es que el presente trabajo se aboca a dilucidar la naturaleza jurídica de la planificación de los sistemas de transmisión eléctrica, proponiendo un adecuado encuadre dogmático para facilitar su entendimiento.

Palabras clave: Infraestructuras en red, planificación, planificación centralizada, transmisión eléctrica, estudios de franja.

Introducción

Uno de los grandes tópicos de las denominadas *infraestructuras en red* (*network industries* o *Netzinfrastrukturen*)¹ es el de su *planificación* o

One of the amendments implemented by Law No. 20.936 was to expand and strengthen the central planning of electric transmission systems, in order to ensure their adequate growth aligned with the needs of the demand. Considering the peculiarities of such a process, the present paper aims to elucidate the legal nature of the planning of electric transmission systems, in order to propose an adequate dogmatic framework to ease its understanding.

Keywords: Network industries, planning, centralized planning, electric transmission, corridor's study.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, Doctor y Magister en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), Máster en Asesoría Jurídica de Empresas (*IE Law School*, España), Profesor de Derecho Económico, Universidad de los Andes. Dirección postal: Parque central 10.620, La Reserva, Colina. Correo electrónico: marcelomardonesosorio@gmail.com.

¹ En general, la doctrina nacional no ha tratado mayormente lo relativo a las infraestructuras en red, por lo que el recurso a la doctrina comparada se impone. Al respecto *vid.* BICKENBACH 1999; FERRARI, 2000; DE LA CUÉTARA 2001, 197-275; DE LA CRUZ 2001, 119-160; CABALLERO 2003; FERNÁNDEZ 2003; AGUILAR 2004, 375-437; VETRÓ 2005; LÓPEZ-JURADO 2009, 759-825.

Artículo recibido el 12 de julio de 2019 y aceptado el 15 de mayo de 2020.

planeamiento. En efecto, la construcción, operación y posterior desarrollo o expansión de tales infraestructuras requieren de una ordenación que permita coordinar y maximizar su utilización entre todos los interesados en su uso, de forma de alcanzar una conformación eficiente de la red. Piénsese en las infraestructuras de carreteras, en las líneas férreas, en las líneas de transmisión de energía eléctrica, en los gasoductos u oleoductos, o en los servicios sanitarios (agua potable y alcantarillado), solo por nombrar algunos. En tales casos, el transporte de carga o pasajeros, el suministro de electricidad, gas, petróleo o agua potable, así como la gestión de residuos, respectivamente, son servicios cuya prestación descansa en parte importante en la existencia de una red a través de la cual tales servicios efectivamente se materializan –de ahí que se les denomine *servicios o industrias en red*², la que requiere primeramente instalarse y luego expandirse, de acuerdo con los requerimientos de la demanda.

Dicha idea, que en un principio parece simple, deja de serlo si se añaden ingredientes a esa consideración inicial. Así, cabe plantearse primeramente quién debe efectuar dicha ordenación. ¿tal decisión ha de radicarse exclusivamente en el ámbito de la iniciativa privada o procede una planificación centralizada?; en este último caso, es posible aun preguntarse quién es el llamado a efectuar tal ordenación y con qué intensidad. Y, a partir de ello, interesa determinar cuál es la naturaleza jurídica de la relación que surja entre el mandante de las infraestructuras y quien las ejecuta, y, por cierto, la titularidad de estas, así como las remuneraciones que por ellas se podrá percibir.

Como se puede apreciar del tenor de las dudas esbozadas, en último término, tales interrogantes engarzan con aspectos esenciales de la ordenación económica de un país y, por coherencia, las respuestas que se planteen en el ámbito normativo deben necesariamente encontrarse en armonía con el modelo económico imperante. En dicha línea es que desde ya puede adelantarse que el tránsito desde el Estado prestacional hacia el denominado *Estado garante*³ impone, como modelo a seguir, ciertos límites que han de respetarse, so pena de incurrir en inconsistencias regulatorias que, en último término, pueden afectar la certeza jurídica.

El presente trabajo constituye una primera aproximación a tales cuestiones. El análisis que se efectúa comienza con una revisión del concepto “infraestructuras en red”, para luego abordar la planificación y la actividad de planificación estatal, concluyendo con una referencia a la planificación en el ámbito de la transmisión de energía eléctrica, a fin de discernir en relación a su naturaleza jurídica.

² LÓPEZ-JURADO 2009, 761; MONTERO 2016, 165.

³ Al respecto, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN 2003, 257; DANÓS 2015, 559-571 y 566; MUÑOZ 2015, 23-26; MORAGA 2016, 2.

I. Aproximación al concepto “Infraestructuras en red”

1. Delimitación conceptual

El término “infraestructuras en red” se refiere a las instalaciones físicas que son necesarias para la realización de determinada actividad o la prestación de ciertos servicios⁴. Tales instalaciones se caracterizan por configurarse como una “red”, es decir, como una serie ordenada y concatenada de elementos que vinculan un punto de origen y de llegada. En este sentido es que el Diccionario de la Real Academia Española define “red” en su séptima acepción como un “(...) Conjunto de elementos organizados para determinado fin...”⁵. En nuestro ordenamiento es posible encontrar diversos ejemplos en los que se hace expresamente alusión a la existencia de redes, como es en materia sanitaria⁶, eléctrica⁷, telecomunicaciones⁸ y gas⁹.

Ahora bien, la red no implica indefectiblemente la existencia de una estructura física de enlace que comunique un punto de origen y de llegada, sino que en ocasiones suele ocurrir que, existiendo un origen y un destino (denominados *nodos*), las estructuras de enlace no son necesariamente físicas o materiales, como ocurre por ejemplo con las rutas aéreas, marítimas o el espectro radioeléctrico en materia de telecomunicaciones. En tales casos, y pese a ello, la existencia de los referidos nodos es suficiente para, igualmente, aludir a la existencia de infraestructuras en red, en la medida que resultan de uso obligado por los operadores de un mercado, o al menos para

⁴ Así, DE LA CUÉTARA 2001; AGUILAR 2004, 376.

⁵ En este sentido, *vid.* CABALLERO 2003, 148.

⁶ El art. 5 del D.F.L. N° 382, de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios, define servicio público de distribución de agua potable, como aquél cuyo objeto es prestar dicho servicio a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Y, asimismo, define servicio público de recolección de aguas servidas como aquél cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Asimismo, el art. 9 bis alude a las *redes de recolección*.

⁷ El art. 139 bis del D.F.L. N° 4/20.018, fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos en materia de Energía Eléctrica, indica expresamente que los empalmes y medidores forman parte de la *red de distribución*. Iguales referencia a dicha red se encuentran en el art. 149 bis de la ley.

⁸ Entre muchas otras menciones, el art. 25 de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, alude a las *redes de servicio público telefónico y redes de servicios intermedios de telecomunicaciones*.

⁹ El D.F.L. N° 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas, define *redes de transporte* como el conjunto de tuberías, equipos y accesorios destinados a transportar gas, también denominados gasoductos, que unen centros de producción o almacenamiento con redes de distribución de gas u otros centros de producción, almacenamiento o consumo (art. 2.4). Y, asimismo, define *redes de distribución* como el conjunto de tuberías, equipos, y accesorios, destinados a distribuir gas haciendo uso de una concesión de servicio público o de una red no concesionada hasta la salida del medidor (art. 2.5).

hacerles aplicables algunas de las técnicas previstas en general para tales infraestructuras¹⁰.

La relevancia de las infraestructuras en red para el ordenamiento jurídico radica en que en muchas ocasiones ellas aportan a la conformación de oligopolios o monopolios naturales, en la medida que las referidas infraestructuras conlleven elevadas inversiones que dificulten y hagan ineficiente replicar tales redes si el mismo servicio se deseara prestar por un competidor, erigiéndose tales aspectos en barreras de entrada que ayudan a la formación de tales imperfecciones del mercado. Asimismo, la existencia de economías de escala o de densidad también pueden conllevar que los servicios prestados en red (y, por ende, su infraestructura) originen tales fallas. Así, estas infraestructuras pueden erigirse en verdaderos cuellos de botella para acceder a un mercado, lo que determina que se consideren como *facilidades esenciales* (*essential facilities*), calificación que posee importantes consecuencias desde la perspectiva del acceso a tales instalaciones por terceros competidores (régimen de acceso abierto). Lo expuesto cobra aún mayor relevancia si consideramos que, en general, los servicios en red son servicios de una marcada utilidad pública y de gran relevancia económica para el país, de forma que una afectación en la prestación de los mismos incide directamente en el bienestar de los consumidores y usuarios. Estos elementos permiten afirmar que los servicios e infraestructuras en red poseen un carácter indudablemente *estratégico*. Pero más relevante aún, han permitido justificar la *intervención* del Estado en tales supuestos, y, por ende, la existencia de regulación en la materia¹¹.

2. Regulación de las infraestructuras en red

En relación con las infraestructuras en red, el ámbito y por ende la intensidad de la regulación estatal puede abarcar diversos aspectos de ellas.

Así, puede referirse primeramente a la *iniciativa* de ejecutar tales infraestructuras, abordando los títulos necesarios para efectuar una tal instalación (libertad de entrada, autorización administrativa o concesión administrativa) y los mecanismos para poder acceder a la titularidad de la ejecución de la infraestructura (libre iniciativa privada, asignación directa o licitación pública). Asimismo, la intervención estatal por medio de la regulación puede referirse a la *operación* de tales instalaciones, la que puede quedar radicada en la entidad privada o en la Administración. Junto a ello, la regulación puede, por ejemplo, imponer exigencias de seguridad o calidad en la prestación del servicio, así como la fijación de precios o tarifas a cobrar por ellas. Adicionalmente, puede implicar el establecimiento de obligaciones de acceso abierto respecto de terceros competidores que requieran utilizar tales instalaciones

¹⁰ En este sentido, *vid.* DE LA CUÉTARA 2001; CABALLERO 2003, 150; AGUILAR 2004, 376-377; LÓPEZ-JURADO 2009, 765-766; MONTERO 2016, 165-166.

¹¹ Al respecto *vid.* CABALLERO 2003, 151; GÓMEZ-IBÁÑEZ 2003, 4-5; MANACORDA y DE VINCENTI 2010, 23-45 y 35; SEBASTIANI 2010, 47-156 y 48; MONTERO 2016, 165-166.

para poder prestar sus servicios en régimen de competencia. En última instancia, la intervención del Estado puede recaer en la extensión o ampliación de las infraestructuras en red existentes, de manera que las futuras ampliaciones se realicen en forma ordenada y eficiente.

Varios de los aspectos antes descritos pueden materializarse bajo la técnica general de regulación denominada *planificación*¹², según se expone a continuación.

II. La planificación

1. Aspectos generales

La *planificación* es una técnica cuya utilización es general en los distintos ámbitos del conocimiento y que puede considerarse inevitable¹³. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término “planificación” se define como “(...) 2. f. Plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico de una ciudad, el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria, etc...”. Como se puede apreciar, la idea de planificación se vincula con la aplicación de una metodología para el desarrollo de una determinada actividad y la consecución de ciertos objetivos predispuestos. Se trata, por tanto, de la disposición ordenada de recursos para el cumplimiento de ciertos fines preestablecidos. No se trata, por ende, de la “ordenación por la ordenación”, sino que de una *actividad orientada a fines* cuya necesaria consecución justifica la decisión normalmente de entre varias opciones existentes.

En una economía social de mercado como la nuestra, la iniciativa económica recae prioritariamente en el sector privado, modelo el que, *a priori*, conduce a una adecuada asignación de los recursos. Sin embargo, existen situaciones en las cuales la libre iniciativa no siempre lleva a la decisión óptima desde el punto de vista económico. En efecto, puede ocurrir que la propia naturaleza de las infraestructuras conlleve ciertas ineficiencias que, para ser evitadas, requieren una intervención regulatoria del Estado. Tal es el caso de las infraestructuras en las que hay economías de escala o de densidad, en las que es más eficiente que solo una empresa preste el servicio en cuestión, debido a que los costos totales promedio decrecen mientras mayor es el número de usuarios del servicio. Así, repartir el área de servicio entre dos o más empresas implica que los costos totales promedios de cada una de ellas se incrementen, aumentando por ende los precios finales¹⁴. Por otra parte, la *eficiencia económica* del mercado no siempre es suficiente fundamento para las políticas que inciden en la asignación de recursos, existiendo otros facto-

¹² Como lo sostiene LÓPEZ-JURADO 2009, 823-824.

¹³ Como lo afirma MARTÍN-RETORTILLO 1966, 111-146 y 121.

¹⁴ ALÉ 1990, 167; MANKIW 2012, 302.

res que, *de facto* o *de iure*, pueden requerir ser satisfechos. Un ejemplo claro de ello puede verse en el ámbito de la regulación eléctrica, la que señala que el proceso de planificación de la transmisión debe considerar la planificación energética de largo plazo que desarrolle el Ministerio de Energía, así como los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación que establece la ley para el sistema eléctrico (art. 87 inc.2° de la Ley General de Servicios Eléctricos –“LGSE”–).

Dado lo anterior es que la decisión privada, que se funda esencialmente en consideraciones de maximización de beneficios, no siempre es la más adecuada, particularmente en determinados supuestos en los que existen objetivos diversos, ya de interés público¹⁵. En tales casos es que el Estado interviene en el funcionamiento del mercado, ordenando, por medio de la planificación –entre otras técnicas–, la realización de ciertas actividades.

2. Planificación y planes

Existe consenso en la doctrina en cuanto a que los *planes* son el resultado de una planificación. Así, la idea de planificación se puede vincular más bien con el procedimiento y el plan con el resultado de dicho proceso. En este sentido se ha afirmado que “(...) Planificación y Plan –actividad e instrumento– son jurídicamente conceptos concurrentes, no son, sin embargo coincidentes. Se trata de una observación que hay que tener muy en cuenta: si todo Plan en cuanto instituto jurídico, conlleva y establece siempre una determinada planificación, incluso cabe afirmar que es la forma más propia a través de la que se lleva a cabo, no es siempre cierta la proposición inversa. Se planifica a través de Planes: no solo, sin embargo, por medio de ellos...”¹⁶.

3. La actividad de planificación del Estado

La potestad de planificación ha sido definida como “(...) la potestad administrativa conferida a los órganos competentes para la aprobación del planeamiento de cualquier clase, fundamentalmente el relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo, los recursos naturales, etc...”¹⁷. Como destaca la doctrina¹⁸, la actividad estatal de planificación no es novedosa, siendo una de sus formas más conocida, la *planificación económica*, muy propia de los años de mayor intervención estatal en la economía y hoy en día en franca retirada, habida consideración del ya innegable asentamiento a nivel mundial del modelo de mercado. Sin embargo, persiste la actividad planificadora del Estado en otras áreas específicas diversas, dado que, en rigor, la planificación puede darse respecto de cualquier tipo de actuación administrativa¹⁹, máxime si

¹⁵ En este sentido, *vid.* CABALLERO 2003, 312.

¹⁶ MARTÍN-RETORTILLO 1988, 333. En este mismo sentido, *vid.* MORAGA 2010, 131; MAURER 2012, 423.

¹⁷ MANTECA 2011, 465.

¹⁸ OELCKERS 1984, 471-477; BOQUERA 1985, 166; ARIÑO 2003, 367; CABALLERO 2003, 308; MORAGA 2010, 130; MAURER 2012, 421.

¹⁹ MARTÍN-RETORTILLO 1966, 123.

consideramos los principios de eficiencia y eficacia que informan el actuar administrativo de acuerdo con el art. 3 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (“LBGAE”)²⁰.

La actividad de planificación estatal se da en diversos sectores y no se encuentra predeterminada por la naturaleza pública o privada de los bienes que pueden sujetarse a planificación. Quizás el ámbito más conocido es el de la regulación *urbanística*²¹, pero existen diversos otros sectores en los que ella igualmente se da de manera más o menos intensa. Así ocurre, por ejemplo: (i) en el ámbito de las facultades de fiscalización, las que pueden ejercerse de forma planificada²²; (ii) en el ámbito de la regulación de la energía eléctrica, particularmente en lo relativo a las instalaciones y redes de transmisión, cuya construcción y ampliación actualmente se planifican en forma centralizada; (iii) en el ámbito de las obras públicas, como es el caso de las carreteras; (iv) en materia de telecomunicaciones; (v) en materia ambiental, como son los planes de prevención o descontaminación atmosférica, o; (vi) en el ámbito de la regulación sanitaria, por medio de los programas de desarrollo que deben presentarse y ejecutarse por los concesionarios. Sin embargo, en cada uno de tales sectores la intensidad de la intervención del Estado en la planificación es diversa.

En la actividad de planificación pueden distinguirse dos modelos²³: (i) la denominada *planificación tradicional*, que implica previsiones unilaterales de la Administración en relación a la oferta necesaria para satisfacer la demanda, la explotación centralizada y retribución en base a costes, modelo el que ha llegado a calificarse como contrario a la libertad de empresa; y (ii) la *planificación moderna*, que busca *orientar* la actividad privada en ciertos sectores en los que es necesario facilitar a los inversores una orientación informativo-estratégica o en sectores en los que deban asignarse recursos escasos, utilizando instrumentos que sean compatibles con el mercado y la iniciativa privada, con una explotación descentralizada y retribuciones en base a precios. En general, la planificación ha transitado desde el modelo tradicional, de imposición unilateral de planificación, a uno más bien de carácter orientativo o de fomento.

La planificación se materializa a través de diversos instrumentos de naturaleza administrativa, tanto unilaterales como contractuales²⁴, lo que depende exclusivamente de la configuración establecida en la norma habilitante, lo que puede verse como una expresión del *principio de intercambiabilidad*

²⁰ D.F.L. N° 1/19.653 (2000).

²¹ En relación con esta materia, *vid.* entre muchos otros, CORDERO 2007, 269-298; FUENTES 2015, 12-21.

²² Al respecto, *vid.* LEAL 2015, 105-122.

²³ ARIÑO 2003, 372-373. Asimismo, *vid.* RASCHAUER 2009, 243-244; MAURER 2012, 424.

²⁴ MAURER 2012, 424-425. Y ello es fácilmente comprensible dado que, como destaca la doctrina, tanto el contrato como el acto “(...) son, en un Estado de Derecho, dos modalidades de ejecución de la norma para la realización de los fines del Estado...”. ARIÑO 2007, 79-102 y 86.

de las técnicas administrativas, en cuya virtud, en determinados casos, la Administración puede lograr una misma finalidad mediante diferentes tipos de actuaciones²⁵. Así, por ejemplo, en el ámbito de las obras públicas, la planificación se materializa a través de concesiones o contratos de obra pública. En el ámbito ambiental, los planes de prevención o descontaminación se materializan a través de actos administrativos, esto es, actos unilaterales que tienen la forma de decreto supremo. En materia eléctrica, la planificación se materializa por medio de actos administrativos unilaterales, esto es, decretos supremos que aprueban los planes de expansión previamente elaborados por la Comisión Nacional de Energía (“CNE”).

Por otra parte, si bien la planificación suele estar dotada de *altos grados de discrecionalidad*, ella no es absolutamente autónoma –de hecho, como es sabido, nunca lo es–. Normalmente, la planificación responde a ciertas exigencias, criterios o límites preestablecidos por la ley, a los cuales ella debe necesariamente ceñirse. Y es solo al interior de tales límites que la Administración puede planificar en forma válida.

III. La planificación de las infraestructuras en Red. Especial referencia a la planificación de la transmisión eléctrica

1. Aspectos generales

Dados los impactos que para la economía y el mercado poseen las infraestructuras en red es que su planificación reviste una importancia fundamental. Como hemos adelantado, la actividad estatal de planificación puede manifestarse con diversas intensidades según sea el sector en cuestión. Así, puede contemplarse desde la perspectiva de la ejecución inicial de una determinada infraestructura, o en forma posterior, respecto de la extensión y ampliación de una estructura existente, sea que ella se realizó por iniciativa privada o fue objeto de planificación *ab initio*. En efecto, en ciertos sectores estratégicos, la ejecución de determinadas instalaciones, así como la decisión relativa a su expansión, requiere de la intervención del Estado. La referida intervención usualmente busca asegurar que el servicio en cuestión pueda prestarse de la forma más eficiente posible, alcanzando al mayor número de usuarios del servicio de que se trate considerando la demanda existente y proyectada, así como, en la medida de lo posible, que el servicio se preste en régimen de competencia o cuando menos bajo un régimen que intente emular la existencia de tal competencia.

Desde luego, es solo el carácter estratégico del servicio –en los términos expuestos *supra* I.1– el que justifica una mayor intensidad en la actividad planificadora del Estado, debiendo en caso contrario radicarse con carácter general en la iniciativa privada las decisiones de inversión y su planificación.

²⁵ En relación al referido principio *vid.* DIEZ-PICAZO 1982, 7-46 y 21; VILLAR 1999, 40; En Chile, *vid.* LEAL 2015a, 15-16.

2. Coordinación de la planificación

Un reto importante de la planificación de las infraestructuras en red es su integración y coordinación con otras ordenaciones. En efecto, la planificación de las redes requiere un importante grado de coordinación con otros mecanismos, de entre los que más relevancia posee es la denominada *ordenación o planificación del territorio*, que importa no solo la coordinación de factores territoriales con económicos y sociales, sino que asimismo la armonización de diversos niveles de administración territorial, entre ellos, y con la iniciativa privada²⁶. Precisamente, las infraestructuras en red descansan de manera relevante en el uso del territorio²⁷.

En el ámbito urbano, el art. 28 *decies* de la Ley General de Urbanismo y Construcción ("LGUC"), denominado "Transparencia en el ejercicio de la potestad planificadora", señala que la *planificación urbana* es una función pública cuyo objetivo es organizar y definir el uso del suelo y las demás normas urbanísticas de acuerdo con el interés general²⁸. La relevancia de esta planificación es sustancial. Cabe recordar, como lo hace la más autorizada doctrina, que "(...) el *ius aedificandi* urbano ha dejado de ser una facultad libre del propietario para convertirse en una determinación pública realizada precisamente por el Plan urbanístico; el propietario no tiene otras posibilidades edificatorias sobre el suelo que las que el Plan le otorga –puede no otorgarlas–, y en la medida precisa en que lo hace, con todas las determinaciones relevantes, salvo las del simple diseño arquitectónico..."²⁹. Así, la planificación urbana puede imponer severas restricciones a las posibilidades de ejecución de infraestructuras en red.

A partir de tal idea y con ánimo de coordinar los diversos mecanismos de planificación sectorial, el mismo art. 28 *decies*, letra e), señala que el ejercicio de la potestad planificadora deberá ser *consistente*, entre otros, con los estudios técnicos referidos, entre otros, a *infraestructura* sanitaria y *energética*, conforme establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones ("OGUC"), *los que necesariamente deberán estar en coordinación con las políticas sectoriales asociadas a cada materia*. De acuerdo con el art. 2.1.24 OGUC, uno de los seis tipos de usos de suelo que se reconocen es "infraestructura", el cual, según el art. 2.1.29 OGUC, abarca las edificaciones o instalaciones y las redes o trazados destinados a la *infraestructura de transporte* (tales como vías y estaciones ferroviarias, terminales de transporte terrestre, recintos marítimos o portuarios, instalaciones o recintos aeroportuarios, etc.), *sanitaria* (tales como plantas de captación, distribución o trata-

²⁶ PÉREZ 1998, 97-138.

²⁷ Con relación al ordenamiento territorial y la regulación eléctrica, *vid.* MARTÍNEZ 2017, 103-117.

²⁸ Como señala la doctrina, "(...) Por planeamiento territorial y urbanístico se entiende aquella operación técnica con reflejo documental por la cual se anticipa la utilización y usos que ha de darse a un determinado territorio; de esta forma también se concreta el alcance del derecho de edificar. El planeamiento territorial lo es a escala más amplia y el urbanístico a escala más reducida, normalmente a partir del ámbito municipal..." PARADA 2010, 343.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006, 158.

miento de agua potable o de aguas servidas, de aguas lluvia, rellenos sanitarios, estaciones de transferencia de residuos, etc.), y *energética* (tales como centrales de generación o distribución de energía, de gas y de telecomunicaciones, gasoductos, etc.). El mismo artículo añade que, para estos efectos, se entenderá por redes y trazados, todos los componentes de conducción, distribución, traslado o evacuación, asociados a los elementos de infraestructura. Y, asimismo, señala que las redes de distribución, redes de comunicaciones y de servicios domiciliarios y en general los trazados de infraestructura *se entenderán siempre admitidos y se sujetarán a las disposiciones que establezcan los organismos competentes*³⁰.

Desde la perspectiva rural, hay que considerar la existencia de los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial ("PROT"), incorporados en la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional ("LOCGAR") por la Ley N° 21.074, de 2018. Los PROT se definen como instrumentos que orientan la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio (art. 17 a) LOCGAR). La relevancia de los PROT para las infraestructuras en red radica en que ellos establecen *condiciones para la localización de las infraestructuras en zonas no comprendidas en la planificación urbanística, identificando las áreas para su localización preferente*. Cabe señalar que las referidas condiciones son de carácter imperativo y su incumplimiento se sanciona con la caducidad de las *autorizaciones* respectivas³¹.

Es dable indicar que los PROT cuentan con las siguientes limitaciones en su ámbito de competencias:

(i) No pueden regular materias que tengan un ámbito de influencia u operación que exceda del territorio regional, abarcando por tanto dos o más regiones o incluso con un ámbito nacional, como ocurre precisamente con la planificación de la transmisión eléctrica. Sin embargo, el citado art. 17a) señala que la política nacional de ordenamiento territorial ("PNOT"), llamada a contener principios, objetivos, estrategias y directrices sobre la materia, contendrá asimismo *las reglas aplicables* a las redes e infraestructuras que tengan un ámbito de influencia u operación que exceda al territorio regional, generando una serie de incertidumbres en cuanto a la relación de dicha política con las reglas antes descritas de la OGUC en materia de infraestructuras³². En la versión de la PNOT sometida a consulta pública durante el

³⁰ Así, como ha señalado la CGR en su Dictamen N° 36.448/2016, "(...) el reseñado artículo 2.1.29. regula en forma diversa el uso de suelo infraestructura según se trate de 'redes o trazados', los que se entienden siempre admitidos, o de 'instalaciones o edificaciones' necesarias para ese uso, que no formen parte de la red, respecto de las cuales los instrumentos de planificación pertinentes pueden establecer condiciones o requisitos que permitan su emplazamiento (aplica el criterio contenido en el dictamen N° 94.146, de 2014, de esta entidad de control)...".

³¹ Nótese que la sanción de caducidad se relaciona solo con las autorizaciones. Por tratarse de una sanción, ella debe interpretarse en forma restrictiva, de manera que ella no alcanza a otros títulos, como por ejemplo, las concesiones.

³² Así, MARTÍNEZ 2017, 109-110.

año 2017 no se incluyó lo relativo a las referidas reglas. Sin embargo, en los trabajos reglamentarios actualmente en desarrollo, se impone la idea de que las referidas reglas aplicables son las ya existentes en los ordenamientos sectoriales respectivos, de manera que en este punto la PNOT no incorporaría mayores innovaciones.

(ii) Tampoco pueden regular áreas que estén sometidas a planificación urbanística, es decir, a cualquiera de los instrumentos de planificación territorial, los que, en los ámbitos de acciones que les compete, definen los usos de suelo de cada zona (art. 2.1.24 OGUC)³³.

3. *Planificación de la transmisión eléctrica*

a) *Consideraciones generales sobre la transmisión eléctrica*

Desde la dictación de la LGSE, la transmisión ha sido uno de los segmentos que mayores modificaciones normativas ha vivido, fruto de su relevancia para el mercado y sistema eléctrico. En esta materia es muy útil lo señalado por el Panel de Expertos en su Dictamen N° 1-2013, en relación al sistema de transmisión troncal existente antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.936, pero igualmente aplicable a la actualmente denominada transmisión nacional. En éste, dicha instancia sostuvo:

“(...) A partir de la Ley 19.940 se establece, mediante normas de orden público, una nueva regulación del servicio de transporte de electricidad. Contempla este ordenamiento un sistema de transporte para cada sistema interconectado, constituido por instalaciones del sistema de transmisión troncal, de subtransmisión y adicional. Como columna vertebral del sistema de transporte, el sistema troncal concentra los mayores ámbitos de regulación, que van desde su calificación de servicio público y la exigencia de desintegración vertical en su propiedad, hasta los mecanismos para proceder a la expansión de las instalaciones, la valorización de las mismas y la tarificación por su uso. Todo ello se somete a procedimientos administrativos y contenciosos especiales con participación activa de las empresas eléctricas de los diversos segmentos, los propietarios y usuarios del sistema troncal, los órganos técnicos de cada CDEC y la Comisión Nacional de Energía...”

Según consta en la historia de la Ley Corta l³⁴, con anterioridad a dicha ley, el mecanismo de tarificación no operaba correctamente, pues el transmisor recibía ingresos que le permitían cubrir sus costos totales con independencia de las saturaciones o situaciones de escasez del sistema, lo que los desincentivaba a invertir en nuevas instalaciones, provocando importantes

³³ Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que los PROT a los que se refiere la Ley N°21.074 solo podrán aprobarse por los gobiernos regionales una vez que entren en vigencia la PNOT y el reglamento de los PROT, establecidos en el párrafo quinto del literal a) del art. 17 de la LOCGAR.

³⁴ Historia de la Ley N°19.940, de 2004.

cuellos de botella en el sistema. Por otra parte, la legislación no consideraba a la transmisión como un “servicio público”, por lo que no existía obligación de los propietarios de la red para expandir el sistema.

Tras la dictación de la Ley Corta I, tales falencias fueron resueltas, si bien la cada vez más creciente relevancia del sistema de transmisión troncal para el adecuado abastecimiento de la demanda impuso la necesidad de una visión estratégica de largo plazo, en la que, además, debía incluirse la sub-transmisión –ahora denominada transmisión zonal–, como segmento sujeto a planificación obligatoria, asegurando así un desarrollo integral de la red³⁵. Y junto a ello, la nueva regulación se propuso incorporar criterios de coordinación entre los intereses energéticos y los diversos intereses tutelados por medio de la planificación del ordenamiento territorial, de forma que no solo fueran consideraciones económicas las que guiaran la decisión de planificación de la transmisión.

b) *Régimen general de planificación de la transmisión*

Como adelantamos, el régimen de planificación de la transmisión fue sometido a una modificación sustancial por medio de la Ley N° 20.936, que tuvo por objeto establecer un nuevo régimen de planificación “(...) desarrollada por la autoridad de manera vinculante, para permitir el desarrollo de proyectos de transmisión que generen un beneficio nacional que vaya más allá de la simple reducción de los costos operacionales de corto plazo del sistema eléctrico, permitiendo la reducción de barreras de entrada, eliminando desacoples económicos entre distintas zonas del país y facilitando una mayor incorporación de las energías renovables que el país posee en alto potencial...”³⁶.

El nuevo esquema de planificación de la transmisión descansa sobre los siguientes aspectos esenciales:

(i) Se trata de una planificación centralizada de carácter vinculante que puede abarcar la práctica totalidad de segmentos que integran el sistema de transmisión, salvo los sistemas de interconexión internacional, que cuentan con un régimen especial de expansión ex art. 99 bis LGSE.

(ii) La planificación abarca tanto obras nuevas como de ampliación, ambas agrupadas bajo el concepto genérico de “obras de expansión”³⁷.

³⁵ Historia de la Ley N°20.936, de 2016.

³⁶ Ídem.

³⁷ De acuerdo con el art. 89 LGSE, son obras de *ampliación* aquellas que aumentan la capacidad o la seguridad y calidad de servicio de líneas y subestaciones eléctricas *existentes*, añadiendo que no se consideran como obras de ampliación aquellas inversiones necesarias para mantener el desempeño de las instalaciones conforme a la normativa vigente. El mismo artículo indica que se entenderá por obras *nuevas* aquellas líneas o subestaciones eléctricas que no existen y son dispuestas para aumentar la capacidad o la seguridad y calidad de servicio del sistema eléctrico. Como puede verse, la distinción entre obras nuevas y de ampliación descansa en las ideas fundamentales de *existencia* de la instalación y *complementariedad* de la obra de ampliación, determinada de acuerdo con criterios técnicos.

(iii) Se trata de una planificación de carácter *anual*, preparada por la CNE y fijada por el Ministerio de Energía por decreto supremo exento. Así, la planificación es fruto de un procedimiento administrativo reglado tramitado principalmente ante la CNE, conformado por los siguientes hitos fundamentales (art. 91 LGSE): (a) propuesta de expansión por el Coordinador Eléctrico Nacional; (b) presentación de propuestas de proyectos de expansión por los privados a la CNE; (c) emisión de un *informe técnico preliminar* ("ITP") por la CNE; (d) presentación de observaciones por los interesados respecto del ITP; (e) emisión del *informe técnico final* ("ITF") del plan de expansión anual por la CNE, aceptando o rechazando fundadamente las observaciones planteadas; (f) presentación de discrepancias ante el Panel de Expertos; (g) resolución del Panel; y, (h) corrección, en su caso, del ITP, que pasa a llamarse *informe técnico definitivo* ("ITD") y envío al Ministerio de Energía para la emisión del o los decretos aprobatorios del *plan de expansión* correspondiente al año respectivo.

(iv) A partir de dicho hito, la LGSE divide el procedimiento administrativo diferenciando entre obras de ampliación y obras nuevas: mientras las primeras deben aprobarse por decreto dentro de un plazo de 15 días desde la recepción del ITD en el Ministerio, en las segundas debe diferenciarse entre aquellas obras nuevas que requieren la realización de un *estudio de franja*, de aquellas que no. Este decreto, con tal distinción, debe ser emitido dentro de un plazo de 60 días, desde la recepción del ITD en el Ministerio (art. 92 LGSE).

Tratándose de las obras de expansión que no requieren de estudio de franja, ellas deben ser objeto de licitación pública internacional por el Coordinador Eléctrico Nacional dentro de un plazo de 12 meses desde la vigencia del respectivo decreto –i.e., desde su publicación–, para procederse a adjudicar los derechos de ejecución y explotación de las obras respectivas, por medio de un decreto del Ministerio de Energía. Este decreto es el que constituye los derechos de ejecución de las obras de expansión y solo con él surgen tales derechos, como se desprende del art. 122 LGSE.

Mientras que, tratándose de las instalaciones que sí requieren la realización del referido estudio, en ese mismo plazo debe iniciarse la licitación del estudio en cuestión. Una vez finalizado el mencionado procedimiento y habiéndose dictado por el Ministerio el decreto que fija la franja preliminar, se retoma el procedimiento general antes descrito, debiendo el Coordinador Eléctrico Nacional realizar la licitación pública internacional de las obras para luego procederse a la adjudicación de los derechos de ejecución y explotación de las obras en cuestión.

c) *Algunas consideraciones sobre los estudios de franjas*

La regulación de las franjas incluida por la Ley N° 20.936 tuvo por objeto hacer frente a las dificultades que los proyectos de transmisión estaban encontrando, esencialmente en términos de relacionamiento con las comunidades afectadas. En general, la regulación de franjas lo que busca es poder

determinar de manera participativa el mejor trazado para ciertos proyectos de transmisión. Así, en el Mensaje de la Ley N° 20.936 se calificó al estudio de franja como "(...) una propuesta que busca lograr equilibrio económico-social-ambiental en la definición de trazados; dota al sistema de mayores grados de certeza para la realización de los proyectos; asigna al Estado un rol central en la evaluación de trazados; reduce los riesgos de las empresas licitantes y operadoras, con el objeto de reducir las tarifas eléctricas; y da legitimidad al desarrollo de proyectos de transmisión ante la opinión pública y las comunidades..."³⁸.

El modelo de franjas implementado en nuestro país implica una planificación público-privada pero con alta injerencia estatal, siguiendo así los modelos existentes en Colombia, Estados Unidos, Australia y Suiza, en los que el Estado cuenta con organismos con capacidades de planificación y desarrollo, y los recursos necesarios para llevar o acompañar los procesos de planificación y de definición de franjas o trazados³⁹.

El estudio de franja y la determinación de la franja respectiva se encuentra parcialmente regulada en la LGSE, que establece algunos *criterios* que pueden considerarse en la fijación de los trazados respectivos, tales como los niveles de tensión de las instalaciones, el propósito de uso, las dificultades de acceso a o desde polos de desarrollo de generación, la complejidad de su implementación y la magnitud de las mismas, todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento, contenido en el D.S. N° 139/2016, de Energía, reglamento para la determinación de franjas preliminares para obras nuevas de los sistemas de transmisión ("reglamento de franjas"). Tales criterios pueden agruparse bajo dos consideraciones esenciales: (i) *sostenibilidad* y (ii) *reducción de riesgos* en la ejecución de los proyectos⁴⁰.

En dicho contexto es que la realización del estudio se ciñe a la metodología EPRI-GTC (*Electric Power Research Institute y Georgia Transmission Corporation*)⁴¹ utilizada en los Estados Unidos, pero incorporada en nuestra regulación con diversas modificaciones considerando la realidad nacional. En virtud de tal metodología, el estudio de franjas implica la determinación inicial de un área general (área preliminar de estudio) a partir de la cual se depuran en forma progresiva diversas opciones de trazado (área de estudio de franjas, *corredores alternativos* y *franjas alternativas*) hasta llegar a la denominada *franja alternativa*, de acuerdo con los análisis que se vayan efectuando, todo ello bajo una "lógica de embudo"⁴².

En cuanto al procedimiento, la LGSE desarrolla de manera un tanto confusa las diversas etapas que lo componen, las que se pueden resumir de

³⁸ Historia de la Ley N° 20.936, de 2016.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Como se da cuenta en MINISTERIO DE ENERGÍA 2018, 25-26.

⁴¹ Desarrollada por HOUSTON y JOHNSON 2006.

⁴² MINISTERIO DE ENERGÍA 2018, 33-34.

la manera que sigue –si bien a la fecha aún no se materializa íntegramente al menos un procedimiento–:

(i) Una vez publicado el decreto que fija las obras nuevas, el Ministerio iniciará el estudio de franja, para lo cual elaborará unas bases técnicas y administrativas y procederá a licitar la ejecución del mismo, actuando la SEC como organismo técnico asesor. El referido estudio se financia a partir de un presupuesto anual elaborado por la Subsecretaría de Energía, solventado por medio del *cargo por servicio público* a que alude el art. 212-13 LGSE. Si bien la ley no lo explicita, lo cierto es que dichas sumas no ingresan al erario nacional, por cuanto su origen no es fiscal –el referido cargo lo paga la demanda–, sin perjuicio de que su administración la efectúe la referida Subsecretaría por medio de una o más *cuentas extrapresupuestarias*⁴³.

(ii) Durante el desarrollo del estudio de franjas, se ejecutará en forma paralela: (i) el procedimiento de *evaluación ambiental estratégica* (“EAE”)⁴⁴, a fin de entregar orientaciones y lineamientos para definir y evaluar las franjas alternativas como para seleccionar posteriormente una de ellas, permitiendo focalizar el proceso de decisión en aquellos elementos que sean clave para definir distintas franjas alternativas, actuar de manera preventiva y considerar desde etapas tempranas aspectos de sustentabilidad que pueden incidir en la localización de una línea de transmisión⁴⁵; y (ii) un proceso de participación o consulta indígena en conformidad con las previsiones del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) y lo dispuesto en el D.S. N° 66/2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del referido Convenio, si bien no existe una regulación específica para la *participación* indígena (art. 93 LGSE).

(iii) Finalizada la EAE, el procedimiento del estudio de franjas concluye con la emisión de un *informe* que contendrá una propuesta de franja, denominada *franja alternativa*, la que es sometida a aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, tras la cual el Ministerio de Energía debe emitir un decreto supremo exento fijando la denominada *franja preliminar*. En dicho decreto el Ministerio puede establecer que los predios afectados por la referida franja preliminar podrán ser gravados con una o más servidumbres de aquellas señaladas en los arts. 50 y siguientes de la LGSE. Como se puede apreciar, en dicho decreto no se perfecciona el gravamen, sino que solo se identifican aquellos que en forma posterior podrán constituirse de pleno

⁴³ Las cuentas extrapresupuestarias pueden existir solo si así lo autoriza la ley (art. 4 del D.L. N°1.263/1978, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado) o la Contraloría General de la República (de acuerdo con sus atribuciones constitucionales en materia de contabilidad general de la Nación). Al respecto, *vid.* PALLAVICINI 2015, 69-70. Hoy en día, tales cuentas no han sido autorizadas y las sumas recaudadas se incorporan en el presupuesto del Ministerio de Energía, como se adelantó, de forma incorrecta.

⁴⁴ Al respecto, *vid.* MINISTERIO DE ENERGÍA, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL 2018.

⁴⁵ MINISTERIO DE ENERGÍA 2018, 33.

derecho de acuerdo con lo señalado por el art. 97 LGSE, esto es, una vez que el adjudicatario de los derechos de ejecución y explotación del proyecto de obra nueva defina el trazado y cuente con la correspondiente RCA para la ejecución del proyecto. En tal caso, trátase por tanto de un supuesto de *constitución administrativa de servidumbres legales*, las que son una especie de limitación al dominio⁴⁶. Precisamente, la norma alude a que el gravamen es “por causa de utilidad pública”, explicitando así cuál es el específico aspecto de la función social del dominio que fundamenta la *limitación* que tales gravámenes importan. Se ha señalado que la utilidad pública “(...) significa beneficio colectivo –referido especialmente al orden interior de la República–, no tiene significación patrimonial, ni protege intereses de personas o grupos...”⁴⁷. La principal consecuencia de lo expuesto es que los gravámenes que se impongan por causa de utilidad pública para permitir la materialización de la línea de transmisión en la franja, generan el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que con ello se generen⁴⁸. El decreto es objeto de publicidad en el diario oficial, y a partir de tal publicación quienes puedan verse afectados por las eventuales servidumbres se entenderán notificados (notificación *ficta*). Sin embargo, la LGSE no explicita la finalidad de tal notificación ficta, dado que en este procedimiento especial de constitución de servidumbres eléctricas no se contempla la posibilidad de presentar oposiciones, como sí se prevé en el régimen general. En todo caso, la posibilidad de imponer el referido gravamen está sujeto a un plazo de caducidad de 5 años, desde la dictación del decreto antes aludido, prorrogables por causa justificada por una sola vez por hasta 2 años (art. 94 LGSE).

(iv) Ya identificada la franja preliminar, el Coordinador Eléctrico Nacional debe proceder a licitar la ejecución de las obras en cuestión y a la adjudicación respectiva, si bien la fijación de los derechos de ejecución se realiza por el Ministerio de Energía por medio de decreto supremo.

(v) El titular de los derechos para la ejecución de la obra debe realizar la evaluación ambiental del proyecto, determinando el trazado específico a seguir al interior de la franja preliminar, y obtener la correspondiente RCA favorable.

⁴⁶ Sentencia TC Rol N° 2.751-14-INA (2015).

⁴⁷ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA 2005, 311-312; FERNÁNDEZ 2014, 115-121 y 116.

⁴⁸ Como señala MAYER, “(...) El derecho más importante del propietario que sufre las consecuencias de la restricción a la propiedad por causa de utilidad pública, y que al mismo tiempo es un verdadero derecho subjetivo público, es el de obtener una indemnización...”. MAYER 1951, 318-319. En este sentido se ha pronunciado el TC en la antes citada sentencia Rol N° 2.751-14-INA (2015), al señalar en relación con la constitución administrativa de servidumbres eléctricas, que “(...) tal como expresara esta Magistratura en sentencias roles N°s 245 (considerando 41°) y 1669 (considerando 77°), estas servidumbres otorgan al dueño del predio sirviente el derecho a que se le paguen los perjuicios que la ley señala (artículo 69, N°s 1 al 3), cuya evaluación incluso puede ser objeto de acuerdo con el concesionario. Son justamente estas reparaciones e indemnizaciones, que el concesionario debe pagar al dueño del predio sirviente, lo que armoniza los derechos de uno y otro, sin desequilibrios arbitrarios y sin que sea menester sacrificar a ninguno en o beneficio de la colectividad (según ordena el artículo 1°, inciso cuarto, constitucional)...”

(vi) Obtenida la RCA, ella debe presentarse ante el Ministerio de Energía, el que procederá a dictar un decreto exento en el que se *determina el trazado definitivo y la franja de seguridad asociada a dicho trazado*, constituyéndose, por el solo ministerio de la ley, servidumbre eléctrica sobre la referida franja de seguridad, la que obviamente abarca el trazado. El referido decreto se dicta previo informe de la SEC respecto a que la información entregada por el titular del proyecto respecto de las obras y servidumbres se ajusta a la normativa eléctrica vigente. La norma añade que el titular del proyecto será considerado titular de concesión eléctrica para los efectos del arts. 31 bis y 34 bis de la LGSE. Todo lo expuesto es sumamente relevante ya que permite colegir que, en el marco del procedimiento de franjas, no hay necesidad de contar con una concesión eléctrica a partir de la cual surja una servidumbre, sino que la servidumbre surge *ex ministerio legis*, sin necesidad de otro título, sin perjuicio de los trámites posteriores necesarios para su materialización. Precisamente por ello, esto es, dada la inexistencia de un título concesional, la LGSE (art. 97) señala que el titular del proyecto será considerado concesionario, tratándose así de un *concesionario ficto*.

(vii) Asimilando la tramitación a la de una concesión eléctrica, el reglamento de franjas añade que dentro de los 30 días siguientes a la publicación del decreto que fija el trazado definitivo, el titular lo deberá reducir a escritura pública, debiendo, asimismo, a partir de la fecha de reducción, iniciar las gestiones para hacer efectivas las servidumbres legales conforme a los arts. 62 y siguientes de la LGSE, *i.e.*, solicitud de designación de comisión tasadora, solicitud judicial de posesión material, consignación de indemnización y toma de posesión material.

d) *Limitaciones legales impuestas a la planificación de la transmisión*

Como adelantamos, la planificación no es un proceso absolutamente discrecional, sino que, muy por el contrario, la LGSE establece una serie de exigencias que han de cumplirse durante el proceso de formulación del plan de expansión, so pena de incurrir en una infracción discrepable ante el panel de expertos o anulable judicialmente si no fue objeto de discrepancia. Así, en primer lugar, la planificación de la transmisión debe “considerar”⁴⁹ una serie de aspectos para ser válidamente ejecutada, a saber:

(i) La *planificación energética de largo plazo* (“PELP”) elaborada por el Ministerio de Energía⁵⁰, si bien actualmente no existe claridad en relación a la

⁴⁹ Existen innumerables ocasiones en las que tanto la LGSE como sus diversos reglamentos establecen la obligación de “considerar” algo, lo que ha introducido importantes cuotas de incerteza, al no precisarse en qué consiste tal “consideración”.

⁵⁰ Como consta en el Mensaje con que se acompañó la actual Ley N° 20.936, p.10, la PELP consiste en un proceso quinquenal de planificación energética para un horizonte de 30 años, llamado a entregar los lineamientos generales relacionados con escenarios de desarrollo del consumo (demanda) y de la oferta de energía eléctrica que el país podría enfrentar en el futuro, para lo que se incorpora una prospectiva respecto de las tecnologías de generación disponibles, su evolución y desarrollo; así como eventuales nuevas alternativas tecnológicas para el debido

real extensión del deber de que el plan de expansión de la transmisión deba “considerar” los escenarios de la PELP, ya que si bien tal cuestión se planteó ante el Panel de Expertos en las discrepancias que se resolvieron por el dictamen N° 7/2018⁵¹, ellas no se zanjaron por no encontrarse vigente la PELP al momento de elaborarse el referido plan de expansión. Tal cuestión está siendo objeto de clarificación en el actual borrador sometido a consulta pública del reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión (art. 70), al señalar que “(...) La Comisión *deberá ajustar cada uno de los Escenarios Energéticos definidos por el Ministerio*, definiendo la capacidad de expansión de generación y su localización en las distintas barras del Sistema Eléctrico...” [las cursivas son nuestras].

(ii) Los *objetivos* de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación que establece la ley para el sistema eléctrico, los que, por cierto, no se encuentran dispuestos en forma clara en la regulación, sino que se desprenden de diversas disposiciones de la LGSE.

(iii) Las *holguras* o *redundancias* necesarias para incorporar los objetivos de la transmisión indicados previamente, de acuerdo con los *criterios* señalados *infra* y los aspectos metodológicos establecidos en el reglamento. En el actual borrador sometido a consulta pública del reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión (art. 62) se señala que “(...) *deberá entenderse por planificación con holgura aquella en la que se otorga un dimensionamiento superior al requerido para la obra de transmisión analizada de manera que permita cubrir la necesidad de expansión del sistema frente a diferentes escenarios y se justifique económicamente. Para ello, la Comisión podrá proponer instalaciones de transmisión con un estándar constructivo mayor al de energización, proponer líneas de transmisión con torres para al menos dos circuitos, subestaciones con mayor cantidad de posiciones para futuras conexiones, entre otros. Se entenderá por planificación con redundancia la incorporación de aquella infraestructura que permita enfrentar la pérdida o falla de un elemento de transmisión para cumplir con el abastecimiento de la demanda, de acuerdo a lo que señale la normativa técnica vigente. Adicionalmente, para efectos de la aplicación del criterio de redundancia, la Comisión podrá definir los proyectos de expansión que permitan cumplir con los objetivos de la Ley con el nivel de seguridad requerido para ello y que sean económicamente eficientes para el sistema [...]. Los criterios de holgura y redundancia podrán aplicarse durante las distintas etapas del proceso de planificación de acuerdo a lo señalado en los artículos*

abastecimiento de la demanda. Por otro lado, también debiera entregar lineamientos sobre el comportamiento del consumo, incluyendo políticas de eficiencia energética, promoción de nuevas tecnologías, generación distribuida, nuevos tipos y formas de consumos, redes inteligentes, entre otros. Dicha planificación quinquenal puede ser actualizada en forma anual (art. 83 LGSE). El detalle del procedimiento de planificación energética se contiene en el D.S. N° 134/2016, de Energía, que aprueba reglamento de planificación energética de largo plazo.

⁵¹ Dictamen N° 7/2018 (2018).

siguientes, debiendo la Comisión justificarlos debidamente en cada caso en el informe técnico que fija el Plan de Expansión..."⁵².

(iv) La información sobre *criterios y variables ambientales y territoriales* disponible al momento del inicio de éste, incluyendo los objetivos de eficiencia energética que proporcione el Ministerio de Energía. Trátase del denominado informe "VAT", que es remitido todos los años por el Ministerio a la CNE dentro del primer trimestre del año en curso.

(v) La participación ciudadana por medio de la realización de observaciones en el proceso respectivo por quienes se incorporen en el registro de participación ciudadana que lleva la CNE.

Junto a ello, de acuerdo con la LGSE, para alcanzar los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación del sistema eléctrico, deben considerarse una serie de *criterios* en el plan de expansión respectivo⁵³: (i) minimización de los riesgos en el abastecimiento; (ii) creación de condiciones que promuevan la oferta y faciliten la competencia, propendiendo al *mercado eléctrico común* –esto es, aquél que surge con ocasión de la interconexión de los demás segmentos de la transmisión–, para el abastecimiento de la demanda a mínimo costo con el fin último de abastecer los suministros a mínimo precio; (iii) instalaciones económicamente eficientes y necesarias para el desarrollo del sistema, en los distintos escenarios energéticos que defina el Ministerio en la PELP, y; (iv) posibles modificaciones de instalaciones de transmisión existentes que permitan realizar las expansiones necesarias de manera eficiente.

Como señala el art. 72 del borrador de reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión, el cumplimiento de los antes citados objetivos y criterios se materializa por medio de la aplicación de la metodología que desarrolla dicho reglamento, la que tiene como resultado el plan de expansión. La metodología considera las siguientes fases: (i) análisis preliminar; (ii) análisis de suficiencia y eficiencia operacional; (iii) análisis de seguridad y calidad de servicio; (iv) análisis de factibilidad técnica de los proyectos de expansión; (v) análisis económico de los proyectos de expansión; (vi) análisis de resiliencia; (vii) análisis de mercado eléctrico común; y (viii) conformación del plan de expansión.

⁵² En el Mensaje de la Ley N° 20.936 consta que las holguras permiten responder ante escenarios desajustados a menor costo que con un sistema de transmisión ajustado, así como la integración técnica y económica, y facilitan el financiamiento de proyectos de generación alejados de los centros de consumo; asimismo, las holguras permiten una mayor competencia en el sector generación lo que redundará en una baja en los costos marginales y en los costos de operación de largo plazo del sistema, beneficios que son traspasables al consumidor final; y por último, no solo reducen el costo esperado de operación futuro, sino que reducen notablemente la dispersión de los costos marginales y, con ello, el riesgo que enfrentan todos los proyectos de generación. Historia de la Ley N° 20.936, de 2016.

⁵³ En este sentido, *vid.* el Dictamen N° 7/2018.

e) *Naturaleza jurídica del vínculo que surge tras la planificación de la transmisión*

Tras los análisis efectuados, creemos que la planificación de la transmisión eléctrica es un claro ejemplo de ejercicio unilateral de la potestad de planificación de la Administración. Dicha potestad se materializa a través de diversos actos unilaterales de la Administración, sin que pueda sostenerse que exista una relación contractual entre el Estado y quien ejecuta las obras de expansión.

En efecto, en el marco de la planificación de la transmisión, la Administración fija el contenido de las obras de expansión por medio de la dictación de un decreto supremo. La ejecución de dichas obras es licitada por el Coordinador, quien elige la mejor oferta de entre quienes participan en el proceso concursal respectivo. Sin embargo, los derechos para ejecutar o para ejecutar y explotar la obra planificada (en los casos de ampliación y obras nuevas, respectivamente) *solo surgen con la dictación del respectivo decreto del Ministerio de Energía*. Así se desprende del art. 122 LGSE, el cual, al regular la posibilidad de entregar en garantía los derechos de ejecución y explotación de un proyecto de transmisión nacional, alude expresamente a “(...) los derechos que para dichas empresas *nacen* del decreto indicado precedentemente...” [la cursiva es nuestra]. Lo anterior ha sido reconocido recientemente por el D.S. N° 167/2019, de Energía, que aclara el Decreto N° 418 exento, de 4 de agosto de 2017, del Ministerio de Energía, que fija el listado de las instalaciones de transmisión zonal de ejecución obligatoria, necesarias para el abastecimiento de la demanda. El considerando 18 del citado decreto sostiene que “(...) en virtud de lo señalado en los dos considerandos precedentes, se advierte que los derechos para ejecutar y explotar las obras nuevas o de ampliación en comento *nacen* o se asignan con los respectivos decretos a los que se refiere el artículo 96° de la ley, a saber: (i) el que fija los derechos y condiciones de ejecución y explotación de las obras nuevas; y, (ii) el que adjudica la construcción y ejecución de las obras de ampliación. De modo que, la adjudicación que realiza el Coordinador de los derechos de ejecución y explotación del proyecto de obra nueva o para la construcción y ejecución de las obras de ampliación, según corresponda, solo tiene por finalidad identificar las ofertas adjudicadas en el proceso de licitación, pero no generar derechos, ya que, tal como se señaló, éstos *nacen* una vez perfeccionado el correspondiente acto administrativo...”.

Por tanto, como se puede apreciar, la Administración del Estado establece por medio de actos unilaterales cuáles son las líneas o subestaciones que deben ejecutarse a fin de cumplir con la planificación efectuada tanto de manera general (energética) como específicamente respecto de la transmisión. Tales actos de planificación son vinculantes y deben ser ejecutados por medio de mecanismos de competencia que tienen como resultado el otorgamiento *ex novo* de derechos para ejecutar o ejecutar y explotar las obras en cuestión.

En dicho contexto, si bien hay un involucramiento por parte de la Administración o, más ampliamente, del Estado por medio del Coordinador Eléctrico Nacional, no es posible afirmar que el mismo pueda dar origen a una relación contractual, *i.e.*, a un contrato administrativo, por cuanto no concurren varios elementos de éste. En efecto:

(i) En la ejecución de las obras de expansión no es posible apreciar la existencia de un sinalagma entre el Estado y quien ejecuta las obras⁵⁴, esto es, prestaciones mutuas y recíprocas⁵⁵, ya que las obras no se ejecutan para el Estado, sino para quién se las adjudica (en el caso de las obras nuevas) o para quién es titular de las obras que se amplían (en el caso de las obras de ampliación). Como se expuso latamente, el rol del Estado en esta materia es determinar las necesidades de expansión de la infraestructura y ordenar su ejecución, fijando los derechos para ello. Pero nada más.

(ii) La ausencia de sinalagma se aprecia, asimismo, en que el Estado no efectúa pago alguno por las obras que se ejecutan, ya que, precisamente, las obras no se ejecutan para él; trátase de obras privadas y no obras públicas. Las obras de expansión se remuneran por los usuarios, esto es, por la demanda, de acuerdo con los VATT o VI ofertados en los casos de obras nuevas y de ampliación, respectivamente (art. 99 LGSE).

(iii) Por último, el Estado no posee atribuciones exorbitantes que permitan sostener la existencia de un desequilibrio posicional como el inherente a los contratos administrativos. En efecto, el Estado no puede variar las obras una vez adjudicadas ni puede poder término a las mismas una vez adjudicadas.

Lo expuesto, desde luego, no es novedoso, sino que se puede apreciar en las denominadas *autorizaciones de funcionamiento*, en las cuales, dado el involucramiento duradero de la Administración en el marco de la actividad autorizada, en orden a verificar su adecuada ejecución, surge una relación jurídica, *i.e.*, una *relación jurídico-administrativa*, que en caso alguno posee naturaleza contractual⁵⁶. Por lo expuesto es que parece claro que no es po-

⁵⁴ Se afirma que "(...) el contrato administrativo es una institución 'lógico-jurídica' sinalagmática, comprensible en términos de derecho de las obligaciones...". CONCHA 2012, 52-53.

⁵⁵ En efecto, se sostiene que "(...) [s]e enfatiza la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros...". FERNÁNDEZ 2016, 170.

⁵⁶ *Cfr.*, entre muchos otros, MAURER 2012, 173. En contraposición con el Derecho Civil, desde el ámbito del Derecho Administrativo aún no se efectúa una clara construcción de una teoría general de la relación jurídico-administrativa, dado que ella se ha visto opacada y postergada por los desarrollos realizados respecto de un aspecto particular de la misma (el derecho público subjetivo). Pese a ello, la doctrina ha destacado que la regulación de la relación jurídico-administrativa es precisamente el objeto del Derecho Administrativo, llegando a afirmarse que dicha regulación especial es el Derecho Administrativo. Al respecto *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2006, 15; SOTO 2009, 219; MORAGA 2010, 73-75; MAURER 2012, 175.

sible aludir a la existencia de un contrato administrativo entre el Estado y el ejecutor de obras de expansión.

Conclusiones

La existencia de infraestructuras en red puede implicar severas afectaciones a la competencia, que justifican la intervención del regulador, con el objeto de resolver o al menos aminorar las fallas de mercado a que ellas pueden dar lugar. Una de las formas de intervención a las que el Estado puede echar mano es la planificación de tales infraestructuras. Por medio de la planificación se busca ordenar la instalación o la expansión de tales instalaciones, de manera eficiente y satisfaciendo asimismo otros fines de interés público que puedan identificarse en las regulaciones propias de cada uno de los sectores sujetos a tal intervención. Para ello, la planificación no prejuzga la existencia de bienes públicos o privados, sino que, a partir de ello arbitra los mecanismos específicos para poder ejecutar tal planificación en los términos indicativos o imperativos que correspondan según la regulación sectorial. Y, asimismo, la planificación puede utilizar tanto instrumentos unilaterales como negociales para amparar las relaciones jurídicas que surjan con ocasión de la ejecución de las infraestructuras en red.

Un claro ejemplo de una intensa actividad de planificación estatal de carácter imperativa es la planificación de la transmisión eléctrica. En ella, el Estado, de forma centralizada, determina cuáles son las infraestructuras que año a año deben ejecutarse o ampliarse, para dar adecuada respuesta a las variables condiciones de demanda existentes. Pero son los particulares los que están llamados a ejecutar tales instalaciones, de acuerdo con los plazos y condiciones dispuestas a tal fin por el regulador, y por medio de procedimientos de asignación concursal que permiten la introducción de competencia en un segmento por esencia monopólico como es la transmisión de energía. En este supuesto, si bien existe una relación permanente entre regulador y regulado –i.e., un involucramiento constante–, ella no posee la naturaleza jurídica de una relación contractual de tipo administrativa, sino que se trata de una relación jurídico-administrativa existente al alero de un acto administrativo unilateral del Estado, tal y como ocurre en las autorizaciones de funcionamiento.

Tales consideraciones son relevantes dado que permiten enmarcar correctamente las diversas dificultades que puedan surgir en relación con la planificación de la transmisión, aportando no solo un marco de análisis, sino que, asimismo, de resolución de las mismas.

Bibliografía citada

- AA.VV. (2010). *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*. Roma, Passigli Editori, 468 pp.
- AGUILAR, Óscar (2004). Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas. *Revista RAP, Organización administrativa, función pública y dominio público*, pp. 375-437.

- ALÉ, Jorge (1990). Un nuevo esquema de regulación de monopolios naturales. *Estudios Públicos*, N° 37, pp.165-226.
- ARIÑO, Gaspar (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid, Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación, 829 pp.
- ARIÑO, Gaspar (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 172, pp.79-102.
- BICKENBACH, Frank (1999): *Regulierung und Wettbewerb im Bereich der Netzinfrastrukturen: Begründung, Regeln und Institutionen*, Kiel Working Paper, N° 910, Institut für Weltwirtschaft (IfW), Kiel.
- BOQUERA, José María (1985). *Derecho Administrativo I*. España, Instituto de Estudios de Administración Local, 5ª ed., 382 pp.
- CABALLERO, Rafael (2003). *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. España, Instituto Nacional de Administración Pública, 456 pp.
- CONCHA, Ricardo (2012). *Nulidad del contrato de la Administración. Aplicabilidad de las reglas civiles*. Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 314 pp.
- CORDERO, Eduardo (2007). El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 29, pp. 269-298.
- DANÓS, Jorge (2015). La regulación económica. En: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, RODRÍGUEZ, Libardo [dir.] y RODRÍGUEZ, María del Carmen [coord.], *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, España, Comares, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 559-5712.
- DE LA CRUZ, Juan (2001). Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras. En: RDU [eds.], *Nuevo derecho de las infraestructuras*, España, Editorial Montecorvo, pp. 119-160.
- DE LA CUÉTARA, Juan (2001). Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes. En: RDU [eds.], *Nuevo derecho de las infraestructuras*, España, Editorial Montecorvo, pp. 197-275.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1982). La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, N° 98, pp. 7-46.
- FERNÁNDEZ, Jorge (2016). *Derecho Administrativo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 563 pp.
- FERNÁNDEZ, José (2014). La Constitución Política y el urbanismo. *Revista de Derecho Público*, Edición Especial, pp. 115-121.
- FERNÁNDEZ, María Yolanda (2003). *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*. España, Instituto Nacional de Administración Pública, 650 pp.
- FERRARI, Erminio (2000). *I servizi a rete in Europa*. Italia, Raffaello Cortina Editore, 406 pp.
- FUENTES, Mindy (2015). Análisis legal y doctrinario del Ordenamiento y Planificación Territorial en Chile, características, relación y diferencias. *Sustainability, Agri, Food and Environmental Research*, vol. 3, N° 2, pp. 12-21.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo II*. España, Thomson Civitas, 10ª ed., 752 pp.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, José (2003). *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*. USA, Harvard University Press, 448 pp.
- HOUSTON, G., y JOHNSON, C. (2006). EPRI-GTC Overhead Electric Transmission Line Siting Methodology. Disponible en: <<https://bit.ly/2LHwnmH>>, [fecha de consulta: 8 julio 2019].
- LEAL, Brigitte (2015). Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora. *Revista de Derecho Público*, Vol. 83, 2º sem., pp.105-122.
- LEAL, Brigitte (2015a). *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado*. Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 56, 297 pp.
- LÓPEZ-JURADO, Francisco (2009). Técnicas específicas de los servicios en red”, en: MUÑOZ, Santiago, y ESTEVE, José [dirs.], *Derecho de la Regulación Económica, I, Fundamentos*

- e *Instituciones de la Regulación*, España, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, pp.759-825.
- MANACORDA, Paola y DE VINCENTI, Claudio (2010). *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Italia, Passigli Editori, 455 pp.
- MANKIW, Gregory (2012). *Principios de Economía*. México, Cengage Learning Editores, 880 pp.
- MANTECA, Víctor (2011). Las potestades administrativas: organización, planificación y autotutela. Disponible en: <<https://bit.ly/2xv2fmi>> [fecha de consulta: 3 julio 2019].
- MARTÍNEZ, Daniela (2017). Hacia un nuevo régimen de ordenamiento territorial: desafíos para el sector energético. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 24, pp. 103-117.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1966). Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa. *Revista de Administración Pública*, N° 50, pp. 111-146.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1988). *Derecho Administrativo Económico*. España, La Ley, T I, 504 pp.
- MAURER, Hartmut (2012[2006]). *Derecho Administrativo Alemán* (trad. María José Bobes Sánchez, María Mercé Darnaculleta I Gardella, José García Alcorta, Javier García Luenigo, Alejandro Huergo Lora, Núria Magaldi, Oriol Mir Puigpelat, Marc Tarrés Vives y Gabriel Doménech Pascual). México, Universidad Nacional Autónoma de México, 578 pp
- MAYER, Otto (1951). *Derecho Administrativo Alemán*. Argentina, Editorial Depalma, Tomo I, Parte Especial, 319 pp.
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2018). *Guía de orientación para los estudios de franjas de transmisión eléctrica*. Chile, Gobierno de Chile, 120 pp.
- MINISTERIO DE ENERGÍA, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2018). *Guía para articular el proceso de evaluación ambiental estratégica con la evaluación de impacto ambiental. Estudios de franjas y proyectos de transmisión eléctrica*. Chile, Gobierno de Chile, 50 pp.
- MONTERO, Juan José (2016). *Regulación Económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados* 2ª ed. (Tirant lo Blanch, España).
- MORAGA, Claudio (2010). *Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Formal de la Administración del Estado*. Chile, Abeledo Perrot, LegalPublishing, T VII, 574 pp.
- MORAGA, Claudio (2016). *Sobre la regulación (Apuntes de Clase)*. Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MUÑOZ, Santiago (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, La Actividad Regulatoria de la Administración*. España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, vols. XIV, 4ª ed., 5600 pp.
- OELCKERS, Osvaldo (1984). Nuevos roles de la Administración Pública y su regulación por el Derecho Administrativo. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.11, pp.471-477.
- PALLAVICINI, Julio (2015). *Derecho Público Financiero*. Chile, Thomson Reuters, La Ley, 382 pp.
- PARADA, Ramón (2010). *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*. España, Marcial Pons, 12ª ed., 432 pp.
- PÉREZ, Antonio (1998). La ordenación del territorio, una encrucijada de competencias planificadoras. *Revista de Administración Pública*, N° 147, pp. 97-138.
- RASCHAUER, Bernhard (2009). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Austria, Springer, 3ª edición, 458 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. España, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 475 pp.
- SEBASTIANI, Mario (2010). Le infrastrutture di trasporto: programmazione, concorrenza, interesse pubblico. En: MANACORDA, Paola [ed.], *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Italia, Passigli Editori, pp. 47-156.
- SOTO, Eduardo (2009). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Chile, LegalPublishing, 788 pp.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2005). *Derecho Constitucional*. Chile, Editorial Jurídica, T I, 2ª ed., 375 pp.

- VETRÓ, Francesco (2005). *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmático dell'energia elettrica*. Italia, Giappichelli, 388 pp.
- VILLAR, José (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares*. España, Ed. Civitas, 435 pp.

Normas citadas

- D.F.L. N° 323, de 1931, Ley de Servicios de Gas, Diario Oficial de 30 de mayo de 1931.
- D.L. N° 1.263/1978, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, Diario Oficial de 28 de noviembre de 1975.
- D.F.L. N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcción, Diario Oficial de 13 de abril de 1976.
- Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, Diario Oficial de 2 de octubre de 1982.
- D.F.L. N° 382, de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios, Diario Oficial de 21 de junio de 1989.
- D.F.L. N° 1/19.653, fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial de 17 de noviembre de 2001.
- D.F.L. N° 1-19.175, de 2005, fija el Texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, Diario Oficial de 8 de noviembre de 2005.
- D.F.L. N° 4/20.018, fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos en materia de Energía Eléctrica, Diario Oficial de 5 de febrero de 2007.
- Ley N° 20.936, Establece un Nuevo Sistema de Transmisión Eléctrica y Crea un Organismo Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, Diario Oficial de 20 de julio de 2016.
- Ley N° 21.074, Fortalecimiento de la Regionalización del País, Diario Oficial de 15 de febrero de 2018.

Jurisprudencia citada

- Sentencia TC Rol N° 2.751-14-INA: Tribunal Constitucional, 7 de julio de 2015.
- Dictamen N° 1 (2013): Panel de Expertos, 14 de marzo de 2013.
- Dictamen N° 7 (2018): Panel de Expertos, 10 de agosto de 2018.
- Dictamen N° 36.448 (2016): Contraloría General de la República, 17 de mayo de 2016.

Los derechos subjetivos de los administrados: Bajo el signo del subjetivismo jurídico (Una mirada a la obra de Eduardo García de Enterría)

Franck Moderne*

Sería difícil –y, bajo ciertos respectos, presuntuoso– pretender dar cuenta en detalle de la riqueza del pensamiento del gran juspublicista español contemporáneo Eduardo García de Enterría. Su pensamiento se expresó por más de medio siglo tanto en sus obras didácticas (en particular, *Curso de derecho administrativo*, redactado en colaboración con Tomás-Ramón Fernández Rodríguez y constantemente reeditado)¹ como en sus otras obras o ensayos (entre los que podemos citar, sin pretensión de exhaustividad: *La administración española*², *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*³, *Revolución francesa y administración contemporánea*⁴, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*⁵, *La lucha contra las inmunidades del poder*⁶, *Democracia, jueces y control de la administración*⁷, *El derecho, la ley y el juez* –con A. Menéndez Ménéndez–⁸, *Justicia y seguridad en*

* Texto originalmente publicado en 2004 en la *Revue Francaise de Droit Administratif* (París: 2004, 1, pp.101-108), al cual hemos modificado levemente su título; se mantiene el estilo y modo de citación de dicho original. Traducción de Judith Streff, bajo el cuidado de Alejandro Vergara Blanco. Se publica con la autorización de su editor. El origen de este texto es una conferencia de 2003 de Franck Moderne (1935-2017) pronunciada durante una *Jornada de Estudios* organizada en honor de Eduardo García de Enterría por la *Università degli Studi* de Florencia (Italia), en el marco de su programa *I protagonista de la cultura jurídica europea* [Los protagonistas de la cultura jurídica europea], el 25 de octubre de 2003. En esa fecha, Franck Moderne era Profesor emérito de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne) y Director del Centro de Derecho Público comparado de los Estados europeos. Véase la noticia del reciente Homenaje latinoamericano a este autor en el número anterior de esta *Revista*: N° 30, pp.245-246. (AVB).

¹ Civitas, Madrid, 2 vol., T. 1, 11ª ed., 2002; T. 2, 8ª ed., 2002.

² Alianza Editorial, Madrid, 1961.

³ Tecnos, Madrid, 1970.

⁴ Taurus, Madrid, 1972.

⁵ Civitas, Madrid, 2ª ed., 1986.

⁶ Civitas, Madrid, 1974.

⁷ Civitas, Madrid, 1995.

⁸ Civitas, Madrid, 1997.

*un mundo de leyes desbocadas*⁹, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*¹⁰, *La lengua de los derechos*¹¹), sin contar, obviamente, los innumerables artículos, notas, prefacios, o reportes que marcaron su carrera de universitario, de abogado, de magistrado e investigador.

Nos pareció preferible poner énfasis en uno de los ejes de su obra que mejor la sitúa en el vasto movimiento de las teorías y de las ideas, del que el derecho llamado ‘moderno’¹² ha sido objeto o ha dado lugar desde hace más de dos siglos. Ese eje es el del subjetivismo jurídico; del reconocimiento, a favor de toda persona, de verdaderos derechos subjetivos garantizados por la ley y susceptibles de ser protegidos jurisdiccionalmente (independientemente del modo o grado de protección a los que puedan pretender). E. García de Enterría nos parece ubicarse a este respecto en la gran escuela del liberalismo clásico.

Sin duda, existen otras perspectivas posibles sobre el aporte del célebre jurista español al derecho público, pero este se justifica en la medida en que el tema del subjetivismo jurídico se manifiesta tanto en sus escritos de juventud como en sus últimas obras. De alguna forma, irriga o por lo menos recorre su reflexión entera sobre el derecho y su lugar en la sociedad.

Hay que partir, entonces, de la noción de “derecho subjetivo” en sí mismo, como fermento y motor de la revolución jurídica que significó el advenimiento de los “derechos” de la persona, emblema por excelencia del pensamiento occidental.

Sin embargo, E. García de Enterría va más allá que la mayoría de los “publicistas” contemporáneos en la reivindicación del ideal de subjetividad: en efecto, reconoce a los administrados verdaderos derechos subjetivos en contra de la Administración y, entonces, del Estado.

No obstante, no lo lleva al terreno del hipersubjetivismo. Parece, especialmente en sus últimas publicaciones, expresar alguna reticencia ante las perspectivas de una posible deriva del subjetivismo aplicado al Derecho Administrativo.

I. De los derechos subjetivos en general

Quizás la idea de “derecho subjetivo” no tenga, *a priori*, nada innovador. Es parte, desde hace largo tiempo, de nuestro horizonte científico y ha dado lugar a una literatura impresionante.

⁹ Civitas, Madrid, 1999.

¹⁰ Civitas, Madrid, 2001.

¹¹ Civitas, Madrid, 2001; Alianza, Madrid, 1994.

¹² Usamos la expresión “derecho moderno” para caracterizar este periodo de la ciencia del derecho, inspirada de las Luces y de la Revolución francesa, que retiene la razón (material y formal) como fundamento de la regla de derecho.

Pero, si la reubicamos en su contexto socio-histórico, no podemos sino constatar su influencia determinante en la formación de nuestra forma de pensar y de aplicar el Derecho.

Como lo recuerda E. García de Enterría, esta idea introdujo una “revolución total” en este ámbito¹³ y se impuso incontestablemente en el primer plano.

Tal alegato a favor del derecho subjetivo conlleva, aunque sea implícitamente, una refutación de las tesis objetivistas.

1. Un alegato a favor de la teoría de los derechos subjetivos

La acepción que adopta E. García de Enterría de los derechos subjetivos es una de las acepciones más clásicas: se trata de los derechos reconocidos a la persona humana, al individuo, que comportan un poder de acción del sujeto respecto de otros sujetos en un orden jurídico correspondiente a una sociedad políticamente organizada en un momento determinado de su historia, y que gozan (por el hecho mismo de esta organización política) de una protección adecuada.

Esos derechos pertenecen al hombre en cuanto hombre, son prerrogativas o facultades vinculadas a la naturaleza humana y, por ello, recibieron la apelación inicial de “derecho innato” o de “derecho natural”. Su origen se remonta a la Edad Media (y el nombre de Guillermo de Occam es frecuentemente citado en esa ocasión¹⁴) de la misma forma que se atribuye su configuración técnica, por lo menos *pro parte*, a los teóricos de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes (Grocio, Suárez, etc.). Un rasgo mayor de su régimen es imponerse en cualidades a los poderes civiles y religiosos y, entonces, al Derecho Positivo. Luego, el tema apareció en la filosofía política inglesa (Hobbes, Locke)¹⁵ donde prosperó rápidamente en relación con las reivindicaciones liberales.

La propiedad y la libertad personal fueron, como lo podemos imaginar, al centro de la reflexión. Los derechos subjetivos, aunque no llevarán en absoluto esa denominación, fueron de hecho identificados, por lo esencial, en la esfera del derecho privado. Ahí fueron desarrollando una *vis expansiva* poco común.

¹³ *La lengua de los derechos*, Civitas, 2001, p. 49: “un nuevo modo de concebir, de explicar y practicar el derecho en su conjunto y en cada uno de sus componentes –y correlativamente, obviamente, en la sociedad y el Estado”.

¹⁴ J. Coleman, “Guillaume d’Occam et les notions de sujet”, *Archives de philosophie du droit* 1989, N° 34, p. 25 et s.; M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, p. 240 et s.; *L’idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, *Revue de droit français et étranger* 1946-1947, p. 201 et s.

¹⁵ J. Locke sobre todo (V. *On civil Government. Two treatises*, Deut and Sons Ltd, Londres, 1924).

La teoría que define el derecho como un conjunto de relaciones inter-subjetivas encontró, también, sus apologistas en Alemania¹⁶ e Italia¹⁷. Por cierto, en Alemania se podía apoyar sólidamente en la filosofía kantiana. La autonomía de la persona y de su voluntad y la libertad, que es la traducción inmediata de aquello, constituyen uno de los mayores componentes de la *Metaphysik der Sitten*¹⁸. Esas llegaban casi mecánicamente al reconocimiento del poder de cada uno de imponer su voluntad a otro, bajo la protección del estado de derecho. Hegel mismo (para quien, lo sabemos, el Estado representa la realidad histórica de la idea moral)¹⁹ nunca objetó la figura del derecho subjetivo; quien decía: “la libertad constituye la sustancia y la determinación-destinación del derecho” escribe hablando al respecto²⁰ y agrega: “... el derecho de la libertad subjetiva constituye el punto central de inflexión de la diferencia entre la Antigüedad y los tiempos modernos”²¹.

No obstante, el derecho subjetivo no significa el capricho y la arbitrariedad, en la medida en que está enmarcado por las leyes y las instituciones, las que le dan un contenido fijo y ético.

De todas formas, es con la Revolución francesa que el subjetivismo jurídico encontrará su expresión simbólica más espectacular. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (precedida en este terreno por las Declaraciones de las Colonias Inglesas de

¹⁶ Nos referimos obviamente a G. Jellinek quien (sobre la base de análisis históricas, a veces contestadas) presentó su primera verdadera sistematización con su famoso *System des öffentlichen subjektiven Rechte*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1892; pero otros autores participaron al movimiento, por ejemplo A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht; Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, A. Böhlau, Weimar, 1878; O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen verwaltungspredung*; O. Bühler, “Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechts”, in *Festgabe für Fleiner*, 1927, p. 37 et s., etc. Así, A. Thon definía el derecho subjetivo privado como “la protección acordada por las normas a los intereses de un particular contra otro, gracias a la cual el sujeto protegido se ve conferido por el orden jurídico, en la hipótesis de una transgresión de la norma, un medio para eliminar dicha ilicitud, medio dejado a su libre disposición” (*Rechtsnorm und subjektives Recht...*, op. cit. p. 133).

¹⁷ Donde la noción de “derecho subjetivo” sirvió para repartir el contencioso de las actividades de la Administración entre el juez administrativo y el juez judicial, será suficiente recordar que el juez judicial es en principio encargado de la protección de los derechos subjetivos y el juez administrativo de la protección de los intereses legítimos (V. J. C. Escarras, *Les expériences belge et italienne d’unité de juridiction*, LGDJ, Paris, 1972; sobre los avatares del sistema, ver: P. Richard et V. Fumaroli, *Le droit administratif italien en quête de racines*, RFDA 2003, p. 751 et s.; S. Cassese (sous la dir. de), *Diritto amministrativo generale*, 2^e éd., Giuffrè, Milan, 2003, T. I, p.1757 et s.; V. aussi R. Orestano, “Diritti soggettivi e diritti senza soggetto”, in *Azione, diritti soggettivi, persona giuridica*, Bologne, 1978.

¹⁸ Edition de K. Vorländer, Hamburg, 1954, reimpresión 1972; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd., Goettingen, 1967; H. Thieme, “Natürliche Privatrecht und Spatscholastik” in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung LXX*, 1953; R. Gmür, *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden*, Berne, 1981.

¹⁹ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Francfort, 1986, p.81.

²⁰ *Ibid.*, p. 46.

²¹ *Ibid.*, p. 233.

América) sostiene un mensaje universal y casi mesiánico y que bastará transcribirlo en sus elementos esenciales:

Art. 1: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común";

Art. 2: "La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Art. 3: "El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella".

Art. 4: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan solo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley".

Analizando minuciosamente el significado profundo de la Declaración revolucionaria en la ideología de los derechos subjetivos, E. García de Enterría lo identifica en la conexión instituida entre la proclamación de derechos como tales y sus garantías objetivas por la ley. Tal es, a su juicio, la diferencia fundamental que separa el texto francés de sus homólogos de América del Norte²².

En este contexto, la ley es de alguna forma la otra faceta de la libertad conferida al ser humano; contribuye a hacer efectiva esa libertad y los derechos subjetivos que ésta transmite. Al determinar los límites de esos derechos, condiciona su ejercicio pacífico y simultáneo en la sociedad política, ya que esos límites no están previstos sino para permitir a otro ejercer los mismos derechos. Los derechos subjetivos y la Ley como expresión de la voluntad general no son en absoluto antinómico; al contrario, forman una pareja indisociable. Así se forjó el instrumento político-jurídico que favorecerá el florecimiento de los derechos subjetivos de la persona humana, aunque sin llegar a tolerar la anarquía y el desorden. La ley tiene la obligación primera de garantizar y proteger derechos que le son anteriores, que son "naturales" del hombre, y no podría renunciar a esa misión sin negarse a sí misma y sin comprometer la existencia de la sociedad política.

Es bien conocido que las tesis de Rousseau tuvieron una influencia determinante en dicha construcción (teórica, pero formidablemente eficaz). Al votar la ley, el ciudadano-sujeto se obedece a sí mismo; por lo tanto, no cede en nada ni su libertad ni su autonomía. La ley es el mejor, sino el único, escudo contra la arbitrariedad: no podría ser opresiva sin socavar sus propios fundamentos. Más allá del reino de los hombres, ese "reino de la ley" va a dejar

²² *La lengua de los derechos*, op. cit., p. 80 et s.

su huella en la filosofía política europea (y occidental) hasta hoy en día²³. Los reyes mismos solo tienen sus funciones en virtud de la ley, como lo recordará la Constitución de 3 de septiembre de 1791²⁴.

Incluso, podríamos encontrar en los textos revolucionarios los primeros rudimentos de lo que los juristas del siglo XX designarán como “control de la constitucionalidad de las leyes”. La Constitución de 3 de septiembre de 1791 ofrece la ilustración más pertinente de aquello: en su Título I (“Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”), manda un mensaje explícito al legislador democrático:

“El Poder Legislativo no podrá hacer leyes que vulneren y pongan trabas al ejercicio de los derechos naturales o civiles [...] garantizados por la Constitución”.

Si relacionamos esta disposición con la Declaración de los derechos de 1789 (Art. 16: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”), vemos cómo se articula el sistema: para pretender disponer de una auténtica constitución, una sociedad tiene que asegurar la garantía de los derechos naturales del hombre (tal como están definidos en el artículo 2º de la Declaración). Esta es una efectiva garantía y no una simple proclamación de estos derechos (proclamación que, por lo demás, sería inútil, ya que se trata de “derechos naturales”). Y cuando la Constitución es así autenticada, la ley es mandada por ella a preservar los derechos así garantizados. Hubiese sido suficiente prever un órgano encargado de verificar que el legislador respete estrictamente los términos de la misión que le es constitucionalmente asignada para obtener una justicia constitucional tal como la conocemos hoy día. Este esfuerzo no se ha hecho, quizás por deferencia respecto del legislador quien, según la ideología en curso, teóricamente solo puede querer la felicidad de los ciudadanos-sujetos.

Claramente estos son postulados, pero esos postulados llegaron a ser mitos y de los mitos recibieron la virtud legitimante y actuante que condujo al “legicentrismo”, es decir, una idealización excesiva de la ley.

Esta pasa a ser, observa E. García de Enterría, el “punto central” del sistema²⁵; el “mecanismo milagroso”²⁶ de la ley resulta ser productor de libertad al mismo tiempo que fija sus límites, generador de derechos al mismo tiempo que previene el uso abusivo. La verdadera libertad es la que no está sometida a la ley. De esta mistificación de la ley nació la idea misma de

²³ Ibid., p. 124 et s.

²⁴ Capítulo II, Sección I, art. 3; fueron particularmente sugestivas las monedas fabricadas en esa época: sus caras llevaban la mención “Reino de la ley” y su sello la mención “Luis XVI, rey de los franceses”. Así fue marcada la preeminencia abstracta de la ley sobre el Rey, quien solo está habilitado a gobernar hombres.

²⁵ Ibid., p. 129.

²⁶ *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, op. cit., p. 21.

codificación, la que es a la vez su coronamiento lógico. En efecto, había que ordenar racionalmente los grandes principios que rigen los distintos sectores de la vida social alrededor de estos códigos estructurados y de fácil acceso, dando a los ciudadanos una seguridad jurídica óptima. Los grandes códigos napoleónicos (y, en primera fila, el famoso Código Civil) constituyen así el punto culminante de una evolución empezada por la Declaración revolucionaria de 1789²⁷ y seguida por Napoleón.

El homenaje así realizado por E. García de Enterría a los derechos subjetivos y a la ley que garantiza el libre ejercicio de ellos hace el papel, nos parece, de “núcleo duro” de la concepción del derecho, tal como se expresa a lo largo del tiempo en el *Curso de derecho administrativo*, en *El derecho, la ley y el juez*, en *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, en *Problemas del derecho público al comienzo del siglo* y, sobre todo, en *La lengua de los derechos*, obra que explicita con fuerza y sutileza sus fundamentos teóricos y socio-políticos. De esta manera, el autor toma necesariamente distancia con las teorías objetivistas cuyo propósito común es refutar la noción misma de derecho subjetivo.

2. Una refutación implícita pero necesaria de las tesis objetivistas

Las críticas en cuanto a la noción de derecho subjetivo y del subjetivismo jurídico han jalonado la evolución del pensamiento jurídico moderno. La “absolutización” del derecho subjetivo²⁸ y la excesiva exaltación por sus adeptos del individuo en detrimento de la colectividad, de los intereses particulares a costa del interés general, había suscitado vivas reacciones doctrinales. El desarrollo de la personalidad jurídica, con la creación de personas morales de derecho privado o de derecho público, igualmente titulares de derechos subjetivos y habilitados para prevalerse de ellos ante la justicia, había contribuido, a fines del siglo XIX y principio del XX, a alimentar la controversia –mientras que en el plano político y económico, la ideología liberal estaba abiertamente cuestionada por las teorías socialistas, solidaristas, institucionalistas, etc.

En la empresa de la crítica de los derechos subjetivos, algunos nombres destacan, como los de Léon Duguit, Maurice Hauriou o Hans Kelsen, todos adeptos (pero sobre bases teóricas distintas y en grados diferentes) de un enfoque objetivo del derecho.

a) Léon Duguit. Léon Duguit se declaró muy tempranamente tenaz adversario de la noción de derecho subjetivo²⁹, y en la obra en la que ex-

²⁷ Ibid., p. 29 et s.

²⁸ S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 23 et s.

²⁹ V. Entre otros, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901; *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, Paris, 1903; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, F. Alcan, Paris, 1908 y obviamente, le *Traité de droit constitutionnel* (3^e éd., De Boccard, Paris, 1927).

presó con más fuerza sus convicciones sobre ese punto³⁰ fue escrito, según sus propias palabras, en reacción contra la obra de G. Jellinek, *System der offentlichen subjektiven Rechte*. Se trataba precisamente de mostrar que la atribución de derechos subjetivos a personas privadas o públicas (Duguit tampoco admitía, recordémoslo, la ficción de la personalidad moral) descansaba sobre bases metafísicas, artificiales, no jurídicas y que había que librar el orden jurídico de ellas. En su combate contra los derechos subjetivos y la idea de persona moral que los sostenía, el decano de Burdeos apuntaba muy especialmente al derecho de propiedad (el *dominium* del derecho romano), como derecho absoluto e incondicional del propietario –y a la soberanía del Estado (el *imperium* del derecho romano) como potencia pública absoluta e ilimitada– sobre todo en la versión alemana del concepto, la *Herrschaft*, que al otro lado del río Rin [Alemania] se había nutrido de la filosofía hegeliana.

La regla de derecho aplicable en toda sociedad no es más que la “regla social”, la regla de oro de la solidaridad y de la interdependencia social, regla objetiva si la hay, observable y evolutiva porque expresa los motivos profundos de la colectividad y condiciona su existencia. No hay necesidad alguna de cuestionarse sobre su fundamento: no puede no ser.

Es, precisamente, esta regla la que surgirá como regla de derecho, a partir de las reacciones que el cuerpo social desarrolla mecánicamente ante toda agresión contra su existencia o su cohesión. En este contexto, la ley “positiva” no es imperativa en sí, porque protegería y garantizaría los derechos llamados “subjetivos” de los individuos, no lo es sino por referencia a la regla social que expresa y a la que sigue su evolución. De este modo, se impone a todos, tanto a los que la hacen como a los que la sufren; los gobernantes, que disponen de la mayor fuerza, están obligados a ponerla al servicio de la regla social de solidaridad. Ocurre lo mismo para los propietarios privados, para los que la propiedad no es más que una función social entre otras.

Tal construcción no deja un lugar demasiado visible al derecho subjetivo como poder de la voluntad de imponerse a otra voluntad, bajo el ojo benevolente del Legislador. Los gobernantes, así como los agentes y los ciudadanos, están investidos de misiones que ejercen en nombre de la solidaridad social. Los actos jurídicos no implican en ningún caso, por lo esencial, relaciones intersubjetivas y la ley misma no podría conferir derechos subjetivos a sus destinatarios. El Estado y el derecho, así, serán ubicados bajo el signo del objetivismo. L. Duguit (aunque no lo reivindicó inmediatamente) fue, con toda probabilidad, influenciado por las teorías defendidas por Auguste Comte³¹. El padre de la escuela positivista contestaba vigorosamente, en su *Système de politique positive*, la noción de derecho subjetivo; veía ahí un concepto “teológico-metafísico”, inmoral y anárquico por el solo hecho que postulaba

³⁰ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, rééd. Dalloz, 2003.

³¹ V. Nuestro prefacio a *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, rééd. Dalloz, Paris, 2003, p. V y s.

una voluntad sobrenatural indemostrable, única apta a conferir a las autoridades del Estado sus poderes legítimos. Los “supuestos derechos humanos”, glorificados por la Declaración de 1789, habían, según Comte, revelado tempranamente su verdadera naturaleza antisocial privilegiando sistemáticamente el individuo a costa del grupo. En el Estado llamado “positivo” que, para A. Comte, es la etapa más avanzada de la evolución de las sociedades, la noción de derecho subjetivo habrá desaparecido y nadie tendrá más derecho que el de cumplir con su deber.

b) Maurice Hauriou. Las tesis de Maurice Hauriou son, en este terreno, más ambiguas (incluso cuando evolucionaron) pero expresan también una orientación hacia el objetivismo jurídico. Es patente que, en sus primeros escritos, el decano de Toulouse había sido sensible a la idea de derecho subjetivo, que aplicaba a las personas públicas (y, en primer lugar, al Estado)³². Veía ahí una técnica sencilla para mantener la actividad de esas personas dentro del entramado del derecho. Los “derechos de potestad pública” podrían así ser mirados como la transcripción, en la esfera del derecho público, de los derechos subjetivos privados.

Pero Maurice Hauriou se unió rápidamente a la teoría de la institución, que él mismo analizaba como una “autolimitación objetiva” del Estado, combinado con reglas estatutarias y fenómenos disciplinarios. Se unía así al campo del objetivismo jurídico, pero sobre bases distintas a las que entonces exponía Léon Duguit.

c) Hans Kelsen. No olvidaremos, en este rápido panorama de las teorías objetivistas, que repudian a la vez la idea de derecho subjetivo y los valores que la sostienen, el aporte de H. Kelsen y de sus émulos (especialmente, A. Merkel). El autor de la *Reine Rechtslehre* no le daba ningún lugar a la noción de derecho subjetivo en su teoría de las normas. Estimaba que el derecho llamado subjetivo suponía un deber jurídico correspondiente, y todavía más, que estaba constituido por este. Apenas hace falta ahondar en este aspecto de la teoría normativista.

d) Alf Ross. Por otra parte, podríamos evocar el análisis concordante de A. Ross, presentada en particular en *On Law and Justice*, ya que considera el derecho subjetivo como “la consecuencia de una reglamentación jurídica” e impugna la validez y la utilidad de esa para una definición correcta del derecho.

Estos asaltos reiterados no han acabado con la teoría de los derechos subjetivos. En todo caso, no parecen haber estremecido las convicciones de E. García de Enterría sobre este punto capital. Especialmente, porque la noción de derecho subjetivo había sido introducida por el autor en el corazón mismo del derecho administrativo con la teoría de los derechos subjetivos de los administrados.

³² V. Sobre este punto, P. Delvolvé et F. Moderne, *Avant-propos à la réédition du Cours de droit public et administratif* (12^e éd.), Dalloz, 2002, p. 1 et s.

II. ... hacia los derechos subjetivos de los administrados

La teoría de los derechos subjetivos de los administrados –o derechos públicos subjetivos– se vincula obviamente con la teoría general de los derechos subjetivos, pero introduce una dimensión adicional, que amplía singularmente el campo de acción: los derechos en cuestión corresponden, en efecto, a obligaciones para las personas públicas (es decir, para la potencia pública) de la que el Estado (personalizado) es la expresión jurídica más simbólica.

Este tema había sido, lo recordamos, el corazón de las controversias doctrinales del final del siglo XIX. Había sido sistematizado por G. Jellinek³³, en el contexto de una vasta *disputatio* teórica y retomado, por lo menos parcialmente, por la doctrina italiana³⁴.

En Francia, la acogida había sido netamente menos calurosa si exceptuamos algunas tesis doctorales en derecho público³⁵ y, sobre todo, los análisis de Roger Bonnard (quien, sobre este punto, se había claramente separado de su maestro, Léon Duguit)³⁶. El derecho administrativo francés, bajo la influencia de las corrientes doctrinales mayoritarias y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se había más bien orientado hacia una concepción objetivista del derecho administrativo, cuyas obras maestras eran las nociones de competencias de las autoridades, de legalidad de los actos y de control contencioso por exceso de poder, a partir de los elementos del acto litigioso y no a partir de los derechos subjetivos de los demandantes. Los elementos esenciales de una interpretación diferente, fundada sobre los derechos públicos subjetivos de los administrados, hubiesen podido ser identificados y destacados³⁷, pero el esfuerzo teórico no ha sido realizado, al menos hasta una fecha reciente.

Es precisamente a esta concepción subjetivista de los derechos de los administrados que adhirió E. García de Enterría³⁸. La figura de derecho subje-

³³ *System des öffentlichen subjektiven Rechte*, precitado. Es cierto que las tesis de Jellinek habían sido vivamente criticadas en Alemania. Se les reprochaba haber sido elaboradas en el marco y a la imagen de los Estados autoritarios, de no haber precisado lo suficiente el vínculo entre “estatus” y los derechos subjetivos que les estaban teóricamente vinculados, de postular la personalización y la autolimitación del Estado, sin demostrarla realmente, de no distinguir claramente los derechos públicos subjetivos y los derechos privados subjetivos, etc.

³⁴ G. Vitigliano, *Sistema dei Diritti pubblici subbietivi*, sbc. Ed. Liberia, Milan, 1912; M. La Torre, “Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti libertà”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, N° 1, p. 79 et s.

³⁵ La más famosa es la de Joseph Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, SRGLA, Paris, 1899; I. Choumenkovitch, *Les droits subjectifs publics des particuliers*, A. Rousseau, 1912.

³⁶ R. Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, RD publ. 1932, p. 695 et s.; *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Delagrave, Paris, 1934; Précis de droit administratif, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1943.

³⁷ Tal es el sentido de la tesis de N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003.

³⁸ V. Entre otros el *Curso de derecho administrativo* (redactado con T. R. Fernández), desde su primera edición (Civitas, 1974); cf. T. 2, 11^e éd., 2002, p. 34 et s.

tivo, imaginada en el contexto del derecho privado, le parece extrapolable al derecho público tanto a favor de la administración que de los administrados. Los derechos públicos subjetivos de los administrados no causan problema en cuanto tratan de situaciones patrimoniales cercanas a las de derecho privado –o cuando resultan de actos administrativos particulares claramente identificables (autorizaciones, permisos, licencias, aprobaciones, exoneraciones, homologaciones, etc.)– o cuando están en juego derechos fundamentales técnicamente ajustados y eventualmente constitucionalizados (o que pueden reclamarse de una protección internacional efectiva, en el marco del derecho europeo de los derechos humanos o del derecho comunitario).

Pero hay que ir un poco más lejos e identificar un derecho subjetivo aun cuando la administración pretendería defender en primer lugar el interés general. La aplicación de normas objetivas fundadas en el interés general no supone *a priori* ninguna violación de los derechos subjetivos de los ciudadanos: esas relaciones administración-administrados no son gestionadas, por regla general, según el modo intersubjetivo. Entonces, la cuestión es saber si el ciudadano-administrado puede imponer a los órganos administrativos el respeto de la ley, al menos en algunas circunstancias.

El derecho francés contestó con cierta prudencia: si el recurso de pleno contencioso (o de jurisdicción plena) se sitúa en el “contencioso de los derechos” (recurso contractual, recursos en responsabilidad casi delictual, recursos fiscales, recursos electorales, etc.), el recurso por exceso de poder, lo sabemos, busca primero obtener la invalidación jurídica del acto atacado, sobre la base de consideraciones objetivas. La noción de interés legitimante, no juega en esa óptica sino un papel instrumental (tiene como función evitar la acción popular) pero, sin embargo, no hace subjetivo un recurso que queda fundamentalmente objetivo.

Para introducir una cierta subjetividad en un contencioso de la legalidad administrativa, E. García de Enterría usa la noción de “reproche” (*grief* = “perjuicio”), en el sentido que ese término tiene en la técnica del recurso por exceso de poder en Francia³⁹: el perjuicio [*grief*] es el elemento subjetivo gracias al que el administrado, al contestar el acto litigioso, hace valer en realidad un “derecho” subjetivo: el de no tener que soportar la ilegalidad de un acto o de un comportamiento de la administración que atentaría contra sus derechos o sus intereses.

El derecho subjetivo no solamente es el que nacería de la violación abstracta de la norma objetiva, sino que reside en el perjuicio personal sufrido por el interesado por el hecho de que la norma legal (*lato sensu*) no ha sido respetada por el órgano administrativo inculpadao. Y el recurso contencioso dirigido contra el acto administrativo está destinado a borrar el perjuicio del que se queja el demandante, al restablecer la legalidad violada. Entonces, podemos estimar que el administrado dispone efectivamente de un derecho

³⁹ Op. cit., p. 45 et s.

subjetivo cuyo recurso de anulación, a pesar de la apariencia procedural del recurso objetivo que reviste, asegura su protección legítima.

No hay necesidad de epilogar largamente sobre este análisis. La diferenciación entre, por un lado, la teoría de los derechos subjetivos de los administrados y, por otro, la teoría del recurso por exceso de poder como recurso hecho a un acto, no tiene hoy día el mismo valor simbólico que antes. En derecho francés, es de amplio conocimiento que la evolución se produjo a favor de una cierta subjetivación del recurso en anulación⁴⁰. Las carencias iniciales de la técnica del exceso de poder (simple anulación del acto, ausencia de coerción directa ejercida por el juez sobre la administración, no-reconocimiento de un derecho correlativo a favor del demandante, víctima de la ilegalidad, etc.) fueron reducidas y a veces eliminadas por reformas legislativas recientes, entre cuales las más significativas fueron:

i) la concesión al juez administrativo del poder de hacer requerimientos [*injonction* ante el juez administrativo]; desde entonces es posible precisar las consecuencias concretas de la anulación de un acto administrativo declarado ilegal;

ii) la renovación de los *référé*s administrativos (un *référé* para la suspensión y otro *référé* para la libertad) [*Référé* es un recurso de urgencia con plazos breves], que permiten al juez responder con celeridad y eficacia a las situaciones de urgencia creadas por un acto o comportamiento de la administración.

iii) además, la promoción constitucional e internacional de los derechos fundamentales (bajo el amparo, especialmente, del *Conseil Constitutionnel* y de las grandes jurisdicciones europeas) así como los avances contemporáneos de la ideología liberal contribuyeron a reforzar la protección de los administrados frente a la administración.

Como tal, la oposición entre recurso por exceso de poder del tipo francés, obstinadamente objetivizado, y los nuevos recursos en anulación, debidamente subjetivados, que aseguraría de este modo (en Alemania o en España, entre otros) una mejor protección de los administrados, llegó a ser, en muchos aspectos, obsoleta y, por tanto, inexacta.

El resultado es que la teoría de los derechos subjetivos de los administrados parece más capacitada para responder a algunas exigencias de la ideología liberal o a algunas preocupaciones de la Corte europea de los derechos humanos o de la Corte de justicia de las comunidades europeas.

⁴⁰ Nos referimos sobre este punto a las tesis de F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*. LGDJ, 2001 [Para una renovación de la clasificación de las principales vías de derecho abiertas ante las jurisdicciones de competencia general], et de N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe*, Dalloz, 2003.

A pesar de todo, nos podemos preguntar si el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos a favor de las personas públicas mismas (encabezadas por el Estado) (reconocimiento que se sitúa en la lógica misma de la teoría de los derechos subjetivos de los que disponen las personas físicas o morales, de derecho público como de derecho privado)⁴¹ no obligará tarde o temprano a un reexamen de los derechos subjetivos de los administrados –aunque solo fuera para volver a ponerlos en perspectiva en un sistema de derechos subjetivizados. En otros términos, creemos que la línea divisoria entre los derechos subjetivos de la administración y los derechos subjetivos de los administrados tendrá que ser establecida más nítidamente, puesto que las dos categorías de los derechos subjetivos ocupan el mismo campo jurídico. La teoría de los derechos subjetivos de los administrados nos parece ser parcial pero necesariamente tributaria de las de los derechos subjetivos de la administración. Pero, el esfuerzo de conceptualización de los derechos subjetivos de las personas públicas no ha sido abordado por la doctrina, a pesar de haber sido iniciado en las grandes controversias del principio del siglo XX.

Sea como sea, la concepción subjetivista de los derechos de los administrados conlleva un cierto número de consecuencias que se vuelven a encontrar en toda la obra de E. García de Enterría. Destacar el papel del juez es una consecuencia lógica de ello. El administrado, titular de los derechos subjetivos, debe poder defenderlos ante la justicia y la garantía jurisdiccional, organizada como conviene por el legislador, constituye un elemento clave del Estado de derecho contemporáneo. La plena sumisión de la administración a la ley y al derecho aparece por lo demás entre los principios de valor constitucional en la Constitución española de 1978 (art. 103-1) –así como la interdicción de lo arbitrario de los poderes públicos (art.9-3)⁴²– todas expresiones que no pueden sino legitimar y reforzar el papel del juez (en este caso, el juez administrativo, en la concepción española del contencioso administrativo).

El proceso de jurisdiccionalización debe estar acompañado de una judicialización completa de los órganos de juicio (exigencia que volvemos a encontrar a nivel europeo, con el artículo 6 de la Convención europea de los derechos humanos sobre el derecho a un juicio equitativo) y de una subjetivización definitiva del proceso administrativo (no se trata de volver a la concepción obsoleta de contencioso objetivo). La consolidación de los procedi-

⁴¹ Lo que por cierto no está contestado por E. García de Enterría (*Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 35).

⁴² Sobre este tema, V. T. R. Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998; *De la arbitrariedad de la administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997; E. García de Enterría había iniciado el debate en un artículo sobre “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” (*Revista de Administración Pública*, 1959, N° 30, y había seguido la controversia después de la promulgación de la Constitución de 1978, ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?, *Revista de Administración Pública*, 1991, N° 124, p. 211; en idioma francés, T. R. Fernández, *Le principe constitutionnel d’interdiction de l’arbitraire des pouvoirs publics en Espagne : quid novum ?*, RFDA 1999, p. 171 et s.; F. Moderne, *Sur l’arbitraire législatif*, ibid. p. 184 et s.

mientos de urgencia⁴³ es el complemento necesario de aquello y obviamente los procedimientos administrativos obligatorios, susceptibles de retardar la solución jurisdiccional de los litigios entre la administración y los administrados, debe ser en toda hipótesis circunscritas y progresivamente eliminadas.

Por otro lado, podemos estimar que la concepción misma de los derechos públicos subjetivos de los administrados lleva a una vigilancia jurisdiccional muy estricta de la Administración. El tema del control del poder discrecional de la Administración por el juez competente, dio lugar en España a una viva polémica⁴⁴, en la que E. García de Enterría mismo participó⁴⁵. La legitimidad democrática de los gobiernos no sabría ni reducir ni alterar las facultades de control del juez sobre el poder discrecional de la administración ya que esas facultades le son conferidas por la ley para asegurar una mejor protección de los derechos de los administrados.

La condenación de los actos de gobierno se sitúa en la misma lógica: corresponde, sin duda, al enfoque subjetivista, que pone énfasis en los derechos de los administrados y que inspiró en este punto la reforma del contencioso administrativo realizado en España en 1978⁴⁶.

Es cierto también que el razonamiento fue debilitado por los percances de la ley en el proceso de consolidación del Estado social de derecho. La ley perdió mucho de su majestuosidad inicial, y bajó progresivamente desde el pedestal donde la habían ubicado los revolucionarios de 1789. Fue sistemáticamente instrumentalizada por los regímenes autoritarios, y se convirtió demasiado a menudo en un medio para resolver problemas particulares; llegó a ser demasiado fácil el soporte de algunas medidas heteróclitas; dejó que su capacidad de previsión y de resistencia al tiempo se erosionara; fue además suplantada en el orden jurídico por la Constitución y sumisa a un control de constitucionalidad por un juez especial, en la mayoría de los estados democráticos, tras la Segunda Guerra Mundial –lo que hubiese sido más difícilmente concebible antes⁴⁷.

⁴³ Es aquí otro tema que afeciona E. García de Enterría (V. *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 2^e éd., Madrid, 1995).

⁴⁴ Limitándose a las obras principales, citamos: L. Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; T. R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994; M. Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995; E. Desdentado Daroca, *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1977; M. Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁴⁵ Las posturas tomadas sobre este problema polémico por E. García de Enterría están expuestas entre otros en *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 31 et s.

⁴⁶ E. García de Enterría, La definitiva erradicación de los actos políticos o de gobierno en nuestro derecho, *Revista española de derecho administrativo* 2000, N° 106, p. 231 et s.

⁴⁷ V. Sobre este punto E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, 3^e éd., 1985.

En resumen, ella ya no juega su papel clásico de norma de referencia. De aquí el valor renovado que E. García de Enterría confiere a los principios generales del derecho⁴⁸.

Bajo esta reserva (por cierto importante), la concepción de los derechos de los administrados como derechos subjetivos no ha perdido su razón de ser, en la configuración que fue retenida, particularmente por el *Curso de derecho administrativo*, desde sus primeras ediciones.

¿Es esa concepción susceptible de ser superada?

III. ...y ¿a dónde nos conduce?

¿Más allá de la toma de posición de E. García de Enterría que acabamos de exponer, habrá considerado el autor otros aprontes en la adopción de las tesis subjetivistas? Conducirían ellos a un hípersubjetivismo o ultrasubjetivismo, teóricamente concebible pero que no pareciera corresponder al estado (actual) del pensamiento del profesor madrileño.

a) Primera orientación: el derecho a la legalidad de los actos administrativos

La primera orientación habría podido ser el reconocimiento de un derecho subjetivo de los administrados a la legalidad de los actos administrativos. Este razonamiento se habría situado en el prolongamiento directo de aquel que llevó a E. García de Enterría a hacer suya la teoría de los derechos subjetivos de los administrados (véase *supra*). Hubiese sido suficiente suprimir la condición de perjuicio para el ejercicio del recurso en anulación de un acto administrativo. El único hecho que en la ley no había sido respetada por una autoridad administrativa constituiría una violación del derecho subjetivo del administrado al respecto de la legalidad y justificaría ese recurso. La demostración de que este acto produce perjuicio [*"grief"*] al interesado ya no sería necesaria nunca más.

Varios autores franceses, al final del siglo XIX y al inicio del siglo XX, trataron de hacer valer esta argumentación⁴⁹. Roger Bonnard, uno de los discípulos más famosos de Léon Duguit, no dudó en escribir que adhería totalmente a la idea de derecho público subjetivo del administrado hasta un derecho subjetivo a la legalidad administrativa⁵⁰. El derecho subjetivo a la legalidad administrativa podría ser, según Bonnard y otros autores precitados, descompuesto en tantos elementos que el acto administrativo mismo (derecho a la competencia, a la forma, a la meta y a los motivos, etc.). Pero dicha audaz concepción del subjetivismo jurídico, aplicado a las relaciones entre la administración y los administrados, no recibió una acogida entusiasta

⁴⁸ *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, 2ª ed., 1986; *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 99 et s.

⁴⁹ V. la tesis de N. Foulquier, op.cit., p. 580 et s., que cita Léon Marie, Joseph Barthélémy, Léon Michoud y sobre todo Roger Bonnard (V. *supra*)

⁵⁰ Prefacio a las 3ª y 4ª ediciones del *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1943, p. 17.

de la doctrina mayoritaria y el Consejo de Estado nunca se unió a ella oficialmente (de la misma forma que tampoco había adoptado abiertamente la teoría de los derechos públicos subjetivos *lato sensu*)⁵¹. En toda hipótesis, el reconocimiento de un derecho subjetivo a la legalidad administrativa exigiría una delimitación precisa para con la noción de interés para actuar como una condición de admisibilidad en el contencioso de la anulación –y un análisis atento de sus incidencias sobre la clasificación de los recursos.

Pero E. García de Enterría no se aventuró en esta vía: “No hay, (escribe en *Curso de derecho administrativo*)⁵² un derecho a la legalidad, al contrario de lo que pretendían Bonnard y otros”, ningún derecho subjetivo es identificable en “la violación abstracta de la norma”.

b) Segunda orientación: el principio de la confianza legítima

Una segunda orientación podría eventualmente llevar el autor más allá de la teoría de los derechos subjetivos clásicos reconocidos a los administrados: la adopción del principio llamado de confianza legítima. Si bien ese principio, heredado del derecho alemán, ha sido ordenado por el derecho europeo dentro de los principios generales que condicionan la validez de los actos de las instituciones de la Unión Europea así como los actos de derecho interno tomados para la aplicación del derecho derivado⁵³, aunque el legislador español (a diferencia del legislador francés) la haya introducido en el derecho positivo nacional⁵⁴, subsisten serias dudas en cuanto a los efectos inducidos o perverso de un tal principio que interpreta y aplica la regla de derecho a través del prisma de las “expectativas legítimas”, de las “expectativas fundadas” de los sujetos de derecho y lo vuelve entonces una utilización personalizada, en función de las percepciones subjetivas de los unos y los otros⁵⁵. La utilización desviada de este principio es inevitablemente fuente de desazones y justifica la prudencia con la que debería ser usada por el juez competente. Por cierto, observábamos que en Francia, ni el juez administrativo ni el juez constitucional lo consagraban como principio general del derecho

⁵¹ Algunos autores estiman sin embargo que la Alta Jurisdicción administrativa francesa había admitido implícitamente pero necesariamente la idea de un derecho subjetivo a la legalidad, accesorio a los derechos y libertades fundamentales (N. Foulquier, *op. cit.*, p. 612 et s.); el mismo derecho subjetivo accesorio se encuentra también en la jurisprudencia del Consejo Constitucional y de la Corte europea de los derechos humanos (*ibid.*, p. 616 et s.).

⁵² T. II, *op. cit.*, p. 46.

⁵³ V. la formulación de la decisión de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas del 14 de julio de 1972, *Azienda Colori Naturali c/ Commission*, Rec. p. 434; *ibid.*, p. 469, concl. H. Mayras.

⁵⁴ Ley N° 4/99 del 15 de enero de 1999, que modifica la ley N° 30/1992 del 26 de noviembre de 1992 relativa al régimen jurídico general de las Administraciones (art. 3): “(Las administraciones públicas) deberán igualmente respetar en sus actividades los principios de buena fe y de confianza legítima”. Sobre el problema en su conjunto, V. Entre otros F. A. Castillo Blanco, *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998; J. García Luengo, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

⁵⁵ Entre las críticas más vehementes, nos referimos entre otros, en idioma francés, à S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.

o como principio a valor constitucional⁵⁶. Las derivas (predecibles) en la manipulación del principio de confianza legítima ya suscitaron controversias en España, a propósito de la responsabilidad del Estado legislado⁵⁷.

Sin embargo, E. García de Enterría tomó firmemente posición contra esos excesos⁵⁸ y criticó entre otros el carácter constitucional del principio en términos que traducen, a nuestro parecer, serias reservas teóricas al respecto. Entonces, no está en absoluto asentado, a pesar de la acogida favorable hecha al principio de confianza legítima por el derecho positivo español, que este principio esté en medida de conducir las concepciones subjetivistas de E. García de Enterría hacia el *hipersubjetivismo* o el *ultrasubjetivismo*. Pues, además, a lo largo de su larga carrera, el autor que honramos hoy día se esforzó siempre por quedarse en el camino de la derecha razón.

Bibliografía citada

- ALONSO GARCÍA, M. C. (1999). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid, Marcial Pons, 177 pp.
- BACIGALUPO, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*. Madrid, Marcial Pons, 338 pp.
- BARTHÉLÉMY, Joseph (1899). *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*. Paris, SRGLA, 204 pp.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995). *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, Tecnos, 278 pp.
- BONNARD, R. (1932). Les droits publics subjectifs des administrés. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, v. 49, pp. 69-728.
- BONNARD, R. (1934). *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*. Paris, Delagrave, 266 pp.
- BONNARD, R. (1943). *Précis de droit administratif*. Paris, LGDJ, 4^e éd., 786 pp.
- BÜHLER, O. (1914). Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen verwaltungsprechung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Berlin, Stuttgart, pp. 580-610.
- BÜHLER, O. (1927). Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechts. *Festgabe für Fleiner*, zum 60, Geburtstag 24, Januar 1927, pp. 26-58.
- CALMES, Sylvia (2001). *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Francia, Dalloz, 728 pp.
- CASSESE, S. (2003). *Diritto amministrativo generale*. Milan, Giuffrè, T. I, 2422 pp.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (1998). *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid Marcial Pons, 382 pp.
- CHOUMENKOVITCH, I. (1912). *Les droits subjectifs publics des particuliers*. Paris, A. Rousseau, 206 pp.
- COLEMAN, Janet (1989). Guillaume d'Occam et les notions de sujet. *Archives de philosophie du droit*, N° 34, pp. 25-32.

⁵⁶ Véase nuestro estudio, "A la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime", in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 595 et s.

⁵⁷ R. Galan Vioque, *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001; M. C. Alonso García, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. Concheira del Río, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, Dijusa Editorial, Madrid, 2001, etc.

⁵⁸ E. García de Enterría, El principio de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, *Revista de Administración Pública* 2002, N° 159, p. 173 et s.

- CONCHEIRA DEL RIO, J. (2001). *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Madrid, Dijusa Editorial, 980 pp.
- COTTA, S. (1977). Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité. *Archives de philosophie du droit*, Vol. 22, pp. 23-30.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1977). *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*. Madrid, Civitas, 160 pp.
- DUGUIT, León (1901). *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris, Fontemoing, 623 pp.
- DUGUIT, León (1903). *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Fontemoing, Paris, 774 pp.
- DUGUIT, León (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Paris, F. Alcan, 154 pp.
- DUGUIT, León (1927). *Traité de droit constitutionnel*. Paris, De Boccard, 3ª ed., 1744 pp.
- DUGUIT, León (2003). *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris, Dalloz, 623 pp.
- ESCARRAS, V. J. C. (1972). *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction*. Paris, LGDJ, 432 pp.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid, Civitas, 267 pp.
- FERNÁNDEZ, V. T. R (1998). *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid, Civitas, 176 pp.
- FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón (1997). *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid, Civitas, 2ª ed., pp.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1999). Le principe constitutionnel d'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics en Espagne: quid novum? *RFDA*, N° 1, pp. 171-187
- FOULQUIER, N. (2003). *Les droits publics subjectifs des administrés français du XIXe au XXe siècle*. Paris, Dalloz, 805 pp.
- GALAN VIOQUE, R. (2001). La responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, N° 155, pp. 285-330.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, N° 30, pp. 131-166.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1961). *La administración española*. Madrid, Alianza Editorial, 164 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1970). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, Tecnos, 302 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1972). *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid, Taurus, 119 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1974). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid, Civitas, 99 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. Madrid, Civitas, 3ª ed., 264 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid, Civitas, 2ª ed., 182 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991). ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? *Revista de Administración Pública*, N° 124, Enero/Abril, pp. 211-228.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1994). *La lengua de los derechos*. Madrid, Alianza, 226 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995). *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid, Civitas, 204 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1995). *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid, Civitas, 2ª ed., 384 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1997). *El derecho, la ley y el juez*. Madrid, Civitas, 96 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999). *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas, 110 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000). La definitiva erradicación de los actos políticos o de gobierno en nuestro derecho, *Revista española de derecho administrativo*, N° 106, abril-junio, pp. 231-233.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2001). *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*. Madrid, Civitas, 128 pp.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2001). *La lengua de los derechos*. Madrid, Civitas, 228 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2002). El principio de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, N° 159, pp. 173-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (año). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 11 ed., T I, 865 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 8 ed., T II, 751 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Ramón (2008). *Curso de derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 11 ed., T II, 754 pp.
- GARCÍA LUENGO, J. (2002). *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 512 pp.
- GMÜR, Rudolf (1981). *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden*. Berne, Stampfli, 383 pp.
- HAURIUO, (M). (2002). *Précis de droit administratif et de droit public. Préfaces Delvolvé P. et Moderne, F. Avant-propos à la réédition du Cours de droit public et administratif*. Paris, Dalloz, (12e éd.), 1150 pp.
- HEGEL, G.W.F. (1986). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Francfort, Suhrkamp, 531 pp.
- JELLINEK, G. (1892). *System der öffentlichen subjektiven Rechte*. Mohr, 348 pp.
- JELLINEK, G. (1912). *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Traducción G. Vitigliano. Milan, Società Editrice Libreria, 402 pp.
- KANT, I. (1787). *Metaphysik der Sitten*. Edition de K. Vorländer, Hamburg, Meiner, 1954.
- LA TORRE, M. (1982). Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti libertà. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XII, N° 1, junio, pp. 79-116.
- LOCKE, John y SEAL CARPENTER, William (1924). *On civil Government. Two treatises*. Londres & Toronto, J.M. Dent & Sons Ltd., 242 pp.
- MELLERAY, F. (2001). *Essai sur la structure du contentieux administratif français*. Paris, LGDJ, 466 pp.
- MODERNE, F. (1999). Sur l'arbitraire législatif. *R.F.D.A.*, núm. 15-1, pp. 184 y siguientes.
- MODERNE, F. (2002). A la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime. En : Dalloz-null [auteur], *Au carrefour des droits - Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 595-617.
- ORESTANO, R. (1978). *Azione, diritti soggettive, persona giuridica*. Bologna, Il Mulino, 301 pp.
- PAREJO ALFONSO, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, Tecnos, 224 pp.
- RICHARD, Pascal et Fumaroli, V. (2003). Le droit administratif italien en quête de racines. *Revue française de droit administratif*, N° 4, juillet-août 2003, pp. 751-762.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, Tecnos, 168 pp.
- THIEME, Hans (1953). Natürliche Privatrecht und Spatscholastik. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung LXX*, 1953, pp. 230-266.
- THON, August. (1878). *Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Weimar, H. Böhlau, 374 pp.
- VILLEY, Michel (1946-1947). L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains. *Revue de droit français et étranger*, Series 4, 24, pp. 201-227.
- VILLEY, Michel (1975). *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris, Montchretien, 718 pp.
- WIEACKER, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Goettingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 659 pp.

Jurisprudencia citada

Corte de Justicia de las Comunidades Europeas del 14 de julio de 1972, *Azienda Colori Naturali c/ Commission*,

Normas citadas

Ley N° 4/99 del 13 de enero de 1999, que modifica la Ley N° 30/1992 del 26 de noviembre de 1992 relativa al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Ley Española).

El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y vacilaciones durante 2019

Alejandro Vergara Blanco

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile

Este texto es la continuación de un trabajo anterior sobre las líneas y vacilaciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema en veinte temas de derecho administrativo durante la década 2008-2018; el que ahora se actualiza para el año calendario 2019. Sintetiza y gráfica el resultado de una investigación de un caudal de 333 sentencias de la Corte Suprema del año 2019 en veinte temas relevantes de la praxis del derecho administrativo. Su formato es sintético. Respecto de cada tema se señala: los hechos que dan origen a la conflictividad; la *ratio iuris decidendi*; gráficos en que queda en evidencia la conducta lineal o zigzagueante tanto de la Sala como de sus ministros y abogados integrantes; un análisis de tal comportamiento; y, un recuento exhaustivo de sentencias. El resultado es distinto al del primer estudio: si bien persisten algunas vacilaciones de la Corte Suprema, ahora durante 2019 se exhibe una nueva tendencia dirigida a ofrecer precedentes; existe un aumento de temas con jurisprudencia uniforme. No obstante que se mantienen alguna conducta errática de algunos de sus ministros y abogados integrantes.

Palabras clave: Jurisprudencia de derecho administrativo, Vacilaciones de la jurisprudencia, Corte Suprema, *ratio iuris decidendi*, comportamiento judicial.

This text is the continuation of a previous work on the lines and vacillations of the jurisprudence of the Supreme Court in twenty subjects of administrative law during the 2008-2018 decade; which is now updated for the 2019 calendar year. It synthesizes and graphs the result of an investigation of a volume of 333 Supreme Court judgments of the year 2019 on twenty relevant issues of the praxis of administrative law. Its format is synthetic. Regarding each issue, it is indicated: the facts that originated the conflict; the *ratio iuris decidendi*; graphics that evidences the linear or zigzagging behavior of both the Chamber as of its ministers and member attorneys; an analysis of such behavior; and, an exhaustive count of rulings. The result is different from that of the first study: although some vacillations of the Supreme Court persist, now during 2019 there is a new trend aimed at offering precedents. There is a slight increase in topics with uniform jurisprudence. However, some erratic conduct of some of its member ministers and member attorneys is maintained.

Keywords: Jurisprudence of administrative law, vacillations of jurisprudence, Supreme Court, *ratio iuris decidendi*, judicial behavior.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Esta es la continuación de un estudio anterior¹; ese estudio estuvo dedicado a describir la escena jurisprudencial que dominó durante la década de 2008 a 2018 en la Corte Suprema, en veinte temas relevantes de la disciplina del derecho administrativo². La actual investigación fue realizada sobre un caudal de 333 sentencias de la Corte Suprema del año 2019 en los mismos veinte temas del estudio anterior.

En esta continuación se mantiene el método de trabajo del anterior estudio, como se explica en la primera parte. En la segunda parte se ofrecen, en sus tres apartados, los resultados: el escenario jurisprudencial, explicado; los gráficos y el listado completo de las sentencias respectivas. Cierran el trabajo unas breves conclusiones.

Primera Parte: Método de trabajo y explicación de cada uno de los veinte temas

1. Método de trabajo: *Ratio iuris decidendi* idéntica en casos comparados y exhaustividad de la muestra

El método de trabajo que he seguido es el usual en toda recopilación exhaustiva de fuentes del derecho. Es el mismo de la anterior investigación, que puedo sintetizar así: Se inicia con la selección de sentencias de cada uno de los temas de la muestra (i); y, para darle validez a la muestra, cabe verificar que haya exactitud o igualdad en la *ratio iuris decidendi* de todos los casos que se comparan (ii).

i) *selección de las sentencias*. La selección de las sentencias tiene que ser el resultado de una búsqueda rigurosa (en este caso en: www.poderjudicial.cl, sin perjuicio de la ayuda inestimable que proveen otras bases de datos confiables: Thomson Reuters Chile y de vLex Chile). De esas bases se han seleccionado todas las sentencias. De este modo esta muestra permitirá ofrecer la conclusión que se busca: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia en cada tema analizado.

¹ El estudio anterior fue publicado en esta *Revista* N° 28 (2019) Número especial, 184 pp. [alocado en el sitio web de la *Revista* y en los sitios en que se encuentra indexada]. Ambos estudios han sido realizados en el marco de las tareas del *Observatorio jurisprudencial* del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es el resultado de una investigación para la que he contado con la inestimable colaboración del equipo de ayudantes del Programa, quienes tuvieron a su cargo la búsqueda, selección, fichaje, confección de gráficos y elaboración del listado de sentencias. Debo agradecerles por su dedicación y meticoloso trabajo de este año a Valentina Danús, Carolina Carcamán y Maximiliano Baeza.

² La investigación de la jurisprudencia de derecho administrativo es más amplia y cubre muchos otros temas, los que se suelen incorporar en comentarios de la jurisprudencia, en libros dedicados a la disciplina o en apuntes dirigidos a la enseñanza. Para estas publicaciones, por ahora, he elegido esos veinte temas que son harto actuales y relevantes en la praxis de la disciplina.

ii) *igualdad o exactitud de la materia y casos de la muestra*. Ratio iuris decidendi. Si bien es verdad que cada caso es distinto (ello es obvio: suelen ser distintas las partes, las épocas o el origen del conflicto, etc.), la muestra se realizó luego de un trabajo previo de *reducción* de la temática de cada sentencia hasta llegar a la identificación de las respuestas jurisprudenciales a una *temática muy específica*, casi siempre a la interpretación de una misma norma, o conjunto de normas, o a una identidad del *factum*, esto es, de los hechos. Esto es, a una misma *ratio iuris decidendi* [=razón jurídica de la decisión]. De ahí que podemos decir que en todas las sentencias colacionadas en cada caso hay identidad de base fáctica y regulatoria: unos mismos hechos y un mismo derecho de base y, por ende, una misma (o desigualmente) *ratio iuris decidendi* para una causa igual.

Explico lo anterior pues la pretensión de este estudio es que todos los casos colacionados para cada materia sean una muestra empíricamente comparable, y así ser la base exacta de las conclusiones que se buscan: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia.

2. Explicación de cada tema e información que ahora se ofrece

En la primera publicación de esta investigación cada uno de los veinte temas fue explicado considerando y ofreciendo la siguiente información: i) los hechos que dan origen al tipo de conflicto y la regulación del mismo; ii) la *ratio iuris decidendi* específica de cada tema; iii) el escenario jurisprudencial; y iv) gráficos de comportamiento de salas, ministros y abogados integrantes

Al respecto, en esta publicación, referida a los mismos veinte temas: omitimos completamente la información ofrecida en i) y ii), por lo que cabe remitirse a lo allí explicado; ello para evitar repeticiones en este sitio; pero, se ofrece una información enteramente nueva (como es natural) y relativa a los resultados del año 2019, en cuanto a las informaciones referidas en iii) y iv), esto es: el escenario jurisprudencial y los gráficos.

De ahí que en la Segunda Parte la explicación de cada tema esté referido al escenario jurisprudencial (comparándolo con el de la década anterior) y a los gráficos respectivos. Además, al final se agregan los listados de sentencias.

Segunda Parte: Veinte temas de derecho administrativo ante la Corte Suprema (2019)

Una advertencia cabe realizar: este es un trabajo de recopilación de sentencias sobre los veinte temas que se indican. Al realizar esta búsqueda en algunos casos no se encontró sentencia alguna referida al tema respectivo. Es el caso de los temas bajo los números 10, 11, 17, 19 y 20. Si bien tales temas se mantuvieron en la numeración y subtítulos, ahí solo se consigna esta circunstancia.

A. Escenario jurisprudencial en cada tema

I. Conflictos durante el procedimiento administrativo

1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

Desde el 2011 a la actualidad ha sido uniforme, aplicando la regla del artículo 25 de la LBPA.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala ha sido uniforme durante 2019 en cuanto a la aplicación del artículo 25 de la LBPA para el cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto los ministros como los abogados integrantes han mantenido esa misma línea.

Gráficos

Véase Gráficos 1.1 y 1.2, más adelante.

2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

1°. Los ministros Brito y S. Muñoz sostienen la postura minoritaria que aboga por el cumplimiento de los plazos por parte de la Administración y reconocen que sí existen los plazos fatales. Es un criterio garantista y minoritario.

2°. La Tercera Sala sostiene en la mayoría de los casos que el plazo del artículo 27 de la LBPA no es fatal. Pero, cuando las demoras exceden el plazo de 2 años, se inclina por una postura intermedia, llamada del "decaimiento". Si no se cumplen los requisitos para el decaimiento se inclina por la postura que sostiene que no hay plazos fatales para la Administración.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema ha mantenido un criterio uniforme durante 2019, en cuanto a que el plazo del artículo 27 de la LBPA no es fatal. Sin embargo, dentro de ese criterio distinguimos dos posturas, ya que en *Almonacid* (2019) falló que los plazos no son fatales para la Administración, mientras que en *Clínica Alemana* (2019) optó por la postura intermedia, resolviendo que lo que aplica es el decaimiento del acto administrativo. En *Reveco* (2019) la CS opta ¡por los dos criterios!, esto es, afirma que los plazos son fatales y, a la vez, señala que solo si la demora excede los dos años se trataría de una antijuridicidad (¿?).

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*. Se ha mantenido un criterio en apariencia único, consistente en que los plazos no son fatales para la Administración, sin perjuicio de que desde *Clínica Alemana* (2019) adoptan la postura intermedia, resolviendo que lo que aplica en la especie es el decaimiento del acto administrativo (a pesar de que renglones antes, esos mismos ministros afirman que los plazos no son fatales, pero en este caso sería una fatalidad de dos años).

Sin embargo, si comparamos el comportamiento de los ministros y abogados integrantes durante este año con el período anterior (2008-2018), podemos observar lo siguiente: el ministro Aránguiz en algunos casos elige el criterio 1 y en otros el criterio 2 del gráfico. En efecto, desde *Muebles Issaurat* (2017) ha sostenido uniformemente que el plazo del artículo 27 de la LBPA no es fatal, inclinándose en algunos casos por la postura 1 del gráfico, pero en otros como *Clínica Alemana* (2019) se inclina por la postura 2, del decaimiento (estos es, el plazo sería fatal a los dos años).

El ministro S. Muñoz, por su parte, en los años 2010, 2011 y 2012 votó por la postura 2 (del decaimiento), luego en 2013 votó por la postura 3, en seguida en 2017 votó una vez por la postura 2, para luego mantenerse hasta 2018 en la postura 3 (o sea, hizo una variación en 2013 y un zigzag en 2017); ahora, se mantiene en la postura 3, en un desarrollado voto, en *Reveco* (2019). Esto es, este ministro, en ocho ocasiones ha fallado por la postura 2 y en trece ocasiones lo ha hecho por la postura 3, siendo esta última su actual posición, al parecer. Las ministras Sandoval y Vivanco cambian su posición desde la postura 1 a la 2 durante 2019; durante los años anteriores la ministra Sandoval visitó ambas posturas; y la ministra Vivanco había votado por la primera postura. En apariencia, ambas posturas (1 y 2) reflejan para esos ministros un mismo criterio, consistente en que el plazo de seis meses del artículo 27 de la LBPA no es fatal; pero, como se dice más arriba, la postura 2 termina incorporando un criterio de fatalidad, pero de un plazo mayor: de dos años; lo que es una incoherencia con el predicamento general de que los plazos no serían fatales.

De ahí que se consignan tres posturas en los gráficos.

Gráficos

Véase Gráficos 2.1 y 2.2, más adelante.

3. *Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

Existe una línea jurisprudencial uniforme tanto de la corte como de ministros y abogados integrantes.

Escenario jurisprudencial 2019

Tanto la Sala Tercera de la Corte Suprema como sus ministros y abogados integrantes han mantenido durante 2019 la uniformidad del periodo anterior, reconociendo la esencialidad de la audiencia previa del interesado en el procedimiento administrativo de invalidación.

Gráficos

Véase Gráficos 3.1 y 3.2, más adelante.

4. *Plazo de la administración para ejercer potestad sancionatoria*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Conducta de la Tercera Sala.* La jurisprudencia de la Corte Suprema mostró zigzagueos, cambiando de tendencia en la medida que fue cambiando la integración de la sala. No obstante lo anterior, desde el caso *Albala* (2015) se ha mantenido uniforme, la que se ve interrumpida únicamente por el caso *Fisco con Industrial* (2015), el cual fue fallado por la Primera Sala.

b) Conducta de ministros y abogados integrantes

i. Línea que aplica las normas del CC. Se mantienen estables los ministros Pierry, Egnem y Aránguiz.

ii. Línea que aplica las normas del CP. Se mantienen dentro de la tendencia Carreño y S. Muñoz, quien cambia de tendencia en el último fallo recopilado. Cambia de parecer la ministra Sandoval, quien en un primer momento abrazó la tesis que aplica el CP, y luego abraza la tendencia que aplica luego las normas del CC, pero sin zigzaguo.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2019, la Corte Suprema mantuvo un criterio uniforme, consistente en aplicar el plazo de cinco años contemplado en el Código Civil, como plazo de la Administración para ejercer la potestad sancionatoria.

b) Conducta de ministros y abogados integrantes.

i. La línea que plantea la aplicación de las normas del Código Civil –particularmente el artículo 2595–, es seguida durante 2019 por los ministros Aránguiz, Sandoval, Vivanco y S. Muñoz.

ii. Votan por la aplicación de las normas del Código Penal, el abogado integrante Pallavicini, y el ministro Lagos.

iii. El ministro Prado cambia su voto: en una ocasión vota por una tendencia, y en otra ocasión vota por la contraria. Si se considera también el comportamiento de ministros y abogados integrantes durante el período 2008-2018, el ministro Prado incurre en dos zigzagueos, ya que en *Laboratorios Lafi A (2018)* estuvo por la aplicación de las normas del Código Penal, y durante 2019 votó por ambas posturas, siendo el último de estos pronun-

ciamientos en *Laboratorios Pharma Investi (2019)*, a favor de la aplicación del Código Civil.

Gráficos

Véase Gráficos 4.1 y 4.2, más adelante.

5. *Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

La Corte Suprema fue muy consistente y aplicó la regla del 54 inc. 2° de la LBPA respetando el derecho del administrado al íntegro cómputo del plazo para accionar ante tribunales, salvo dos excepciones: *Amodeo con Compín (2009)* y *Mansilla con Compín (2010)*. En ambos casos con votos disidentes del Ministro Brito, quien estuvo por aplicar la regla del artículo 54 inc. 2°. Hubo cambio de votos de los ministros Pierry y Carreño y del abogado integrante Gorziglia.

Escenario jurisprudencial 2019

Tanto la Tercera Sala de la Corte Suprema como sus ministros y abogados integrantes han sido consistente durante 2019 respecto al reconocimiento del derecho a interrupción del plazo para ejercer recursos jurisdiccionales, contemplado en el artículo 54, inciso 2° de la LBPA.

Gráficos

Véase Gráficos 5.1 y 5.2, más adelante.

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. *Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

La Corte ofreció una línea uniforme, siguiendo la tesis mayoritaria, aplicando las normas del CC respecto de los efectos patrimoniales de la acción. Zigzaguean el ministro Prado y los abogados integrantes Matus y Quintanilla. El ministro S. Muñoz se mantiene de manera uniforme en la postura minoritaria que sostiene la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala ha sido uniforme durante 2019, siguiendo la misma línea que sostuvo durante el período anterior, decidiendo la aplicación de las normas de prescripción del Código Civil.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En este asunto, no hay cambio de votos por parte de quienes constituyen la sala, manteniendo

una tendencia uniforme durante este período. Al comparar la situación del año 2019 con la del período 2008-2018, se puede extraer que el ministro Prado mantuvo el criterio que sostuvo en *Corporación (2018)*, dejando de lado el zigzagueo en que incurrió anteriormente. Por su parte, el ministro S. Muñoz se mantiene uniforme en la postura disidente, sosteniendo que tanto la acción de nulidad de derecho público como sus efectos patrimoniales son imprescriptibles.

Gráficos

Véase Gráficos 6.1 y 6.2, más adelante.

7. *Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

La jurisprudencia de la Corte Suprema falló de manera zigzagueante, pero aplicando mayoritariamente la LBPA. Después del caso *Agrícola (2012)* se deja por completo la línea que aplicaba el Código Civil, y la Corte se divide entre dos posturas: la de aplicar la LBPA o el CPC. La ministra Egnem y el abogado integrante Lagos, a partir del 2015 cambian desde la postura que aplicaba el Código Civil para adoptar la del CPC; pero una vez variada su posición se mantienen firmes en esa postura; esto es, no zigzaguean. Los ministros S. Muñoz, Pierry, Sandoval y el abogado integrante Rodríguez se mantienen firmes a partir del año 2013 en la postura que aplica la LBPA. Zigzaguean principalmente los ministros Aránguiz y Prado. La abogada integrante Etcheberry vota de acuerdo al CPC en la Cuarta Sala, pero cambia su voto en un caso posterior en la Tercera Sala.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala ha sido uniforme durante 2019 en cuanto a la aplicación del artículo 25 de la LBPA respecto al cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos, con lo cual abandona el constante zigzagueo mantenido durante el periodo 2008-2018.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Los ministros y abogados integrantes también han mantenido una única opinión durante el 2019, aplicando el mencionado artículo 25 de la LBPA. De lo anterior, podemos inferir que ministros que anteriormente zigzaguearon, como Aránguiz y Prado, han uniformado su criterio, dejando de lado las vacilaciones. La ministra Chevesich, por su parte, en *Miranda (2019)* estuvo por la aplicación del artículo 66 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, si comparamos con el período anterior, podemos concluir que mantiene un criterio lineal, ya que votó de la misma forma en *Albasini (2017)* y *Transportes (2017)*.

Gráficos

Véase Gráficos 7.1 y 7.2, más adelante.

8. *Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad patrimonial de la Administración*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

Entre 2008 y 2018, la Corte Suprema falló de manera uniforme según el criterio que promueve la aplicación de las normas del Código Civil a casos en que se presentan acciones indemnizatorias por responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, el ministro S. Muñoz mantiene constante y uniformemente su voto minoritario.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema ha mantenido de manera consistente el criterio sostenido uniformemente durante el período anterior, en que la acción indemnizatoria por falta de servicio, seguida contra de los órganos administrativos, prescribe de acuerdo al plazo señalado en el artículo 2332 del Código Civil.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Ministros y abogados integrantes votaron de manera uniforme durante 2019, siguiendo la tendencia del período 2008-2018. El ministro S. Muñoz mantiene su postura disidente en este aspecto, planteando que las normas contenidas en el Código Civil relativas a la prescripción no son aplicables en materia de acciones indemnizatorias por responsabilidad del Estado, fundándose principalmente en que los principios inspiradores del Derecho Público no son compatibles con aquellos que se encuentran en el Derecho Privado.

Gráficos

Véase Gráficos 8.1 y 8.2, más adelante.

9. *Prescripción de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Conducta de la Corte Suprema.* La jurisprudencia cambiaba según la sala de la Corte Suprema que conoció las causas. En un primer período (desde 2008 hasta mediados del 2013), en los casos los conoció la Tercera Sala hubo una tendencia marcada por la aplicación de las normas del CC. En un segundo período (desde fines del 2013 hasta 2018), comienza a conocer estos casos la Segunda Sala, con lo que se asienta la tendencia contraria, esto es, la imprescriptibilidad de la acción, la que fue estable desde el año 2014.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*. En este asunto, no hubo cambios de votos por parte de quienes integran las salas respectivas, manteniendo sus votos.

i. Línea que considera prescriptible la acción. Los ministros de la Tercera Sala Carreño, Pierry, Sandoval y Prado se mantienen en esta tendencia, sin zigzagueos.

ii. Línea que considera imprescriptible la acción. En esta línea se encuentran los ministros de la Segunda Sala Dolmestch, Künsemüller, Brito y S. Muñoz, todos con votaciones uniformes.

Escenario jurisprudencial 2019

Tanto la Segunda Sala de la Corte Suprema como sus ministros y abogados integrantes, la que ha conocido todos los casos, ha mantenido un criterio uniforme durante 2019, sosteniendo la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado. Con esto, ratifica la postura que ha seguido desde 2015.

Gráficos

Véase Gráficos 9.1 y 9.2, más adelante.

10. Legitimación activa para ejercer la acción de protección

La Corte Suprema no conoció casos relativos a esta materia durante el año 2019.

11. Procedencia y alcance de la acción de mera certeza

La Corte Suprema no conoció casos relativos a esta materia durante el año 2019.

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Conducta de la Cuarta Sala*. La jurisprudencia fue zigzagueante en esta materia, mostrando uniformidad solo en un primer período.

b) *Conducta de los ministros y abogados integrantes*. Los ministros y abogados integrantes no mantienen su voto durante el período estudiado, salvo algunas excepciones, como la ministra Chevesich, quien siempre aboga por la aplicación de las normas del CT a las relaciones surgidas en virtud de un contrato a honorarios. Zigzaguean los ministros Blanco y A. Muñoz y la abogada integrante Etcheberry.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la Cuarta Sala*: Podemos distinguir dos períodos:

i) *Primer semestre: continúa el zigzaguo*. Durante un primer período (hasta mayo) la Cuarta Sala continuó con los zigzagueos jurisprudenciales, resolviendo en dos sentidos. Una tendencia dictaminó que no debía aplicarse la normativa contenida en el Código del Trabajo a las relaciones existentes entre la Administración del Estado y una persona natural en virtud de un contrato a honorarios. La otra tendencia resolvió que debía hacerse un análisis de la naturaleza de la mentada relación; en algunos casos se configuró una relación laboral y por ende, se puede aplicar el Código del Trabajo y en los demás, el vínculo se rige por las normas del Estatuto Administrativo.

ii) *Segundo semestre: ¡La Cuarta Sala dejó de zigzaguear!* No obstante lo anterior, a partir del caso *Domínguez* (2019), de junio, la jurisprudencia de la Sala se estabiliza completamente, resolviendo el mencionado caso y los sucesivos sin darle aplicación al Código del Trabajo. En contraste con lo ocurrido durante el periodo 2008-2018, podemos ver entonces en el año 2019 una tendencia que apunta hacia la uniformidad jurisprudencial. Sin embargo, solo en el futuro sabremos si esta actual uniformidad se encuentra del todo consolidada.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*: En relación a este aspecto, debemos distinguir dos momentos.

i) *Algunos ministros siguen zigzagueando*. El primer período (hasta mayo) se distingue por los votos zigzagueantes realizados por la mayoría de los integrantes de la Sala, con excepción de la Ministra Chevesich, quien se mantiene uniforme en su votación.

ii) *¡Ahora todos los ministros dejan de zigzaguear!* El segundo período (desde junio), que se inicia con el caso *Domínguez* (2019), de junio, muestra estabilidad en los votos de aquellos que antes habían zigzagueado, manteniéndose, nuevamente, la Ministra Chevesich estable en su votación contraria a la mayoría. En relación a los fallos dictados entre los años 2008-2018, podemos ver que la conducta de los integrantes de la Sala no sufrió variación alguna hasta la resolución del mencionado caso *Domínguez* (2019). Con ese fallo, el Ministro Blanco y la Ministra A. Muñoz comienzan a votar en un solo sentido, manteniéndose uniformes hasta el final del período estudiado.

Gráficos

Véase Gráficos 12.1 y 12.2, más adelante.

13. Término anticipado de empleos a contrata

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Conducta de la Tercera Sala*. En esta materia, la Tercera Sala de la Corte Suprema zigzagueó constantemente.

b) *Conducta de los ministros y abogados integrantes.* Los ministros y abogados integrantes cambiaron continuamente su voto, salvo algunas excepciones, como la ministra Egnem quien, en general se mantiene dentro de una tendencia, zigzagueando solo en contadas oportunidades. Es el mismo caso de los ministros S. Muñoz y Carreño.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la Tercera Sala.* Continúan los zigzagueos por parte de la Sala en esta materia. Se pueden distinguir tres períodos: el primero, zigzagueante por parte de la Sala; un segundo período que inicia con el caso *De la Fuente* (2019), de mayo, en el que se muestra una clara tendencia a no aceptar la precariedad de los empleos a contrata existentes en la Administración del Estado; y, por último, al finalizar el año, una nueva serie de zigzagueos, resolviendo la Tercera Sala en un sentido y en otro indistintamente. Entonces, en relación a los fallos del período 2008-2018, no se ve por parte de la Sala la consolidación de una tendencia jurisprudencial, esto, principalmente, por el constante cambio de integración de la Sala y por los ya mencionados zigzagueos de sus ministros.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Durante el 2019, la mayoría de los ministros y abogados integrantes de la Sala zigzaguean constantemente, mostrando sin embargo en algunos períodos cierta estabilidad en su votación; en algunos casos podemos ver que votan de acuerdo a una tendencia, luego, resuelven conforme a la tendencia contraria y por último, fallan nuevamente de acuerdo a la primera tendencia; esto, en sucesivas ocasiones durante el período estudiado. Muestra de ello son los votos zigzagueantes de los ministros Prado, Aránguiz y Vivanco. La excepción a este comportamiento es la votación del ministro S. Muñoz, quien vota de manera uniforme, acogiendo la tendencia de no aceptar la precariedad del empleo a contrata. Mantiene también estable su votación el abogado integrante Pallavicini quien, al contrario, acepta la precariedad de los mencionados empleos. En comparación con lo ocurrido en el período 2008-2018 no hay grandes variaciones en las conductas de los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala, manteniéndose uniforme solo la votación del ministro S. Muñoz.

Gráficos

Véase Gráficos 13.1 y 13.2, más adelante.

14. Desviación de poder en las desvinculaciones de los funcionarios a contrata

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Comportamiento de la Tercera Sala.* Es posible distinguir dos períodos:

i. Período 2011 a 2014. La Corte mantuvo un único criterio, identificando y reconociendo el vicio de desviación de poder.

ii. Período de 2014 a 2018. Aquí se observó no solo un constante zigzaguo sino también una usual discrepancia de criterios en la resolución de los distintos casos. Una notoria dispersión de criterios de resolución. De hecho, está tan fracturada o dividida la sala que en todas las sentencias hay votos disidentes en uno u otro sentido.

b) *Comportamiento de ministros y abogados integrantes.*

i. La línea que reconoce el vicio de desviación de poder en estos casos ha sido seguida por los ministros Pierry, Sandoval y Carreño (los que, sin embargo, cambian constantemente sus votos) y S. Muñoz (quien se mantiene constantemente en la línea que él sigue, sin cambiar nunca su voto).

ii. La segunda línea, que desconoce la ilegalidad, ha sido seguida por los ministros Egnem, Sandoval y Prado, los que, sin embargo, vacilan constantemente, salvo el abogado integrante Matus quien en esta ocasión se mantiene en una sola línea.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la Tercera Sala.* Durante el año 2019 mantiene el zigzaguo respecto al reconocimiento o desconocimiento de la desviación de poder como vicio de legalidad en la desvinculación de funcionarios a contrata. Sin embargo, a contar del mes de mayo, en *Ganga* (2019), mantuvo una postura uniforme, en cuanto al reconocimiento de la desviación de poder en tales desvinculaciones.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Existen dos líneas:

i) La línea que reconoce el vicio de desviación de poder ha sido seguida por los ministros Vivanco, Aránguiz y Prado (los que, sin embargo, han incurrido en zigzagueos durante el año 2019, situación que se viene arrastrando desde el período anterior en el caso de Aránguiz y Prado). El ministro S. Muñoz también sigue esta postura, pero de manera uniforme, sin cambiar de voto.

ii) La segunda línea, que desconoce la desviación de poder en la desvinculación de funcionarios a contrata, ha sido seguida durante 2019 por la ministra Sandoval, sin embargo, ésta vuelve a incurrir en zigzagueos.

Gráficos

Véase Gráficos 14.1 y 14.2, más adelante.

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata*

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

a) *Comportamiento de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala zigzagó constantemente.

b) *Comportamiento de ministros y abogados integrantes.* Votaron por acoger los recursos de protección, inclinándose por la garantía de la igualdad, los ministros Brito, S. Muñoz y Pierry (sin perjuicio que este último cambia su voto constantemente). El ministro Cerda se inclina, exclusivamente, por la garantía de la propiedad. La línea que rechaza los recursos de protección, es seguida por los ministros Pierry, Sandoval, Egnem, Aránguiz y Prado, y el abogado integrante Quintanilla. Sin perjuicio todos ellos cambian de voto constantemente.

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala mantiene durante los primeros meses del año el zigzagueo constante del período anterior. Sin embargo, a partir del mes de junio, específicamente en *Barahona* (2019), unificó su criterio en pos de aceptar el recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata, fundándose para ello, principalmente, en una vulneración a la garantía de la igualdad ante la ley. La estabilidad en los fallos de la mencionada sala se mantiene durante algunos meses, volviendo a su conducta zigzagueante con el caso *Pavez* (2019), dando cuenta, hasta el término del año, de múltiples resoluciones en uno y otro sentido. En relación a la conducta mostrada por la Sala durante el período 2008-2018 no hay mayores cambios, dada la continuidad del zigzagueo, la cual solo se ve interrumpida por ciertos fallos sucesivos que se resuelven en un mismo sentido.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala zigzaguean constantemente durante el 2019, admitiendo y rechazando al recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculaciones de funcionarios a contrata. Sin embargo, encontramos posturas uniformes, como la del ministro S. Muñoz, quien se mantiene absolutamente estable en sus votos, aceptando el recurso de protección como vía idónea respecto a casos de desvinculación de funcionarios a contrata. Contrario al comportamiento descrito anteriormente, zigzagueando constantemente, son los ministros Prado, Vivanco, Sandoval y el abogado integrante Pallavicini; este último, al final del período analizado muestra una votación uniforme.

Durante el período 2008-2018, los integrantes de la Tercera Sala, en su mayoría, zigzaguearon constantemente. En virtud de lo señalado anteriormente, no existe cambio en el comportamiento tanto de ministros como de abogados integrantes en esta materia.

Gráficos

Véase Gráficos 15.1 y 15.2, más adelante.

IV. Conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos

16. Regularización de derechos de aguas

Escenario jurisprudencial anterior (2008-2018)

Hasta 2014, la tendencia uniforme fue aceptar las solicitudes de regularización de derechos de aguas por la unanimidad de la sala. Pero ese año la situación cambió, comenzando a mostrarse una tendencia a rechazar estas solicitudes. Sin embargo, este cambio no fue total ni uniforme. La Sala fue extremadamente vacilante en esta materia. La nueva tendencia, sustentada principalmente a partir de los votos de los ministros Pierry, Sandoval y Aránguiz (estos dos últimos, no obstante, suelen zigzaguear), se enfrentó continuamente a votos disidentes de ministros que siguen el criterio anterior (Eg-nem y S. Muñoz, los que mantienen de modo uniforme la línea que acepta las regularizaciones). Es posible igualmente identificar: i) aquellos ministros y abogados integrantes que solo variaron su tendencia de una a otra (ministros Brito, Ballesteros, y abogados integrantes Bates y Rodríguez); ii) como aquellos ministros que zigzaguean y cambian constantemente sus votos, adhiriendo a una u otra tendencia (son los ministros, Prado, Sandoval y Aránguiz y abogados integrantes Lagos, Quintanilla y Matus).

Escenario jurisprudencial 2019

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2019, la Tercera Sala mantuvo el vacilante comportamiento del período 2008-2018, en que zigzagueó constantemente. Inició el año rechazando la procedencia de la regularización en dos casos, para posteriormente, en *Moreno (2019)* y *Lay Son (2019)*, cambiar de criterio y acceder a la misma.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Votan aceptando la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas los ministros Blanco, S. Muñoz, Vivanco y Biel (estos dos últimos, sin embargo, también votaron rechazando la regularización durante 2019). Rechazan la regularización de derechos de aprovechamiento durante el año 2019 la ministra Sandoval y los abogados integrantes Pallavicini y Gajardo. En el caso de la ministra Sandoval, vemos que ésta deja de lado los zigzagueos incurridos durante el período 2008-2018, para uniformar su postura en orden a rechazar la procedencia de la regularización de derechos de aguas. El ahora abogado integrante Pierry mantuvo su voto tradicional en la materia rechazando la regularización.

Gráficos

Véase Gráficos 16.1 y 16.2, más adelante.

17. Autorizaciones administrativas como requisito de servidumbres mineras

La Corte Suprema no conoció casos relativos a esta materia durante el año 2019.

*18. Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental**Escenario jurisprudencial período 2008-2018*

a) *Comportamiento de la Tercera Sala.* Ha existido un constante zigzag en la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* La línea jurisprudencial que aplica el plazo de dos años fue seguida, sin cambio de votos, por los ministros Egnem, S. Muñoz y Valderrama. La línea jurisprudencial que aplica el plazo de treinta días, y que fuera creada en un voto de prevención del ministro Pierry, fue seguida constantemente por este último y la ministra Sandoval. Los ministros Carreño, Aránguiz y Prado cambian de voto entre una y otra línea jurisprudencial.

Escenario jurisprudencial 2019

Durante el año 2019, la Corte Suprema solo se pronunció en una oportunidad sobre el plazo para que un tercero absoluto pueda solicitar la invalidación ambiental. Esto sucedió en *Comunidad Agrícola La Dormida* (2019), caso en que la Sala declara la inadmisibilidad, pero lo que resulta es la contradicción con un caso anterior en cuanto al fondo, y ahora resulta que el plazo larvado para solicitar una invalidación que resulta (al quedar a firme la sentencia de la Corte de Apelaciones) es de dos años. ¿Una forma larvada de zigzaguear?

Gráficos

Véase Gráficos 18.1 y 18.2, más adelante.

19. Afectación presunta de bienes privados al uso público

La Corte Suprema no conoció casos sobre esta materia durante el año 2019.

20. Acceso a playas públicas

La Corte Suprema no conoció casos sobre esta materia durante el año 2019.

B. Gráficos

Gráfico 1.1. Comportamiento de la Sala: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2019	FRIGORÍFICO KARMAC SPA	●
	EATON	●
	EMBOTELLADORA	●
	DISTRIBUIDORA VERGIO S.A.	●
	CHILEVISIÓN S.A.	●
	RED UC CHRISTUS	●
	SANZONE	●

© PDAE UC 2020

Gráfico 1.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2019	FRIGORÍFICO KARMAC SPA	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Echeberry][Gómez]	●
	EATON	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Matus][Barra]	●
	EMBOTELLADORA	[Aránguiz][Sandoval][Vivanco][Munita][Pierry]	●
	DISTRIBUIDORA VERGIO S.A.	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Pallavicini][Pierry]	●
	CHILEVISIÓN S.A.	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Aránguiz][Prado]	●
	RED UC CHRISTUS	[S. Muñoz][Sandoval][Quintanilla][Aránguiz][Pierry]	●
	SANZONE	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Aránguiz][Quintanilla]	●

© PDAE UC 2020

Gráfico 2.1. Comportamiento de la sala: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración

AÑO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
	SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2019	ALMONACID	●	
	CLÍNICA ALEMANA	●	
	REVECO	●	

© PDAE UC 2020

Gráfico 2.2. Conducta de los ministros: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración

AÑO	CASO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
		SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2019	ALMONACID	[Sandoval][Vivanco][Prado][Pallavicini][Gajardo]	●	
	CLÍNICA ALEMANA	[Aránguiz][Sandoval][Vivanco][Echeberry][Prado]	●	
	REVECO	[Sandoval][Prado][Vivanco][Pallavicini]	●	[S. Muñoz]

© PDAE UC 2020

Gráfico 3.1. Comportamiento de la sala: Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación

AÑO	RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO	NO RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO
2019	OLATE	●
	CORPORACIÓN DE EDUCACIÓN ARTE Y CULTURA CEAC	●
	COMITÉ PRO DEFENSA DEL PATRIMONIO HISTÓRICO	●

© PDAE UC 2020

Gráfico 3.2. Comportamiento de los ministros: Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación

AÑO	CASO	RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO	NO RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO
2019	OLATE	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Munita][Prado]	●
	CORPORACIÓN DE EDUCACIÓN ARTE Y CULTURA CEAC	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Aránguiz][Pallavicini]	●
	COMITÉ PRO DEFENSA DEL PATRIMONIO HISTÓRICO	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Aránguiz][Pierry]	●

© PDAE UC 2020

Gráfico 4.1. Comportamiento de la sala: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO PENAL
2019	FISCO CON POZOS	●
	OPKO	● [voto]
	LABORATORIOS PHARMA	● [voto]

© PDAE UC 2020

Gráfico 4.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO PENAL
2019	FISCO CON POZOS	[Blanco] [Biel] [S. Muñoz] [J. Muñoz] [Vivanco]	
	OPKO	[Barra] [Aránguiz] [Quintanilla] [Vivanco]	[Prado]
	LABORATORIOS PHARMA INVESTI	[Prado] [Aránguiz] [S. Muñoz] [Sandoval] [Sáez]	[Lagos][Pallavicini]

© PDAE UC 2020

Gráfico 5.1. Comportamiento de la sala: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA
2019	PINEDA	
	LAGOS	

© PDAE UC 2020

Gráfico 5.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	CASO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA
2019	PINEDA	[S. Muñoz][Sandoval][Aránguiz][Prado][Vivanco]	
	LAGOS	[S. Muñoz][Sandoval][Aránguiz][Munita][Pierry]	

© PDAE UC 2020

Gráfico 6.1. Comportamiento de la sala: Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa

AÑO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2019	PESQUERA		[voto]
	COMUNIDAD		[voto]

©PDAE UC 2020

Gráfico 6.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa

AÑO	CASO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2019	PESQUERA	[Sandoval] [Prado] [Vivanco] [De la Maza]		[S. Muñoz]
	COMUNIDAD	[Sandoval] [Aránguiz] [Vivanco] [Quintanilla]		[S. Muñoz]

©PDAE UC 2020

Gráfico 7.1 Comportamiento de la sala: Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2019	MIRANDA	[voto]	
	EGAÑA		
	DISTRIBUIDORA VERGIO		
	RED DE TELEVISIÓN CHILEVISIÓN		
	RED UC CHRISTUS		
	SANZONE		
	TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE		

© PDAE UC 2020

Gráfico 7.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	CASO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2019	MIRANDA	[Pierry] [S. Muñoz] [Prado] [Pallavicini]	[Chevesich]	
	EGAÑA	[Vivanco] [Etcheberry] [Sandoval] [Aránguiz] [Prado]		
	DISTRIBUIDORA VERGIO	[Pierry] [S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Pallavicini]		
	RED DE TELEVISIÓN CHILEVISIÓN	[Vivanco] [S. Muñoz] [Sandoval] [Aránguiz] [Prado]		
	RED UC CHRISTUS	[Pierry] [S. Muñoz] [Sandoval] [Aránguiz] [Quintanilla]		
	SANZONE	[Vivanco] [S. Muñoz] [Sandoval] [Aránguiz] [Quintanilla]		
	TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE	[J. Muñoz] [Dahm] [Sandoval] [Munita] [Gajardo]		

© PDAE UC 2020

Gráfico 8.1. Comportamiento de la sala: Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad

AÑO	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN NO SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD
2019	[voto]	ALEGRÍA
	[voto]	ALCAMINO
	[voto]	LABORATORIOS
	[voto]	OLATE
	[voto]	BÁEZ

© PDAE UC 2020

Gráfico 8.2. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad

AÑO	CASO	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN NO SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD
2019	ALEGRÍA	[S. Muñoz]	[Munita][Aránguiz][Abuauad][Sandoval]
	ALCAMINO	[S. Muñoz]	[Vivanco][Prado][Matus][Sandoval]
	LABORATORIOS	[S. Muñoz]	[Vivanco][Quintanilla][Pallavicini][Sandoval]
	OLATE	[S. Muñoz]	[Vivanco][Prado][Pierry][Sandoval]
	BÁEZ	[S. Muñoz]	[Vivanco][Aránguiz][Pallavicini][Sandoval]

© PDAE UC 2020

Gráfico 9.1. Comportamiento de sala: Prescripción de la acción indemnizatoria de crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado. [En cada caso se indica la sala que conoció el recurso]

AÑO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL (ART. 2.332)	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2019		BASTÍAS (2ª S.)
		MORALES (2ª S.)
		CAUCOTO I (2ª S.)
		CAUCOTO II (2ª S.)
		CORTÉS (2ª S.)
		FERNÁNDEZ (2ª S.)
		GARCÍA (2ª S.)
		GONZÁLEZ (2ª S.)
		POZO (2ª S.)
		MUÑOZ (2ª S.)
		GONZÁLEZ (2ª S.)
		OSSES (2ª S.)
		TORREALBA (2ª S.)
		CÁRCAMO (2ª S.)
		BAEZA (2ª S.)
	FISCO (2ª S.)	
	BRAVO (2ª S.)	

© PDAE UC 2020

Gráfico 9.2. Conducta de los ministros y abogados integrantes: Prescripción de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado

AÑO	CASO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL (ART. 2.332)	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2019	BASTÍAS		[Abuauad][Cisternas][Dahm][Künsemüller][Barra]
	MORALES		[Munita][Cisternas][Dahm][Künsemüller][Barra]
	CAUCOTO I		[Valderrama][Dahm][Dolmestch][Künsemüller][Barra]
	CAUCOTO II		[Biel][Cisternas][Munita][Künsemüller][Barra]
	CORTÉS		[Valderrama][Cisternas][J. Muñoz][Künsemüller][Barra]
	FERNÁNDEZ		[Valderrama][Cisternas][J. Muñoz][Künsemüller][Barra]
	GARCÍA		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Munita][Künsemüller]
	GONZÁLEZ		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Künsemüller]
	POZO		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Künsemüller]
	MUÑOZ		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Barra]
	GONZÁLEZ		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Barra]
	OSSES		[Valderrama][Dahm][Dolmestch][Künsemüller][Lagos]
	TORREALBA		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Künsemüller]
	CÁRCAMO		[Valderrama][Gajardo][Dolmestch][Dahm][Künsemüller]
	BAEZA		[Valderrama][Gajardo][Etchebery][Dahm][Künsemüller]
FISCO		[Valderrama][Biel][Etchebery][Dahm][Künsemüller]	
BRAVO		[Valderrama][Cisternas][Dolmestch][Dahm][Künsemüller]	

© PDAE UC 2020

Gráfico 12.1. Comportamiento de sala: Régimen de los funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

AÑO	CASOS QUE NO APLICAN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL
2019		SANDOVAL	
	ZUÑIGA	[voto]	
	ARENAS	[voto]	
	RODRÍGUEZ	[voto]	
		GARCÉS	
	MUÑOZ	[voto]	
		ROJAS	
		DELGADO	
	LIN	[voto]	
	RISCO	[voto]	
	ROMÁN	[voto]	
		MARTÍNEZ	
	REQUENA	[voto]	
	ROA	[voto]	
	MONTECINOS	[voto]	
	TOBAR	[voto]	
	PANDO	[voto]	
	TRUJILLO	[voto]	
	ALVARADO	[voto]	
	URRUTIA	[voto]	
		GÓMEZ	
		MORA	
		CORTÉS	
	CÁCERES	[voto]	
		BÁEZ	
		SOTO	
	BARRERA	[voto]	
		QUINCHEL	
		ACEVEDO	
		SANDOVAL	
		ZORRICUETA	
	RAMOS	[voto]	
	MEDINA	[voto]	
		MORALES	
		ELSO	
	MONTECINO	[voto]	
	TONCIO	[voto]	
		CERÓN	
		SOTO	
	DOMÍNGUEZ	[voto]	
	CARRASCO	[voto]	
	ZÚÑIGA	[voto]	
	DEL SOLAR	[voto]	
	SALINAS	[voto]	
	SIERRA	[voto]	
	AGUILERA	[voto]	
	MUÑOZ	[voto]	
	CHEUQUELAF	[voto]	
	RAMÍREZ	[voto]	
	ROMERO	[voto]	
PALMA	[voto]		
RIQUELME	[voto]		
TOLEDO	[voto]		
COURTEN	[voto]		
ELGUETA	[voto]		
VARGAS	[voto]		
ZAMORANO	[voto]		
GÁRATE	[voto]		
IBARRA	[voto]		
ARANCIBIA	[voto]		
SILVA	[voto]		
MANSILLA	[voto]		
AGUIRRE	[voto]		
PORRAS	[voto]		
DELTEIL	[voto]		
AGUILERA	[voto]		
MUÑOZ	[voto]		
SÁNCHEZ	[voto]		
FAÚNDEZ	[voto]		
CANALES	[voto]		
GARCÍA	[voto]		

© PDAE UC 2020

Gráfico 12.2. Conducta de ministros y abogados integrantes: Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

Año	CASO	CASOS QUE APLICAN EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO	CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL
2019	SANDOVAL		[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Vivanco][Barra]	
	ZÚÑIGA	[A. Muñoz][Biel][Matus][Munita]	[Chevesich]	
	ARENAS	[A. Muñoz][Biel][Matus][Munita]	[Chevesich]	
	RODRÍGUEZ	[Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich]	
	GARCÉS	[Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][Pallavicini]	
	MUÑOZ	[Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich]	
	ROJAS	[Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][Pallavicini]	
	DELGADO	[Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][Pallavicini]	
	LIN	[Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][De la Maza]	[A. Muñoz]	
	RISCO	[Blanco][A. Muñoz][Vivanco][Prado]	[Chevesich]	
	ROMÁN	[Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][Gajardo]	[Chevesich]	
	MARTÍNEZ	[Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][De la Maza]	[Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][De la Maza]	
	REQUENA	[A. Muñoz][Blanco][Quintanilla][Pallavicini]	[Chevesich]	
	ROA	[A. Muñoz][Gómez][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	MONTECINOS	[A. Muñoz][Gómez][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	TOBAR	[A. Muñoz][Gómez][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	PANDO	[Biel][A. Muñoz][Blanco][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	TRUJILLO	[A. Muñoz][Gómez][Pallavicini][Abuauad]	[Chevesich]	
	ALVARADO	[A. Muñoz][Gómez][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	URRUTIA	[A. Muñoz][Blanco][Etcheberry][Abuauad]	[Chevesich]	
	GÓMEZ		[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][Etcheberry]	
	MORA		[Chevesich][Matus][A. Muñoz][Barra][Etcheberry]	
	CORTÉS		[Chevesich][Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Munita]	
	CÁCERES	[A. Muñoz][Gómez][Matus][Gajardo]	[Chevesich]	
	BÁEZ		[Chevesich][Gómez][A. Muñoz][Matus][Gajardo]	
	SOTO		[Blanco][Blanco][A. Muñoz][De la Maza][Etcheberry]	
	BARRERA	[Biel][A. Muñoz][Blanco][Quintanilla][Abuauad]	[Chevesich]	
	QUINCHEL		[Chevesich][Gómez][A. Muñoz][Munita][Etcheberry]	
	ACEVEDO		[Silva][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][De la Maza]	
	SANDOVAL		[A. Muñoz][Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Etcheberry]	
	ZORRICUETA		[Silva][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][Etcheberry]	
	RAMOS	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Etcheberry][Abuauad]	[Chevesich]	
	MEDINA	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Künsemüller][Munita]	[Chevesich]	
	MORALES		[Silva][Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][De la Maza]	
	ELSO		[Silva][Blanco][A. Muñoz][Abuauad][De la Maza]	
	MONTECINO	[A. Muñoz][Blanco][Etcheberry][Munita]	[Chevesich]	
	TONCIO	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Etcheberry]	[Chevesich]	
	CERÓN		[Silva][Chevesich][Blanco][A. Muñoz][De la Maza]	
	SOTO		[Silva][Blanco][A. Muñoz][Quintanilla][Etcheberry]	
	DOMÍNGUEZ	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Quintanilla][Etcheberry]	[Chevesich]	
	CARRASCO	[Silva][A. Muñoz][Blanco][Barra]	[Chevesich]	
	ZÚÑIGA	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][De la Maza][Etcheberry]	[Chevesich]	
	DEL SOLAR	[A. Muñoz][Blanco][Barra][Etcheberry]	[Chevesich]	
	SALINAS	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][De la Maza][Etcheberry]	[Chevesich]	
	SIERRA	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Prado][Etcheberry]	[Chevesich]	
	AGUILERA	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Barra][Etcheberry]	[Chevesich]	
	MUÑOZ	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Barra][Etcheberry]	[Chevesich]	
	CHEUQUELAF	[A. Muñoz][Blanco][Munita][Etcheberry]	[Chevesich]	
	RAMÍREZ	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Prado][Etcheberry]	[Chevesich]	
	ROMERO	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Abuauad][Etcheberry]	[Chevesich]	
PALMA	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Abuauad][Etcheberry]	[Chevesich]		
RIQUELME	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][Abuauad][Etcheberry]	[Chevesich]		
TOLEDO	[M. Silva][A. Muñoz][Blanco][De la Maza][Etcheberry]	[Chevesich]		
COURTEN	[Blanco][Cisternas][Munita][Barra]	[Chevesich]		
ELGUETA	[M. Silva][A. Muñoz][De la Maza][González]	[Chevesich]		
VARGAS	[M. Silva][A. Muñoz][De la Maza][González]	[Chevesich]		
ZAMORANO	[Blanco][Cisternas][Munita][Barra]	[Chevesich]		
GÁRATE	[M. Silva][A. Muñoz][Barra][De la Maza][Repetto]	[Chevesich]		
IBARRA	[M. Silva][A. Muñoz][González][Quintanilla][Etcheberry]	[Chevesich]		
ARANCIBIA	[M. Silva][A. Muñoz][Pallavicini][De la Maza][Repetto]	[Chevesich]		
SILVA	[A. Muñoz][Prado][De la Maza][Repetto][Etcheberry]	[Chevesich]		
MANSILLA	[Brito][A. Muñoz][De la Maza][Pallavicini]	[Chevesich]		
AGUIRRE	[Brito][A. Muñoz][De la Maza][Pallavicini]	[Chevesich]		
PORRAS	[Brito][A. Muñoz][De la Maza][Pallavicini]	[Chevesich]		
DELTEIL	[A. Muñoz][Prado][Barra][Etcheberry]	[Chevesich]		
AGUILERA	[A. Muñoz][Abuauad][De la Maza][Repetto]	[Chevesich]		
MUÑOZ	[A. Muñoz][Abuauad][De la Maza][Repetto]	[Chevesich]		
SÁNCHEZ	[M. Silva][A. Muñoz][Barra][Repetto]	[Chevesich]		
FAÚNDEZ	[M. Silva][A. Muñoz][Barra][Repetto]	[Chevesich]		
CANALES	[Gajardo][M. Silva][Lagos][Mera][Repetto]	[Chevesich]		
GARCÍA	[M. Silva][A. Muñoz][González][Prado][Repetto]	[Chevesich]		

Gráfico 13.1. Comportamiento de la sala: Término anticipado de empleo a contrata

AÑO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
2019	ELGUETA	
	AEDO	
	[voto]	ESCOBAR
	[voto]	MUÑOZ
	[voto]	CEA
	[voto]	COLIHUIL
	[voto]	MUNDACA
	CÉSPEDES	[voto]
	[voto]	ASTORGA
	LÓPEZ	[voto]
	ORELLANA	[voto]
	MELÉNDEZ	[voto]
	DURÁN	[voto]
	ARREPOL	[voto]
	MORA	[voto]
	[voto]	HOHMANN
	[voto]	ROA
	[voto]	FERNÁNDEZ
	SEGURA	
	NAVARRETE	[voto]
	SARALEGUI	[voto]
	[voto]	SENAMA
	MOLINA	[voto]
	[voto]	MUÑOZ
	RÍOS	[voto]
	ROJAS	[voto]
	POJOMOVSKY	[voto]
	QUIERO	[voto]
	[voto]	SERVIU
	[voto]	SEPÚLVEDA
	[voto]	CARRASCO
	DÍAZ	[voto]
	SILVA	[voto]
	SEPÚLVEDA	[voto]
	ESPINOZA	[voto]
	ESCOBAR	[voto]
	CUEVAS	[voto]
		DONNER
	WIEDERHOLD	[voto]
	ALMONACID	[voto]
	TORRES	[voto]
	[voto]	PINILLA
	[voto]	VARGAS
	BRIONES	[voto]
		MUÑOZ
	MORALES	[voto]
		ASCENSIO
	[voto]	GANGA
	[voto]	PÁVEZ
	[voto]	MEDEL
	RODRÍGUEZ	[voto]
	[voto]	BARRÍA
	INDAP	
	[voto]	DE LA FUENTE
	[voto]	ARCOS
	[voto]	POBLETE
	[voto]	ROJAS
	[voto]	RONDÓN
	[voto]	BARAHONA
	[voto]	FUENTES
	[voto]	PEÑA
	[voto]	BERGER
		SANHUEZA
	[voto]	GONZÁLEZ
	[voto]	VARELA
	[voto]	VALENZUELA
	[voto]	SEGUEL
	[voto]	ARAYA
	[voto]	CORVELEYN
	[voto]	LAGOS
	[voto]	RAMOS
	[voto]	CASTRO
	[voto]	LAMILLA
	[voto]	SOTO
	[voto]	IVANOVIC
[voto]	JADUE	
[voto]	TORCA	
[voto]	CONTRERAS	
[voto]	PÁVEZ	
ZAMORANO	[voto]	
LAGOS	[voto]	
ESCOBAR	[voto]	
[voto]	SEPÚLVEDA	
COLIHUIL	[voto]	
[voto]	GARCÍA	
[voto]	LATIN	
[voto]	SIMONET	
ESPINOZA	[voto]	
GONZÁLEZ	[voto]	
VALDEBENITO	[voto]	
ÁLVAREZ	[voto]	
NIETO	[voto]	
[voto]	TORRES	
[voto]	MUÑOZ	
[voto]	MARTÍNEZ	
[voto]	PAREDES	

© PDAE UC 2020

Gráfico 13.2. Comportamiento de los ministros: Término anticipado de empleo a contrata

AÑO	CASO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
2019	ELGUETA	[Egnem][A. Muñoz][Aránguiz][Matus][Pallavicini]	
	AEDO	[Sandoval][Prado][Etcheberry][Vivanco][Munita]	
	ESCOBAR	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	MUÑOZ	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	CEA	[Sandoval]	[Aránguiz][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	COLIHUIL	[Pierry][Pallavicini]	[Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	MUNDACA	[Sandoval]	[Aránguiz][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	CÉSPEDES	[Sandoval][Prado][Aránguiz]	[Vivanco][S. Muñoz]
	ASTORGA	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	LÓPEZ	[Sandoval][Prado][Aránguiz]	[Vivanco][S. Muñoz]
	ORELLANA	[Blanco][Biel][Vivanco][J. Muñoz]	[S. Muñoz]
	MELÉNDEZ	[Sandoval][Pierry][De la Maza]	[Prado][S. Muñoz]
	DURÁN	[Sandoval][Pierry][Quintanilla]	[Vivanco][S. Muñoz]
	ARREPOL	[Sandoval][Pierry][Quintanilla]	[Vivanco][S. Muñoz]
	MORA	[Blanco][Biel][Vivanco][J. Muñoz]	[S. Muñoz]
	HOHMANN	[Sandoval][Aránguiz]	[Gómez][Prado][S. Muñoz]
	ROA		[Pallavicini][Blanco][Biel][Vivanco][J. Muñoz]
	FERNÁNDEZ	[Sandoval][Pierry]	[Prado][Vivanco][Quintanilla]
	SEGURA	[Sandoval][Prado][Etcheberry][Vivanco][Pierry]	
	NAVARRETE	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Pallavicini]	[S. Muñoz]
	SARALEGUI	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Pallavicini]	[S. Muñoz]
	SENAMA	[Sandoval]	[Aránguiz][Prado][Barra][S. Muñoz]
	MOLINA	[Blanco][Prado][Biel][Vivanco]	[S. Muñoz]
	MUÑOZ	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][Etcheberry]
	RÍOS	[Sandoval][Prado][Aránguiz][Gómez]	[S. Muñoz]
	ROJAS	[Egnem][A. Muñoz][Matus][Pallavicini]	[Aránguiz]
	POJOMOVSKY	[Sandoval][Prado][Aránguiz][Vivanco]	[S. Muñoz]
	QUIERO	[Sandoval][Prado][Aránguiz][Gómez]	[S. Muñoz]
	SERVIU	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	SEPÚLVEDA	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	CARRASCO	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	DÍAZ	[Biel][J. Muñoz][Vivanco][Pallavicini]	[Blanco]
	SILVA	[Sandoval][Prado][Vivanco][Blanco]	[S. Muñoz]
	SEPÚLVEDA	[Sandoval][Prado][Vivanco]	[Aránguiz][S. Muñoz]
	ESPINOZA	[Biel][J. Muñoz][Vivanco][Pallavicini]	[Blanco]
	ESCOBAR	[Biel][J. Muñoz][Vivanco]	[Blanco][S. Muñoz]
	CUEVAS	[Sandoval][Prado][Vivanco]	[Aránguiz][S. Muñoz]
	DONNER		[Sandoval][Blanco][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	WIEDERHOLD	[Sandoval][Prado][Blanco][Vivanco]	[S. Muñoz]
	ALMONACID	[Sandoval][Pierry][Vivanco][Etcheberry]	[S. Muñoz]
	TORRES	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Pallavicini]	[S. Muñoz]
	PINILLA		[Munita][Blanco][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	VARGAS	[Sandoval][Pallavicini]	[Etcheberry][Vivanco][S. Muñoz]
	BRIONES	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Munita]	[Aránguiz]
	MUÑOZ		[Sandoval][Quintanilla][Munita][Vivanco][Aránguiz]
	MORALES	[Sandoval][Prado][Blanco][Vivanco]	[S. Muñoz]
	ASCENSIO		[Sandoval][Matus][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	GANGA	[Sandoval][Pallavicini]	[Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	PÁVEZ	[Pallavicini]	[Sandoval][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
	MEDEL	[Sandoval]	[Munita][Prado][Vivanco][S. Muñoz]
RODRÍGUEZ	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Pallavicini]	[S. Muñoz]	
BARRÍA	[Sandoval][Pallavicini]	[Prado][Vivanco][S. Muñoz]	
INDAP	[Sandoval][Quintanilla][Vivanco][Aránguiz][Munita]		
DE LA FUENTE	[Sandoval]	[Quintanilla][Vivanco][Munita][Aránguiz]	
ARCOS	[Sandoval]	[Pierry][Prado][Etcheberry][S. Muñoz]	
POBLETE	[Sandoval]	[Pierry][Prado][Etcheberry][S. Muñoz]	
ROJAS	[Sandoval]	[Pierry][Prado][Etcheberry][S. Muñoz]	
RONDÓN	[Sandoval]	[Pierry][Prado][Etcheberry][S. Muñoz]	
BARAHONA	[Sandoval][Matus]	[Prado][Vivanco][S. Muñoz]	
FUENTES	[Sandoval]	[Blanco][Prado][Vivanco][S. Muñoz]	
PEÑA	[Pallavicini]	[Blanco][Prado][Vivanco][S. Muñoz]	
BERGER	[Sandoval]	[Quintanilla][Munita][J. Muñoz][Fuentes]	
SANHUEZA		[Biel][Blanco][Vivanco][J. Muñoz][Barra]	
GONZÁLEZ	[Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval][M. Silva][Dahm]	
VARELA	[Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval][M. Silva][Dahm]	
VALENZUELA	[Sandoval]	[Aránguiz][Prado][Vivanco][S. Muñoz]	
SEGUEL	[Sandoval]	[Quintanilla][Etcheberry][Vivanco][S. Muñoz]	
ARAYA	[Sandoval]	[Quintanilla][Etcheberry][Vivanco][S. Muñoz]	
CORVELEYN	[Sandoval]	[Quintanilla][Etcheberry][Vivanco][S. Muñoz]	
LAGOS	[Sandoval]	[Quintanilla][Aránguiz][Vivanco][Cisternas]	
RAMOS	[Sandoval][Pallavicini]	[Aránguiz][Vivanco][S. Muñoz]	
CASTRO	[Sandoval][Pallavicini]	[Etcheberry][Vivanco][S. Muñoz]	
LAMILLA	[Sandoval][Quintanilla]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
SOTO	[Sandoval][Pallavicini]	[Aránguiz][Vivanco][S. Muñoz]	
IVANOVIC	[Sandoval]	[Gómez][Prado][Fuentes][S. Muñoz]	
JADUE	[Sandoval]	[Quintanilla][J. Muñoz][Fuentes][Munita]	
TORCA	[Sandoval][Pallavicini]	[Aránguiz][Vivanco][S. Muñoz]	
CONTRERAS	[Sandoval][Pallavicini]	[Aránguiz][Vivanco][S. Muñoz]	
PÁVEZ	[Pallavicini]	[Abuauad][J. Muñoz][Sandoval][S. Muñoz]	
ZAMORANO	[Sandoval][Pallavicini][J. Muñoz][Abuauad]	[S. Muñoz]	
LAGOS	[Pierry][Pallavicini][J. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz]	
ESCOBAR	[Pierry][Pallavicini][J. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz]	
SEPÚLVEDA	[Pierry][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
COLIHUIL	[Pierry][Pallavicini][J. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz]	
GARCÍA	[Pierry][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
LATIN	[Pallavicini]	[Pierry][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
SIMONET	[Pierry][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
ESPINOZA	[Sandoval][Pallavicini][J. Muñoz][Abuauad]	[S. Muñoz]	
GONZÁLEZ	[Sandoval][Lagos][Barra][Vivanco]	[S. Muñoz]	
VALDEBENITO	[Sandoval][Pierry][Quintanilla]	[Repetto][S. Muñoz]	
ÁLVAREZ	[Sandoval][Pierry][Quintanilla]	[Repetto][S. Muñoz]	
NIETO	[Sandoval][Pierry][Quintanilla]	[Repetto][S. Muñoz]	
TORRES	[Pierry][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
MUÑOZ	[Sandoval]	[Pallavicini][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]	
MARTÍNEZ	[Sandoval][Pierry]	[Abuauad][Vivanco][S. Muñoz]	
PAREDES	[Sandoval]	[Gómez][Aránguiz][Lagos][S. Muñoz]	

Gráfico 14.1. Comportamiento de la sala: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2019	BUSTOS	
	MUNDACA	[voto]
		LÓPEZ
		MELÉNDEZ
		CONDORI
		AGUILERA
	GANGA	[voto]
	BARRÍA	[voto]
	RONDÓN	[voto]
	FUENTES	[voto]
	BERGER	[voto]
	BARRERA	

© PDAE UC 2020

Gráfico 14.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2019	BUSTOS	[S. Muñoz] [Vivanco] [Prado] [Aránguiz] [Sandoval]	
	MUNDACA	[S. Muñoz] [Vivanco] [Prado] [Aránguiz]	[Sandoval]
	LÓPEZ	[S. Muñoz] [Vivanco]	[Aránguiz] [Prado] [Sandoval]
	MELÉNDEZ	[S. Muñoz] [Prado]	[De la Maza] [Pierry] [Sandoval]
	CONDORI	[S. Muñoz]	[Vivanco] [Blanco] [Prado] [Munita]
	AGUILERA	[S. Muñoz]	[Vivanco] [Blanco] [Prado] [Sandoval]
	GANGA	[S. Muñoz] [Vivanco] [Prado]	[Pallavicini] [Sandoval]
	BARRÍA	[S. Muñoz] [Vivanco] [Prado]	[Pallavicini] [Sandoval]
	RONDÓN	[S. Muñoz] [Pierry] [Prado] [Etcheberry]	[Sandoval]
	FUENTES	[S. Muñoz] [Vivanco] [Prado] [Blanco]	[Sandoval]
	BERGER	[Fuentes] [J. Muñoz] [Quintanilla] [Munita]	[Sandoval]
	BARRERA	[S. Muñoz] [Vivanco] [Aránguiz] [Pallavicini] [Sandoval]	

© PDAE UC 2020

Gráfico 15.1. Comportamiento de la sala: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA		RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
		VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2019	CHOQUE	[voto]			
	CANCINO			[voto]	
	ODDO	[voto]			
	ELGUETA				
	AEDO				
	ESCOBAR			[voto]	
	CEA			[voto]	
	COLIHUIL			[voto]	
	BUSTOS				
	MUNDACA			[voto]	
	LÓPEZ				
	ORELLANA				
	MELÉNDEZ				
	DURÁN				
	ARREPOL				
	SOTO				
	HOHMANN			[voto]	
	ROA				
	FERNÁNDEZ			[voto]	
	SEGURA				
	MUÑOZ			[voto]	
	POJOMOVSKY				
	RAMÍREZ				
	TORRES			[voto]	
	CARRASCO			[voto]	
	ÁLVAREZ				
	ESCUDEY				
	ZAPATA				
	LEIVA				
	MAZUELA				
	ALEGRÍA				
	FUENTES				
	AGUILERA				
	TORRES				
	OYARZÚN			[voto]	
	HERMOSILLA			[voto]	
	RODRÍGUEZ				
	VARGAS			[voto]	
	CASTILLO				
	ÁLVAREZ				
	VARELA				
	MORALES				
	CRUCES				
	MOYA				
	ASCENCIO				
	CONTRERAS				
	PAVÉZ			[voto]	
	GANGA			[voto]	
	PEREIRA			[voto]	
	CÁRDENAS			[voto]	
	MEDEL			[voto]	
	QUIROZ				
	REY				
	BARRÍA			[voto]	
	SILVA				
	CABRERA				
	CANCINO				
	DE LA FUENTE			[voto]	
	JERÉZ				
	RONDÓN			[voto]	
	DUARTE				
	BARAHONA			[voto]	
	MIRANDA				
	FUENTES			[voto]	
	PEÑA			[voto]	
	BERGER			[voto]	
	GONZÁLEZ			[voto]	
	VARELA			[voto]	
	VALENZUELA			[voto]	
	SEGUEL			[voto]	
	ARAYA			[voto]	
	CORVELEYN			[voto]	
	LAMILLA			[voto]	
	SOTO			[voto]	
	CASTRO			[voto]	
RAMOS			[voto]		
IVANOVIC			[voto]		
JADUE			[voto]		
TORCA			[voto]		
CONTRERAS			[voto]		
PÁVEZ			[voto]		
ZAMORANO	[voto]				
LAGOS	[voto]				
ESCOBAR	[voto]				
SEPÚLVEDA			[voto]		
COLIHUIL	[voto]				
GARCÍA			[voto]		
LATIN			[voto]		
SIMONET			[voto]		
ESPINOZA	[voto]				
GONZÁLEZ	[voto]				
VALDEBENITO	[voto]				
ÁLVAREZ	[voto]				
NIETO	[voto]				
TORRES			[voto]		
MUÑOZ			[voto]		
MARTÍNEZ			[voto]		
PAREDES			[voto]		

© PDAE UC 2020

Gráfico 15.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA		RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
		VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2019	CHOQUE	[Fuentes][Prado]		[Quintanilla][Pallavicini][Sandoval]	
	CANCINO	[Prado][Etcheberry][Vivanco]		[Sandoval][Munita]	
	ODDO	[Aránguiz]		[Egnem][Pallavicini]	
	ELGUETA			[Egnem][Aránguiz][A. Muñoz][Matus]	
	AEDO			[Sandoval][Prado][Vivanco][Munita]	
	ESCOBAR	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Munita]		[Etcheberry]	
	CEA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Aránguiz]		[Sandoval]	
	COLIHUIL	[S. Muñoz][Vivanco][Prado]		[Pallavicini][Pierry]	
	BUSTOS	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Aránguiz]			
	MUNDACA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Aránguiz]		[Sandoval]	
	LÓPEZ	[S. Muñoz][Vivanco]		[Aránguiz][Prado][Sandoval]	
	ORELLANA	[S. Muñoz]		[J. Muñoz][Biel][Blanco][Vivanco]	
	MELÉNDEZ	[S. Muñoz][Prado]		[De La Maza][Pierry][Sandoval]	
	DURÁN	[S. Muñoz][Vivanco]		[Quintanilla][Pierry][Sandoval]	
	ARREPOL	[S. Muñoz][Vivanco]		[Quintanilla][Pierry][Sandoval]	
	SOTO			[Aránguiz][Prado][Pierry][Sandoval]	
	HOHMANN	[S. Muñoz][Prado][Gómez]		[Sandoval][Aránguiz]	
	ROA	[J. Muñoz][Biel][Blanco][Vivanco][Pallavicini]			
	FERNÁNDEZ	[Prado][Vivanco][Quintanilla]		[Pierry][Sandoval]	
	SEGURA			[Prado][Vivanco][Munita][Sandoval]	
	MUÑOZ		[Prado][Vivanco][Etcheberry][Munita]	[Pierry]	
	POJOMOVSKY	[S. Muñoz]		[Aránguiz][Prado][Munita][Sandoval]	
	RAMÍREZ	[S. Muñoz]		[Blanco][Vivanco][Biel][J. Muñoz]	
	TORRES	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Munita]	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Munita]	[Sandoval]	
	CARRASCO	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Munita]		[Sandoval]	
	ÁLVAREZ	[S. Muñoz]		[Blanco][Vivanco][Prado][Biel]	
	ESCUDEY	[S. Muñoz]		[Vivanco][Prado][Biel][Sandoval]	
	ZAPATA	[S. Muñoz]		[Vivanco][Prado][Blanco][Sandoval]	
	LEIVA	[S. Muñoz][Blanco]		[Vivanco][Prado][Sandoval]	
	MAZUELA	[S. Muñoz]		[Vivanco][Prado][Sandoval]	
	ALEGRÍA	[S. Muñoz]		[Blanco][Vivanco][Prado][Sandoval]	
	FUENTES	[S. Muñoz]		[Blanco][Vivanco][Prado][Sandoval]	
	AGUILERA	[S. Muñoz]		[Blanco][Vivanco][Prado][Sandoval]	
	TORRES	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Quintanilla]	
	OYARZÚN	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Sandoval]	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Sandoval]	[Pallavicini]	
	HERMOSILLA	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Sandoval]		[Pallavicini]	
	RODRÍGUEZ	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Quintanilla]	
	VARGAS	[S. Muñoz][Vivanco][Etcheberry]		[Pallavicini]	
	CASTILLO	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Prado][Blanco]	
	ÁLVAREZ	[Aránguiz]		[Sandoval][Vivanco][Munita]	
	VARELA	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Prado][Blanco]	
	MORALES	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Prado][Blanco]	
	CRUCES	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Prado]		[Gómez]	
	MOYA	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Prado][Gómez]	
	ASCENCIO	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Prado][Matus]			
	CONTRERAS	[S. Muñoz]		[Sandoval][Vivanco][Prado][Matus]	
	PÁVEZ	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Prado]		[Pallavicini]	
	GANGA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado]		[Sandoval][Pallavicini]	
	PEREIRA	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Sandoval][Prado]	
	CÁRDENAS	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Prado]		[Pallavicini]	
MEDEL	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Munita]		[Sandoval]		
QUIROZ	[S. Muñoz]		[Vivanco][Prado][Blanco][Sandoval]		
REY	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Blanco]		[Biel]		
BARRÍA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado]		[Pallavicini][Sandoval]		
SILVA	[S. Muñoz]		[Pallavicini][Vivanco][Prado]		
CABRERA	[S. Muñoz]		[Sandoval]		
CANCINO			[Pallavicini][Vivanco][Aránguiz]		
DE LA FUENTE	[Aránguiz][Vivanco][Munita]		[Quintanilla][Sandoval]		
JERÉZ	[S. Muñoz]		[Pallavicini][Vivanco][Prado]		
RONDÓN	[S. Muñoz][Prado][Pierry][Etcheberry]		[Sandoval]		
DUARTE	[S. Muñoz]		[Matus][Vivanco][Prado][Sandoval]		
BARAHONA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado]		[Matus][Sandoval]		
MIRANDA	[S. Muñoz][Vivanco][Blanco][Biel]				
FUENTES	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Blanco]		[Sandoval]		
PEÑA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado]		[Pallavicini][Sandoval]		
BERGER	[Quintanilla][Munita][J. Muñoz]		[Fuentes]		
GONZÁLEZ	[Quintanilla][Dahm][Silva][Sandoval]		[Pallavicini]		
VARELA	[Quintanilla][Dahm][Silva][Sandoval]		[Pallavicini]		
VALENZUELA	[S. Muñoz][Vivanco][Prado][Aránguiz]		[Sandoval]		
SEGUEL	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]		[Etcheberry]		
ARAYA	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]		[Etcheberry]		
CORVELEYN	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]		[Etcheberry]		
LAMILLA	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Quintanilla][Sandoval]		
SOTO	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Pallavicini][Sandoval]		
CASTRO	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Pallavicini][Sandoval]		
RAMOS	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Pallavicini][Sandoval]		
IVANOVIC	[S. Muñoz][Fuentes][Prado][Gómez]		[Sandoval]		
JADUE	[Fuentes][J. Muñoz][Quintanilla]		[Munita]		
TORCA	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Pallavicini][Sandoval]		
CONTRERAS	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]		[Pallavicini][Sandoval]		
PÁVEZ	[S. Muñoz][J. Muñoz][Sandoval]		[Aránguiz]		
ZAMORANO	[S. Muñoz]		[Pallavicini][J. Muñoz][Sandoval]		
LAGOS	[S. Muñoz]		[Pallavicini][Vivanco][J. Muñoz]		
ESCOBAR	[S. Muñoz]		[Pallavicini][Vivanco][J. Muñoz]		
SEPÚLVEDA	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Pallavicini][Pierry]		
COLIHUIL	[S. Muñoz]		[Pallavicini][Vivanco][J. Muñoz]		
GARCÍA	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Pallavicini][Pierry]		
LATIN	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz][Pierry]		[Pallavicini]		
SIMONET	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Pallavicini][Pierry]		
ESPINOZA	[S. Muñoz]		[Pallavicini][J. Muñoz][Sandoval]		
GONZÁLEZ	[S. Muñoz]		[Vivanco][Lagos][Barra][Sandoval]		
VALDEBENITO	[S. Muñoz][Repetto]		[Pierry][Quintanilla][Sandoval]		
ÁLVAREZ	[S. Muñoz][Repetto]		[Pierry][Quintanilla][Sandoval]		
NIETO	[S. Muñoz][Repetto]		[Pierry][Quintanilla][Sandoval]		
TORRES	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Pallavicini][Pierry]		
MUÑOZ	[S. Muñoz][Vivanco][J. Muñoz]		[Pallavicini]		
MARTÍNEZ	[S. Muñoz][Vivanco][Abuauad]		[Pierry][Sandoval]		
PAREDES	[S. Muñoz][Aránguiz][Lagos][Gómez]		[Sandoval]		

Gráfico 16.1. Comportamiento de la sala: Regularización de derechos de aguas

AÑO	ACEPTANDO	RECHAZANDO
2019		● ESVAL I
		● ESVAL II
	MORENO	● [voto]
	LAY SON	● [voto]

© PDAE UC 2020

Gráfico 16.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Regularización de derechos de aguas

AÑO	CASO	MINISTROS ACEPTANDO REGULARIZACIÓN	MINISTROS RECHAZANDO REGULARIZACIÓN
2019	ESVAL I		● [Pallavicini] [Biel] [Gajardo] [Vivanco] [Sandoval]
	ESVAL II		● [Pallavicini] [Biel] [Gajardo] [Vivanco] [Sandoval]
	MORENO	[Blanco] [Vivanco] [S. Muñoz]	● [Munta] [Prado]
	LAY SON	[Blanco] [Vivanco] [S. Muñoz] [Biel]	● [Pierry]

© PDAE UC 2020

Gráfico 18.1. Comportamiento de la sala: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2019	COMUNIDAD ●	

© PDAE UC 2020

Gráfico 18.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	CASO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2019	COMUNIDAD	[S. Muñoz] [Sandoval] [Aránguiz] [Vivanco] [Quintanilla] ●	

© PDAE UC 2020

Conclusiones

I. Resultados distintos en 2019

El resultado de la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en veinte temas en 2019 (en los 15 temas en que se registraron fallos, efectivamente), en cuanto a su uniformidad o vacilación es distinto al del primer estudio, que cubrió la década anterior (2008-2018). La jurisprudencia resultante es notoriamente más lineal en cuanto a las sentencias que emiten las salas de la CS. En cuanto a la conducta de sus ministros y abogados integrantes, también tiende más a la linealidad pero persisten algunos zigzagueos individuales. La Corte Suprema, entonces, ahora exhibe una nueva conducta dirigida a ofrecer precedentes, y se aprecia un aumento de temas con jurisprudencia uniforme. No obstante que se mantienen las vacilaciones en algunos otros temas.

II. Comportamiento de las salas: tres conductas se aprecian

Podemos esquematizar la conducta de las Salas de la CS así: i) hay casos en que la jurisprudencia de la década anterior era lineal, y sigue siéndolo (no se aprecia la conducta inversa: que antes fuese lineal y ahora sea zigzagueante); ii) hay casos en que la jurisprudencia en la década anterior era zigzagueante y ahora es lineal; esto es, la CS deja de zigzaguear; y, iii) hay casos en que la jurisprudencia era zigzagueante y sigue siéndolo. Se puede apreciar en los gráficos respectivos.

a) temas en que la jurisprudencia sigue siendo lineal. Hay temas en que la jurisprudencia fue uniforme en el período anterior y sigue siéndolo en 2019. Es el caso de los temas 1 (cómputo de plazos), 3 (audiencia previa), 5 (agotamiento), 6 (prescripción acción nulidad) y 8 (precepción acción de responsabilidad).

b) temas en que la jurisprudencia ahora es uniforme. Hay temas en que la jurisprudencia fue zigzagueante en el período anterior y deja de serlo en 2019. Es el caso de los temas 2 (plazos fatales), 4 (plazo acción sancionatoria), 7 (cómputo plazos), 9 (indemnización por responsabilidad crímenes lesa humanidad), 12 (funcionarios a honorarios), 14 (desviación de poder) y 15 (protección como vía idónea).

c) temas en que la jurisprudencia continúa zigzagueando. Hay temas en que la jurisprudencia sigue zigzagueando, como en el período anterior. Es el caso de los temas 13 (contratas), 16 (regularización derechos aguas) y 18 (invalidación ambiental).

En suma, puede decirse que, durante 2019, hay más temas en que la jurisprudencia ha sido admirablemente lineal y menos temas en los que lamentablemente se mantiene el zigzagueo.

III. Comportamiento de ministros y abogados integrantes

La mayor linealidad de las salas observadas se debe, seguramente, a una conducta más lineal de sus ministros y abogados integrantes; pero también se mantienen algunas conductas erráticas de algunos de ellos. Al respecto, podemos observar tres tipos de conductas de ministros y abogados integrantes (las que se pueden apreciar en los gráficos respectivos):

i) casos de ministros y abogados integrantes que anteriormente eran muy zigzagueantes, si bien ahora siguen zigzagueando casi todos lo hacen en menos ocasiones;

ii) hay ministros y abogados integrantes que anteriormente eran levemente zigzagueantes, tienden a ofrecer conductas más lineales;

iii) son minoritarios los ministros que ofrecen gran linealidad y uniformidad en sus votos; y un solo caso de una ministra que no zigzaguea nunca.

IV. ¿Razones del cambio? ¿Decisión institucional?

No hay evidencia alguna de que la Corte Suprema (en Pleno) haya adoptado alguna decisión institucional para enfrentar el zigzagueo denunciado en el *Estudio* anterior (y continuado ahora). No hay evidencia alguna, por otra parte, que las salas respectivas hayan adoptado decisiones internas dirigidas a evitar las vacilaciones. Pero sí resulta bien ostensible que los resultados evidenciados en este nuevo *Estudio* se debe a un cambio de actitud de ministros y abogados integrantes; pues hay temas en que la CS ratifica su jurisprudencia lineal (no hay retrocesos observables) y otros temas en que la CS antes fue zigzagueante, y ahora deja de serlo. Es un verdadero *giro* el que se produce en la jurisprudencia, por ejemplo, en tres casos a partir de mediados del año pasado (obsérvese los gráficos respectivos). Así:

i) es notorio lo que ocurrió en la Cuarta Sala en el tema 12 (funcionarios a honorarios): tanto en el anterior estudio y ahora hasta mayo de 2019 siguió siendo zigzagueante; pero, a partir de junio dejó de vacilar y ofreció de manera admirable una sola línea has fin de año; y,

ii) también es ostensible lo que ocurrió en la Tercera Sala en los temas 14 (desviación de poder) y 15 (vía idónea) en los que, desde mayo y junio, respectivamente, la sala dejó de zigzaguear. Lo anterior lamentablemente no tiene mayor efecto en el tema 13 (contratas), vinculado con los anteriores, en que la sala sigue zigzagueando.

V. ¿Algún mérito que atribuir al estudio?

En fin, si nuestro *Estudio de Líneas y vacilaciones* de la jurisprudencia 2008-2018 significó para los jueces de la CS, en alguna medida, una forzada e inédita *autoobservación* de sus conductas, acaso haya servido también como un impulso para este cambio que hoy ofrece la jurisprudencia. Cambios estos que, espero, los llene ahora de satisfacción, porque demuestra un mejor desempeño institucional de la CS.

Anexo de Sentencias [Total de casos: 333]

I. Conflictos durante el procedimiento administrativo

1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo [7 casos]*

Frigorífico Karmac SpA con Inspección Comunal del Trabajo de Lautaro (2019): CS, 8 enero 2019 (Rol N° 22995-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Prado, Vivanco; Al: Etcheberry, Gómez [protección].

Eaton Industries Chile SpA con Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco (2019): CS, 28 enero 2019 (Rol N° 23259-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Matus (r), Barra [protección].

Embotelladora Andina S.A. con Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó (2019): CS, 1 julio 2019 (Rol N° 7515-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Vivanco (r); Al: Munita, Pierry [apelación].

Distribuidora Vergio S.A. con Flores Gallegos, Andrés y Municipalidad de Tomé (2019): CS, 15 julio 2019 (Rol N° 20589-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [casación].

Red de Televisión Chilevisión S.A. y la Universidad de Chile con M de la Corte de Apelaciones de Santiago (2019): CS, 19 agosto 2019 (Rol N° 4559-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r), Prado, Vivanco [queja].

Red UC Christus Servicios Clínicos SpA con Superintendencia de Salud (2019): CS, 4 septiembre 2019 (Rol N° 20420-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz; Al: Quintanilla (r), Pierry [casación].

Sanzone Riili, Roberto Gabriel con Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas (2019): CS, 22 octubre 2019 (Rol N° 31256-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [casación].

2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano [3 casos]*

Almonacid Merino, Gonzalo con Municipalidad de Caldera (2019): CS, 3 enero 2019 (Rol N° 24935-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Biel; Al: Pallavicini, Gajardo (r) [protección].

Clínica Alemana de Temuco con Superintendencia de Salud (2019): CS, 16 enero 2019 (Rol N° 257-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Vivanco, Prado; Al: Etcheberry (sr) [reclamación].

Reveco Hormazábal Pedro con Unidad de Análisis Financiero (2019): CS, 26 marzo 2019 (Rol N° 23056-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Pallavicini (r) (p) [reclamación].

3. *Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento de invalidación [3 casos]*

Olate Berríos, Ema con Gatica Barros, Jaime (2019): CS, 8 mayo 2019 (Rol N° 20662-2018), 3ª Sala. M: Muñoz, Sandoval, Prado (r), Vivanco; Al: Munita [protección].

Corporación de Educación Arte y Cultura CEAC con Ministerio de la Cultura las Artes y el Patrimonio (2019): CS, 1 octubre 2019 (Rol N° 21237-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval, Vivanco (r); Al: Pallavicini [protección].

Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultura de Viña del Mar con I. Municipalidad de Concón (2019): CS, 19 noviembre 2019 (Rol N° 22221-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Aránguiz, Vivanco; Al: Pierry [casación].

4. *Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria [3 casos]*

Fisco de Chile con Pozos Profundos S.A. (2019): CS, 28 marzo 2019 (Rol N° 2727-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Blanco, Vivanco, Biel, J. Muñoz [casación].

Opko Chile S.A. con Instituto de Salud Pública (2019): CS, 10 septiembre 2019 (Rol N° 16230-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, Prado (d), Vivanco; Al: Quintanilla, Barra (r) [casación].

Laboratorios Pharma Investi de Chile S.A. con Instituto de Salud Pública (2019): CS, 29 noviembre 2019 (Rol N° 16231-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (p), Aránguiz (p), Prado; Fiscal judicial: Sáez (p); Al: Lagos (d), Pallavicini (d) (r) [casación].

5. *Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales [2 casos]*

Pineda Peña, Mario con Soto Isla, Hermes (2019): CS, 13 agosto 2019 (Rol N°6007-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz, Prado, Vivanco (r) [protección].

Lagos Lagos, Andrea con Superintendencia de Seguridad Social (2019): CS, 13 septiembre 2019 (Rol N°22950-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Aránguiz. Al: Munita (r), Piery [protección]

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. *Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa [2 casos]*

Pesquera B y B Limitada con Fisco de Chile (2019): CS, 29 julio 2019 (Rol N° 29254-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: De la Maza (r) [casación]

Comunidad Habitacional Villa Aconcagua con Servicio de Vivienda y Urbanización (2019): CS, 4 septiembre 2019 (Rol N°15489-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Aránguiz (r), Vivanco; Al: Aránguiz [casación].

7. *Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos [7 casos]*

Miranda Vidal, Shalim Heriberto con Municipalidad de Ancud (2019): CS, 8 enero 2019 (Rol N°3541-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Chevesich (p), Prado; Al: Piery (r), Pallavicini [casación].

Egaña Rasse, Miguel con I. Municipalidad de Cartagena (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N°33566-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (r), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry [casación].

Distribuidora Vergio S.A. con Municipalidad de Tomé (2019): CS, 15 julio 2019 (Rol N°20589-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Piery, Pallavicini [reclamación].

Red de Televisión Chilevisión S.A. y otro con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2019): CS, 19 agosto 2019 (Rol N° 4559-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r), Prado, Vivanco [recurso de queja].

Red UC Christus Servicios Clínicos SpA con Superintendencia de Salud (2019): CS, 4 septiembre 2019 (Rol N° 20420-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz; Al: Quintanilla (r), Piery [casación].

Sanzone Riili, Roberto con Dirección General de Aguas (2019): CS, 22 octubre 2019 (Rol N° 31256-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [casación].

Televisión Nacional de Chile con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2019): CS, 25 octubre 2019 (Rol N°13884-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, J. Muñoz (r); Al: Munita, Gajardo [queja].

8. *Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad patrimonial de la Administración [5 casos]*

Alegría Gómez, Hortensia con Fisco de Chile (2019): CS, 20 marzo 2019 (Rol N° 5365-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Aránguiz; Al: Munita, Abuaud (r) [casación].

- Alcamino Menichetti, Carolina con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2019): CS, 12 junio 2019 (Rol N° 4288-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Matus [casación].
- Laboratorios Chile S.A. con Fisco de Chile* (2019): CS, 12 agosto 2019 (Rol N° 12911-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla (r), Pallavicini [casación].
- Olate Pérez, Ercira y otros con Servicio de Salud Concepción* (2019): CS, 26 septiembre 2019 (Rol N° 18743-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Prado, Vivanco (r); Al: Pierry [casación].
- Báez Vilchez, Rosa con Servicio de Salud Talcahuano* (2019): CS, 8 noviembre 2019 (Rol N° 14909-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Aránguiz, Vivanco (r); Al: Pallavicini [casación].

9. *Prescripción acción indemnizatoria de crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado [17 casos]*

- Bastías Kessi, Carlos con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 15 enero 2019 (Rol N° 20362-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, Dahm (r); Al: Abuauad, Barra [casación].
- Morales Saavedra, Hugo y otro con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 29 enero 2019 (Rol N° 12636-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, Dahm; Al: Barra (r), Munita [casación].
- Caucoto Pereira, Nelson Guillermo con Fisco de Chile I* (2019): Corte Suprema, 21 febrero 2019 (Rol N° 3363-2019), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Valderrama, Dahm; Al: Barra (sr) [casación].
- Caucoto Pereira, Nelson con Fisco de Chile II* (2019): Corte Suprema, 21 febrero 2019 (Rol N° 15402-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, Biel; Al: Munita (r), Barra [casación].
- Cortés Cortés, María con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 25 febrero 2019 (Rol N° 29251-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, Valderrama, J. Muñoz; Al: Barra (sr) [casación].
- Fernández Barra, Mercedes y otros con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 26 febrero 2019 (Rol N° 31363-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, Valderrama, J. Muñoz; Al: Barra (sr) [casación].
- García López, Ruth y otros con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 4 marzo 2019 (Rol N° 4521-2019), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Cisternas, Valderrama; Al: Munita (sr) [casación].
- González Pérez, Juan con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 26 marzo 2019 (Rol N° 29463-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Cisternas, Valderrama (r), Dahm [casación].
- Pozo Cabezas, Margarita con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 26 marzo 2019 (Rol N° 29944-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Cisternas, Valderrama (r), Dahm [casación].
- Muñoz Odgers, Marta y otros con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 13 mayo 2019 (Rol N° 31605-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Cisternas (r), Valderrama, Dahm; Al: Barra [casación].
- González Pérez, Daniel Aurelio con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 28 mayo 2019 (Rol N° 31766-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Cisternas, Valderrama (r), Dahm; Al: Barra [casación].
- Osses Beltrán, Agneo José con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 20 agosto 2019 (Rol N° 29448-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller (r), Valderrama, Dahm; Al: Lagos [casación].
- Torrealba Pasten, Guillermo y Fuentes Morales, Marcia con Medina Aldea, Luis Alberto* (2019): Corte Suprema, 26 septiembre 2019 (Rol N° 8318-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Cisternas (r), Valderrama, Dahm [casación].
- Cárcamo Barría, José Enrique con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 11 octubre 2019 (Rol N° 17842-2019), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsemüller, Valderrama, Dahm; Al: Gajardo (r) [casación].

Baeza González, José Luis con Fisco de Chile (2019): Corte Suprema, 4 noviembre 2019 (Rol N° 19210-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller, Valderrama, Dahm; Al: Etcheberry (r), Gajardo [casación].

Fisco de Chile con Pinochet Ugarte, Augusto y otros (2019): Corte Suprema, 5 noviembre 2019 (Rol N° 4227-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Valderrama, Dahm (r), Biel; Al: Etcheberry [casación].

Bravo Espinoza, Nelson y otros con Fisco de Chile (2019): CS, 14 noviembre 2019 (Rol N°20520-2018), 2ª Sala. M: Dolmestch, Künsenmüller, Cisternas (r), Valderrama, Dahm. [casación]

10. *Legitimación activa para ejercer la acción de protección [no se registraron casos en 2019]*

11. *Procedencia y alcance de la acción de mera certeza [no se registraron casos en 2019]*

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. *Funcionarios a honorarios y supletoriedad Código del Trabajo [71 casos]*

Sandoval Vergara, Paula con Municipalidad de Tomé (2019): CS, 2 enero 2019 (Rol N° 23013-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz, Vivanco; Al: Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Zúñiga Meza, María con Municipalidad de Hualpén (2019): CS, 2 enero 2019 (Rol N° 23016-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (p), A. Muñoz, Biel; Al: Matus, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Arenas Farías, Ignacio con Municipalidad de Molina (2019): CS, 2 enero 2019 (Rol N° 22890-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Biel; Al: Matus, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Rodríguez Quenlo, Valeria con Municipalidad de Molina (2019): CS, 3 enero 2019 (Rol N° 23143-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Quintanilla, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Garcés Fernández, Luis con Municipalidad de San Miguel (2019): CS, 3 enero 2019 (Rol N° 20289-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz; Al: Abuaud, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Muñoz Veliz, Karina con Municipalidad de Coquimbo (2019): CS, 3 enero 2019 (Rol N° 14755-2018), 4ª Sala. M: Fuentes, Blanco, Chevesich; Al: Munita, Gajardo (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Rojas Ramírez, Miguel con Municipalidad de Valparaíso (2019): Corte Suprema, 7 enero 2019 (Rol N° 2333-2018), Cuarta Sala. Ministros: Blanco, Chevesich, A. Muñoz; Abogados integrantes: Abuaud, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Delgado Pino, Daniel con Municipalidad de La Cisterna (2019): CS, 7 enero 2019 (Rol N° 18936-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz; Al: Abuaud, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Lin Muñoz, Tai I con Secretaría Regional Ministerial de la Vivienda y Urbanismo (2019): CS, 9 enero 2019 (Rol N° 15479-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Aránguiz, A. Muñoz; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Risco Saldivia, Sandra con Municipalidad de Valparaíso (2019): CS, 9 enero 2019 (Rol N° 12661-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz, Vivanco, Prado (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

Román Gutiérrez, Lía con Municipalidad de Maipú (2019): CS, 9 enero 2019 (Rol N° 25061-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Etcheberry, Gajardo (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

- Martínez González, Diego con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 9 enero 2019 (Rol N° 19163-2018), 4ª Sala. M: Fuentes, Blanco, A. Muñoz; Al: Etcheberry, De la Maza [unificación de jurisprudencia laboral].
- Requena Donoso, Fernando con Municipalidad de Cerrillos* (2019): CS, 16 enero 2019 (Rol N° 18701-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Quintanilla, Pallavicini [unificación de jurisprudencia laboral].
- Roa Sanhueza, Marcelo con Municipalidad de Huechuraba* (2019): CS, 17 enero 2019 (Rol N° 28266-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Quintanilla, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Montecinos Acaricia, Israel con Municipalidad de Vilcún* (2019): CS, 17 enero 2019 (Rol N° 26509-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Quintanilla, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Tobar Aedo, Andrés con Municipalidad de Huechuraba* (2019): CS, 17 enero 2019 (Rol N° 25059-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Quintanilla, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Pando Monarde, Ángel con Municipalidad de Quilicura* (2019): CS, 22 enero 2019 (Rol N° 25185-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, Biel; Al: Quintanilla, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Trujillo Osorio, Rafael con Municipalidad de Melipilla* (2019): CS, 31 enero 2019 (Rol N° 8448-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Abuaud, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Alvarado Bustos, Natalia con Municipalidad de Melipilla* (2019): CS, 31 enero 2019 (Rol N° 8447-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Abuaud, Pallavicini (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Urrutia Martínez, Paola Carolina con Municipalidad de Valparaíso* (2019): CS, 20 febrero 2019 (Rol N° 12488-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Abogados integrantes: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Gómez Monroy, Ricardo con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 21 febrero 2019 (Rol N° 23208-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz; Abogados integrantes: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Mora Rivas, Rocío con Municipalidad de Cobquecura* (2019): CS, 26 febrero 2019 (Rol N° 26271-2018), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, Meins; Al: Etcheberry, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Cortés Cerda, Rodrigo con Municipalidad de Las Condes* (2019): CS, 27 febrero 2019 (Rol N° 18695-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz; Al: Quintanilla, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Cáceres Cáceres, Jocelyn con Municipalidad de Buin* (2019): CS, 4 marzo 2019 (Rol N° 25079-2018), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Gómez; Al: Matus, Gajardo (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Báez Simpertigue, Alejandra con Municipalidad de Talcahuano* (2019): CS, 4 marzo 2019 (Rol N° 23116-2018), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, Gómez; Al: Matus, Gajardo (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Soto Charme, Paulina y otra con Municipalidad de La Pintana* (2019): CS, 5 marzo 2019 (Rol N° 6583-2018), 4ª Sala. M: Blanco (d), A. Muñoz, Vivanco; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Barrera Valdés, Felipe con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 14 marzo 2019 (Rol N° 22881-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, Biel; Al: Quintanilla, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Quinchel Díaz, Luis con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N° 4142-2018), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, Gómez; Al: Etcheberry, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Acevedo Parra, Carol con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 11 abril 2019 (Rol N° 3940-2019) M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Abuaud, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

- Sandoval Garrido, Aldo y otro con Municipalidad de Pinto* (2019): CS, 15 abril 2019 (Rol N° 16650-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Aránguiz (d), A. Muñoz; Al: Quintanilla, Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Zorricueta Miranda, Angélica María con Municipalidad de La Reina* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 31236-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz (d), M. Silva; Al: Etcheberry (d), Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Ramos Miranda, Ximena con Municipalidad de Coquimbo* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 25069-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Medina Pérez, Mariela Paulina con Agencia de Calidad de la Educación* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 31696-2018), 4ª Sala. M: Künsemüller, Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Morales Onell, Melany Andrea con Gobierno Regional de Arica y Parinacota* (2019): CS, 2 mayo 2019 (Rol N° 29515-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Elso Sandoval, Jorge con Municipalidad de Talcahuano* (2019): CS, 6 mayo 2019 (Rol N° 31611-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Abuaud, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Montecino Venegas, Cristhoper con Municipalidad de Florida* (2019): CS, 6 mayo 2019 (Rol N° 14764-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Etcheberry, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Toncio Morales, Karen con Municipalidad de Rengo* (2019): CS, 15 mayo 2019 (Rol N° 28229-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Cerón Acevedo, Carolina con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 20 mayo 2019 (Rol N° 32696-2018), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich, A. Muñoz, M. Silva; Al: De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Soto Santibáñez, Carlos con Municipalidad de Rengo* (2019): CS, 23 mayo 2019 (Rol N° 29867-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Quintanilla, Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Domínguez Ramírez, Fabián con Municipalidad de Hualpén* (2019): CS, 11 junio 2019 (Rol N° 1451-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Carrasco Moreno, Minda con Municipalidad de Melipilla* (2019): CS, 17 junio 2019 (Rol N° 3679-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Zúñiga Soto, Sergio con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 20 junio 2019 (Rol N° 25060-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Del Solar Matthehensohn, Luis con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 24 junio 2019 (Rol N° 4440-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Etcheberry, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Salinas Astudillo, Karen con Servicio Electoral* (2019): CS, 26 junio 2019 (Rol N° 3502-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia].
- Sierra D'Orival, Álvaro Patricio con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 1 julio 2019 (Rol N° 4490-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, Prado (p); Al: M. Silva (p), Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Aguilera Castex, Flaviano con Municipalidad de Illapel* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 2186-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Muñoz Arrué, Marisol del Carmen con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 30627-2018), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Etcheberry, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

- Cheuquelaf Morales, Marcia Catalina con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 5803-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Etcheberry, Munita (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Ramírez Salinas, María Mercedes con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 18 julio 2019 (Rol N° 4511-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz (p), Prado (p), M. Silva (p); Al: Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Romero Pastene, María Ena con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 18 julio 2019 (Rol N° 4510-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Palma Garrido, María Cristina con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 18 julio 2019 (Rol N° 4457-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Riquelme Fuentealba, Marlys con Municipalidad de Peñalolén* (2019): CS, 18 julio 2019 (Rol N° 5800-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, Abuaud (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Toledo González, Gabriel Adrián con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* (2019): CS, 25 julio 2019 (Rol N° 4907-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Courten Sepúlveda, Pablo César con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 14 agosto 2019 (Rol N° 4515-2019), 4ª Sala. M: Cisternas, Blanco, Chevesich (d); Al: Munita, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Elgueta Venegas, Lorena Alejandra con Municipalidad de Providencia* (2019): CS, 14 agosto 2019 (Rol N° 9784-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva, González; Al: De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Vargas Riquelme, Jorge Andrés con Municipalidad de Calbuco* (2019): CS, 14 agosto 2019 (Rol N° 11993-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), González; Al: De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Zamorano Mendoza, Moisés Aarón con Fisco de Chile* (2019): CS, 20 agosto 2019 (Rol N° 4611-2019), 4ª Sala. M: Cisternas, Blanco, Chevesich (d); Al: Munita, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Gárate Castro, Samuel Esteban con Corporación Municipal Conchalí de Educación, Salud y Atención a Menores* (2019): CS, 1 octubre 2019 (Rol N° 4496-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Barra, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Ibarra Rojas, Hans Carlos con Servicio Agrícola y Ganadero* (2019): CS, 7 octubre 2019 (Rol N° 3947-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, M. Silva (p), González; Al: Quintanilla, Etcheberry (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Arancibia Castro, Fabián Octavio con Municipalidad de Sagrada Familia y del Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 11 octubre 2019 (Rol N° 8272-2018), 4ª Sala. M: A. Muñoz, M. Silva, Repetto; Al: Pallavicini, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Silva Ballesteros, Juana del Carmen con Municipalidad de Puerto Montt* (2019): CS, 14 octubre 2019 (Rol N° 239-2018), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Prado, Repetto; Al: Etcheberry, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Mansilla Silva, Luis Rodolfo con Fisco de Chile* (2019): CS, 23 octubre 2019 (Rol N° 31569-2018), 4ª Sala. M: Brito, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Pallavicini, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Aguirre Maureira, Pier con Municipalidad de Melipilla* (2019): CS, 25 octubre 2019 (Rol N° 12653-2019), 4ª Sala. M: Brito, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Pallavicini, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Porras Monterrey, Pablo Alfonso con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* (2019): CS, 5 noviembre 2019 (Rol N° 12191-2019), 4ª Sala. M: Brito, Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Pallavicini, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].

- Delteil Muñoz, Philippe con Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente* (2019): CS, 5 noviembre 2019 (Rol N° 11419-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Prado; Al: Etcheberry, Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Aguilera Aguilera, Marjorie Evelyn con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 11 noviembre 2019 (Rol N° 13786-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Repetto; Al: Abuaud, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Muñoz Monardes, Paula y otros con Fondo Solidario e Inversión Social* (2019): CS, 11 noviembre 2019 (Rol N° 11239-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Repetto; Al: Abuaud, De la Maza (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Sánchez Díaz, Manuel con Instituto Nacional de Estadísticas* (2019): CS, 25 noviembre 2019 (Rol N° 13336-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Faúndez Saavedra, Clara con Municipalidad de Maipú* (2019): CS, 25 noviembre 2019 (Rol N° 11215-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Barra (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- Canales Huerta, Juan José con Fisco de Chile* (2019): CS, 28 noviembre 2019 (Rol N° 15405-2019), 4ª Sala. M: M. Silva (p), Repetto, Mera; Al: Lagos, Gajardo (sr) [unificación de jurisprudencia laboral].
- García Caro, Miguel Ángel con Servicio de Gobierno Regional de Magallanes y Antártica Chilena* (2019): CS, 29 noviembre 2019 (Rol N° 13367-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Prado, M. Silva (d), Repetto, González (d) (sr) [unificación de jurisprudencia].

13. Término anticipado de empleos a contrata [98 casos]

- Araneda Neira, Marcia con Gobierno Regional de la Región del Biobío* (2018): CS, 20 diciembre 2018 (Rol N° 24943-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (d), Biel (r); Al: Pallavicini, Gajardo (d) [protección].
- Fuentes Ortiz, Eduardo y otros con Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo* (2018): CS, 20 diciembre 2018 (Rol N° 25029-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (d), Biel (r); Al: Pallavicini, Gajardo (p) [protección].
- Jaquieh Nieto, Araceli con Instituto Nacional de Estadísticas* (2018): CS, 20 diciembre 2018 (Rol N° 22061-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (d), Biel (r); Al: Pallavicini, Gajardo (p) [protección].
- Elgueta Lineros, Luis con Subsecretaría del Ministerio del Interior* (2019): CS, 23 enero 2019 (Rol N° 26439-2018), 3ª Sala. M: Egnem, Aránguiz, A. Muñoz; Al: Matus, Pallavicini (r) [protección].
- Aedo Álvarez, Karina con Gobernación Provincial de San Antonio* (2019): CS, 24 enero 2019 (Rol N° 24812-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Etcheberry, Munita (r) [protección].
- Escobar Villagra, María con Servicio de Vivienda y Urbanización* (2019): CS, 28 enero 2019 (Rol N° 28238-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r) (d), Prado (p), Vivanco; Al: Munita [protección].
- Muñoz Lira, Felipe con Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 28 enero 2019 (Rol N° 28466-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r) (d), Prado (p), Vivanco; Al: Munita [protección].
- Cea Mora, Roberto con Subsecretaría del Ministerio del Interior* (2019): CS, 19 febrero 2019 (Rol N° 29608-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d) (r), Vivanco [protección].
- Colihuil Binimelis, José con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2019): CS, 19 febrero 2019 (Rol N° 29477-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Prado, Vivanco; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) [protección].
- Mundaca Mundaca, Edmundo German con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 21 febrero 2019 (Rol N° 29441-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (r), S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco [protección].

- Céspedes Silva, Deysy* con *Subsecretaría de Transportes* (2019): CS, 21 febrero 2019 (Rol N° 29332-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz, Prado (r), Vivanco (d) [protección].
- Astorga Santoro, Maiten* con *Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 27 febrero 2019 (Rol N° 28470-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d) (r), Prado (p), Vivanco; Al: Munita [protección].
- López Palma, Felipe* con *Dirección de Obras Hidráulicas* (2019): CS, 27 febrero 2019 (Rol N° 28328-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Aránguiz, Prado, Vivanco (r) (d) [protección].
- Orellana Trincado, Oscar* con *Dirección General de Crédito Prendario* (2019): CS, 28 febrero 2019 (Rol N° 2552-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Blanco, Vivanco, Biel, J. Muñoz (r) [protección].
- Meléndez Jiménez, Rosa* con *Agencia Nacional de Inteligencia* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 22174-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado (d) (r), Sandoval; Al: De la Maza, Pierry [protección].
- Durán Bravo, Maribel* con *Servicio de Registro Civil e Identificación* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 234-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Quintanilla (r), Pierry (p) [protección].
- Arrepol Barra, Marcelo* con *Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 241-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Pierry, Quintanilla (r) [protección].
- Mora Fuentes, Luis Alberto* con *Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 2700-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco (r), S. Muñoz, J. Muñoz, Vivanco [protección].
- Hohmann Toledo, Enrique Alberto* con *Secretaría Regional Ministerial de Educación Los Lagos* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 32723-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d); Al: Gómez (r) [protección].
- Roa Cerda, Cristhian Manuel* con *Dirección de Obras Hidráulicas* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 1319-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco, J. Muñoz (r), Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Fernández Carrera, Karina Angélica* con *Subsecretaría de Evaluación Social* (2019): CS, 13 marzo 2019 (Rol N° 29757-2018), 3ª Sala. M: Prado, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry (d), Quintanilla (r) [protección].
- Segura Domínguez, Renato Arturo* con *Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales* (2019): CS, 14 marzo 2019 (Rol N° 24594-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Munita (r), Pierry (p) [protección].
- Navarrete García, Héctor* con *Superintendencia de Educación* (2019): CS, 19 marzo 2019 (Rol N° 5530-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini (sr) [protección].
- Saralegui Martínez, Hermes* con *Servicio de Salud Osorno* (2019): CS, 19 marzo 2019 (Rol N° 5526-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini (sr) [protección].
- Servicio Nacional del Adulto Mayor* con *Villagra Rojas, Flabio Miguel* (2019): CS, 19 marzo 2019 (Rol N° 28121-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d) (r), Aránguiz, Prado; Al: Barra [protección].
- Molina Millán, Jorge* con *Servicio de Salud O'Higgins* (2019): CS, 21 marzo 2019 (Rol N° 2551-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Blanco, Prado (r), Vivanco, Biel [protección].
- Muñoz González, Jaime Arturo* con *Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región del Maule* (2019): CS, 21 marzo 2019 (Rol N° 22181-2018), 3ª Sala. M: Sandoval (d) (r), Prado, Vivanco; Al: Etcheberry, Munita [protección].
- Rojas Luarte, Rodolfo* con *Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo* (2019): CS, 21 marzo 2019 (Rol N° 26198-2018), 3ª Sala. M: Egnem (p), Aránguiz (d), A. Muñoz (p); Al: Matus, Pallavicini (r) [protección].

- Ríos López, Cristián con *Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 21 marzo 2019 (Rol N° 33013-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval (p), Aranguiz, Prado; Al: Gómez [protección].
- Pojomovsky De la Carrera, Valentina con *Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N° 23027-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Aránguiz, Prado, Vivanco [protección].
- Quiero Aguirre, Francisco con *Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N° 32983-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (p), Aránguiz, Prado; Al: Gómez (d) (r) [protección].
- Servicio de Vivienda y Urbanismo con *Torres Pastene, Dayana* (2019): CS, 26 marzo 2019 (Rol N° 26441-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); Al: Munita [protección].
- Sepúlveda Cortés, Galo con *Gendarmería de Chile* (2019): CS, 26 marzo 2019 (Rol N° 26304-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); Al: Munita [protección].
- Carrasco González, Fabiola con *Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 26 marzo 2019 (Rol N° 26437-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); Al: Munita [protección].
- Díaz Núñez, Yasmín con *Ministerio de Desarrollo Social* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 2062-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco (d), J. Muñoz, Vivanco (r); Pallavicini [protección].
- Silva Arancibia, Michael con *Servicio Nacional de Turismo* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 3912-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Blanco (r), Prado, Vivanco [protección].
- Sepúlveda Sandoval, Marlies con *Ministerio de Salud* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 6808-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Aránguiz (d), Prado, Vivanco (sr) [protección].
- Espinoza Mercado, Marco con *Gobierno Regional de Arica y Parinacota* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 2325-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco (d), J. Muñoz, Vivanco (r); Al: Pallavicini [protección].
- Escobar Acosta, Angel con *Servicio de Vivienda y Urbanismo Región Arica y Parinacota* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 2513-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Blanco (d), Vivanco, Biel, J. Muñoz (r) [protección].
- Cuevas Cuevas, Andrés con *Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2019): CS, 1 abril 2019 (Rol N° 7229-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Aránguiz (d), Prado, Vivanco [protección].
- Donner Valerio, Claudia Gabriela con *Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 8 abril 2019 (Rol N° 3641-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Blanco (r), Prado, Vivanco [protección].
- Wiederhold Castro, Gabriela Andrea con *Servicio de Salud Osorno* (2019): CS, 10 abril 2019 (Rol N° 5203-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Blanco, Prado, Vivanco [protección].
- Almonacid Soto, Guillermina con *Servicio Nacional de Turismo* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 247-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry, Pierry (r) [protección].
- Torres González, Paola Soledad con *Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 5556-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [protección].
- Pinilla Altamirano, Luis con *Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 23 abril 2019 (Rol N° 2762-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (p), Prado, Vivanco (r); Al: Munita [protección].
- Vargas Arriagada, María con *Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 24 abril 2019 (Rol N° 33017-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Etcheberry, Pallavicini (d) [protección].

- Briones Guerrero, María Angélica con Subsecretaría de Prevención del Delito* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 6800-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Munita [protección].
- Muñoz Leiva, Daniela Francisca con Ministerio de Bienes Nacionales* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 6781-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Quintanilla (r), Munita [protección].
- Morales Correa, César con Ministerio de Salud* (2019): CS, 8 mayo 2019 (Rol N° 5168-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Prado, Vivanco (r) [protección].
- Ascencio Vidal, Miguel con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 13 mayo 2019 (Rol N° 4787-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval, Prado (p), Vivanco; Al: Matus (p) [protección].
- Ganga Urbina, Gloria con Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 14 mayo 2019 (Rol N° 5895-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Pavez Gómez, Myrna Astrid con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género* (2019): CS, 14 mayo 2019 (Rol N° 5733-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (p), Prado, Vivanco (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Medel Retamal, Blanca con Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2019): CS, 15 mayo 2019 (Rol N° 24719-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado (r), Vivanco; Al: Munita [protección].
- Rodríguez Cárdenas, Claudia con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 5557-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [protección].
- Barria Angulo, Bernardo René con Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 27 mayo 2019 (Rol N° 5906-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado (r), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario con Cancino Cáceres, Eduardo Alberto* (2019): CS, 29 mayo 2019 (Rol N° 6833-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (p), Sandoval, Vivanco; Al: Munita (r), Quintanilla [protección].
- De la Fuente Alvarez, Ana María Isabel con Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 29 mayo 2019 (Rol N° 6832-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Munita (r), Quintanilla [protección].
- Arcos García, Paula Andrea con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5495-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Prado, Sandoval (d); Al: Pierry, Etcheberry [protección].
- Poblete Ferrer, Fernando con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5501-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado; Al: Etcheberry, Pierry [protección].
- Rojas Valdivia, Ariel Manuel con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5505-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado; Al: Pierry, Etcheberry [protección].
- Rondón Humeres, Álvaro Tomás con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5499-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado; Al: Pierry, Etcheberry [protección].
- Barahona León, Fabián con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 11 junio 2019 (Rol N° 4803-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Prado, Vivanco; Al: Matus (d) [protección].
- Fuentes Reyes, Jorge con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 3404-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Blanco, Prado, Vivanco (r) [protección].
- Peña Castro, Claudia con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2019): CS, 9 julio 2019 (Rol N° 7325-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].

- Berger Salinas, Maureen con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 24 julio 2019 (Rol N° 16103-2019), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Fuentes, J. Muñoz (r); Al: Quintanilla, Munita [protección].
- Sanhueza Córdova, Yasna con Ministerio de Las Culturas, Las Artes y El Patrimonio* (2019): CS, 1 agosto 2019 (Rol N° 1497-2019), 3ª Sala. M: Blanco, Vivanco (p), Biel, J. Muñoz (r); Al: Barra [protección].
- González Gelvez, Rita con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2019): CS, 11 septiembre 2019 (Rol N° 12309-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, M. Silva; Al: Quintanilla, Pallavicini (r) (d) [protección].
- Varela Campos, Daniela con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2019): CS, 11 septiembre 2019 (Rol N° 12294-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, M. Silva (p); Al: Quintanilla, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Valenzuela Mejías, Pablo y otros con Instituto Nacional del Deporte* (2019): CS, 24 septiembre 2019 (Rol N° 11502-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p). Sandoval (d), Aránguiz (p), Prado (r), Vivanco [protección].
- Seguel Jara, Ramón con Universidad de Santiago* (2019): CS, 27 septiembre 2019 (Rol N° 13307-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Araya Valdés, Rubén con Servicio Nacional de Menores* (2019): CS, 2 octubre 2019 (Rol N° 12536-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Corveleyn Castro, Jorge con Municipalidad de Talca* (2019): CS, 2 octubre 2019 (Rol N° 12588-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Lagos Parra, Cristián con Subsecretaría de Prevención del Delito* (2019): CS, 17 octubre 2019 (Rol N° 10692-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, Cisternas, Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Ramos Navarrete, Gabriel con Servicio de Vivienda y Urbanismo Región de Valparaíso* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 20916-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Aránguiz (p), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Castro Flores, María con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 20737-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Aránguiz (p), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Lamilla Canales, Zaida con Ministerio de Salud* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 14948-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla (d) [protección].
- Soto García, Patricia con Hospital de Ancud* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 21261-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Aránguiz (p), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [casación].
- Jadue Jadue, Solange con Dirección de Compras y Contratación Pública* (2019): CS, 25 noviembre 2019 (Rol N° 16914-2019), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Fuentes, J. Muñoz (r); Al: Quintanilla, Munita [casación].
- Torca Merino, Cristóbal Francisco con Gobierno Regional de la Araucanía* (2019): CS, 3 diciembre 2019 (Rol N° 33500-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (sr) [protección].
- Contreras Pardo, Yasna y Flores Chirre, Jaime con Corporación Administrativa del Poder Judicial* (2019): CS, 4 diciembre 2019 (Rol N° 15977-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Pávez Carrasco, Haydee con Secretaría Regional Ministerial de Educación de la Región Metropolitana* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18445-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini (d) [protección].
- Zamorano Vargas, María Paz con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18440-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini [protección].

- Lagos Jara, Raquel Olivia con Gobierno Regional de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17643-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- Escobar Villagra, María con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17641-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- Sepúlveda Maldonado, Juan Carlos con Servicio Nacional de Menores* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17619-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (r) (d) [protección].
- Colihuil Binimelis, José con Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17466-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- García Lastarria, Miguel con Ministerio Secretaría General de Gobierno* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 15478-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Latin Quezada, Renán con Subsecretaría de Salud Pública* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 15458-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Simonet Romero, Romina Paz con Ministerio de la Mujer y Equidad de Género* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 14812-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Espinoza Gavilán, Sergio con Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18732-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini [protección].
- González Nahum, Óscar con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18639-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos (r), Barra [protección].
- Valdebenito Solís, Cristian con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23210-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Álvarez Catalán, Claudio con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23182-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Nieto Navarrete, Gloria con Secretaría Regional Ministerial del Deporte de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23058-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Torres Zalazar, Juan Manuel con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 18 diciembre 2019 (Rol N° 16982-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Muñoz Riveros, Héctor José con Gobierno Regional Metropolitano* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 17756-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d) (r), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini [protección].
- Martínez Rojas, Raúl Roger con Servicio Local de Educación de Puerto Cordillera* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 17321-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d) (r), Vivanco; Al: Abuaud (r), Pierry (d) [protección].
- Paredes Toledo, Marcela con Servicio Nacional de la Mujer y de la Equidad de Género* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 15452-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz (r); Al: Lagos, Gómez [protección].

14. *Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata [12 casos]*

- Bustos Donoso, Juan con Subsecretaría del Ministerio de Minería* (2019): CS, 20 febrero 2019 (Rol N° 29438-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz (r) (p), Prado, Sandoval, Vivanco [protección].

- Mundaca Edmundo Germán con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 21 febrero 2019 (Rol N° 29441-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (r), S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d), Vivanco [protección].
- López Palma, Felipe con Dirección de Obras Hidráulicas* (2019): CS, 27 febrero 2019 (Rol N° 28328-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval, Vivanco (r) (d) [protección].
- Meléndez Jiménez, Rosa con Agencia Nacional De Inteligencia* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 22174-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado (r) (d), Sandoval; AI: De la Maza, Pierry [protección].
- Condori Flores, Isabel con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 8 abril 2019 (Rol N° 3684-2019), 3ª Sala. M: Blanco (r), S. Muñoz (d), Prado, Vivanco; AI: Munita [protección].
- Aguilera Cuadra, Nevenka con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 16 abril 2019 (Rol N° 3683-2019), 3ª. M: Blanco, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval (r), Vivanco [protección].
- Ganga Urbina, Gloria con Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 14 mayo 2019 (Rol N° 5895-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); AI: Pallavicini (d) [protección].
- Barría Angulo, Bernardo René con Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 27 mayo 2019 (Rol N° 5906-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco, Prado (r); AI: Pallavicini (d) [protección].
- Rondón Humeres, Álvaro con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5499-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado; AI: Pierry, Etcheberry [protección].
- Fuentes Reyes, Jorge con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 3404-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Blanco, Prado, Vivanco (r) [protección].
- Berger Salinas, Maureen con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 24 julio 2019 (Rol N° 16103-2019), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Fuentes, J. Muñoz (r); AI: Quintanilla, Munita [protección].
- Barrera Pedemonte, Loreto con Director del Trabajo y la Dirección del Trabajo* (2019): CS, 24 octubre 2019 (Rol N° 20959-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval (p), Vivanco; AI: Pallavicini (r) (p) [protección].

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata [98 casos]*

- Choque Pacaje, Aldo con Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Obras Públicas* (2019): CS, 16 enero 2019 (Rol N° 26575-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Fuentes (d), Prado (d); AI: Quintanilla (r), Pallavicini [protección].
- Cancino Alvarez, Pablo con Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 21 enero 2019 (Rol N° 24783-2018), 3ª Sala. M: Prado, Sandoval (d), Vivanco; AI: Etcheberry, Munita (d) (r) [protección].
- Oddo Kautz, Walter con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2019): CS, 23 enero 2019 (Rol N° 26445-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), Egnem, A. Muñoz; AI: Matus, Pallavicini (r) [protección].
- Elgueta Lineros, Luis con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2019): CS, 23 enero 2019 (Rol N° 26439-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, Egnem, A. Muñoz; AI: Matus, Pallavicini (r) [protección].
- Aedo Alvarez, Karina con Gobernación Provincial de San Antonio* (2019): CS, 24 enero 2019 (Rol N° 24812-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Prado, Vivanco; AI: Etcheberry, Munita (r) [protección].
- Escobar Villagra, María con Servicio de Vivienda y Urbanización* (2019): CS, 28 enero 2019 (Rol N° 28238-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r) (d), Prado (p), Vivanco; AI: Munita [protección].
- Cea Mora, Roberto con Subsecretaría del Ministerio del Interior* (2019): CS, 19 febrero 2019 (Rol N° 29608-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (r) (d), Vivanco [protección].

- Colihuil Binimelis, José con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2019): CS, 19 febrero 2019 (Rol N° 29477-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Prado, Vivanco; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) [protección].
- Bustos Donoso, Juan con Subsecretaría del Ministerio de Minería* (2019): CS, 20 febrero 2019 (Rol N° 29438-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval, Aránguiz, Prado, Vivanco [protección].
- Mundaca Edmundo, Germán con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 21 febrero 2019 (Rol N° 29441-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (r), S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d), Vivanco [protección].
- López Palma, Felipe con Zúñiga Brito, Carolina* (2019): CS, 27 febrero 2019 (Rol N° 28328-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Aránguiz, Prado, Vivanco (d) (r) [protección].
- Orellana Trincado, Oscar con Dirección General de Crédito Prendario* (2019): CS, 28 febrero 2019 (Rol N° 2552-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco, S. Muñoz (d), J. Muñoz (r), Vivanco [protección].
- Meléndez Jiménez, Rosa Violeta con Agencia Nacional de Inteligencia* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 22174-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado (r) (d), Sandoval; Al: De La Maza, Pierry [protección].
- Durán Bravo, Maribel con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 234-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Pierry (p), Quintanilla (r) [protección].
- Arrepol Barra, Marcelo con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 11 marzo 2019 (Rol N° 241-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Quintanilla (r), Pierry [protección].
- Soto Morán, Ximena con Servicio Nacional de Menores* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 32953-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz, Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry (r) [protección].
- Hohmann Toledo, Enrique con Secretaría Regional Ministerial de Educación Los Lagos* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 32723-2018), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d); Al: Gómez (r) [protección].
- Roa Cerda, Cristhian con Dirección de Obras Hidráulicas* (2019): CS, 12 marzo 2019 (Rol N° 1319-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco, J. Muñoz (r), Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Fernández Carrera, Karina Angélica con Subsecretaría de Evaluación Social* (2019): CS, 13 marzo 2019 (Rol N° 29757-2018), 3ª Sala. M: Prado, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry (d), Quintanilla (r) [protección].
- Segura Domínguez, Renato con Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales* (2019): CS, 14 marzo 2019 (Rol N° 24594-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Munita (r), Pierry (p) [protección].
- Muñoz González, Jaime con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región del Maule* (2019): CS, 21 marzo 2019 (Rol N° 22181-2018), 3ª Sala. M: Sandoval (r) (d), Prado, Vivanco; Al: Etcheberry, Munita [protección].
- Pojomovsky De la Carrera, Valentina con Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N° 23027-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Aránguiz, Prado, Vivanco (p) [protección].
- Ramírez Cornejo, Miguel con Gobierno Regional Arica y Parinacota* (2019): CS, 25 marzo 2019 (Rol N° 2512-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Blanco, Vivanco (r), Biel, J. Muñoz [protección].
- Torres Pastene, Dayana con Servicio de Vivienda y Urbanismo* (2019): CS, 22 marzo 2019 (Rol N° 26441-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco (r); Al: Munita [protección].
- Carrasco González, Fabiola con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 26 marzo 2019 (Rol N° 26437-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Munita [protección].

- Alvarez González, Mary Triny con Secretaría Regional Ministerial de Educación y otro* (2019): CS, 28 marzo 2019 (Rol N° 2891-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Blanco, Prado, Vivanco, Biel (r) [protección].
- Escudey Godoy, Caludio con Hospital Base de Osorno* (2019): CS, 4 abril 2019 (Rol N° 4079-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Blanco, Prado (r), Vivanco [protección].
- Zapata Urzúa, Juan con Servicio de Salud Atacama* (2019): CS, 8 abril 2019 (Rol N° 3914-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Blanco, Prado, Vivanco [protección].
- Leiva Montecinos, Daniela con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2019): CS, 8 abril 2019 (Rol N° 3867-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Blanco (r) (d), Prado, Vivanco [protección].
- Mazuela Águila, Claudia con Gobierno Regional de Los Lagos* (2019): CS, 8 abril 2019 (Rol N° 4212-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Quintanilla [protección].
- Alegría Osorio, Mauricio con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 10 abril 2019 (Rol N° 3640-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (r) (d), Prado, Sandoval, Vivanco [protección].
- Fuentes Flores, Roberto Antonio con Junta Nacional de Jardines Infantiles A* (2019): CS, 14 abril 2019 (Rol N° 3682-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval (r), Vivanco [protección].
- Aguilera Cuadra, Nevenka con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 16 abril 2019 (Rol N° 3683-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval (r), Vivanco [protección].
- Torres González, Paola con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 5556-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [protección].
- Oyarzun Albarracín, Marcelo con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 7581-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (sr) [protección].
- Hermosilla Jaque, Juan con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 7659-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (sr) [protección].
- Rodríguez Cárdenas, Claudia con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 22 abril 2019 (Rol N° 5557-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini, Quintanilla [protección].
- Vargas Arriagada, María con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 24 abril 2019 (Rol N° 33017-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Etcheberry, Pallavicini (d) [protección].
- Castillo Vega, Cristian Roberto con Ministerio de Desarrollo Social* (2019): CS, 24 abril 2019 (Rol N° 5110-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval, Vivanco (r) [protección].
- Álvarez Aguirre, Juan Pablo con Superintendencia de Educación de la Región de Magallanes y Antártica Chilena* (2019): CS, 29 abril 2019 (Rol N° 6849-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Munita, Quintanilla (r) [protección].
- Varela Villagrán, Jaime con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2019): CS, 8 mayo 2019 (Rol N° 2824-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Blanco, Prado, Vivanco (r) [protección].
- Morales Correa, César con Ministerio de Salud* (2019): CS, 8 mayo 2019 (Rol N° 5168-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (d), Prado, Sandoval, Vivanco (r) [protección].
- Cruces Pérez, Paula Inés con Gobierno Regional de Aysén* (2019): CS, 13 mayo 2019 (Rol N° 5457-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Prado, Sandoval (p), Vivanco; Al: Gómez [protección].
- Moya Muñoz, Patricio Eduardo con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 13 mayo 2019 (Rol N° 5287-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez [protección].

- Ascencio Vidal, Miguel con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 13 mayo 2019 (Rol N° 4787-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Matus (p) [protección].
- Contreras Poyanco, Marcia Elena con Ministerio del Interior* (2019): CS, 13 mayo 2019 (Rol N° 4656-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Matus [protección].
- Pavez Gómez, Myrna con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género* (2019): CS, 14 mayo 2019 (Rol N° 5733-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (p), Prado, Vivanco (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Ganga Urbina, Gloria con Ministerio de Obras Públicas* (2019): CS, 14 mayo 2019 (Rol N° 5895-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado, Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Pereira Gajardo, Karen Elizabeth con Subsecretaría del Interior* (2019): CS, 15 mayo 2019 (Rol N° 7334-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (r) (p), S. Muñoz (p), Prado (d), Sandoval (d), Vivanco [protección].
- Cárdenas Pinto, Oriana con Servicio de Vivienda y Urbanización* (2019): CS, 15 mayo 2019 (Rol N° 7295-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (r), Prado, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Medel Retamal, Blanca con Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2019): CS, 15 mayo 2019 (Rol N° 24719-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado (r), Vivanco; Al: Munita [protección].
- Quiroz Valenzuela, Víctor Mauricio con Hospital Base de Osorno* (2019): CS, 27 mayo 2019 (Rol N° 4213-2019), 3ª Sala. M: Blanco, S. Muñoz (r) (d), Prado, Sandoval, Vivanco [protección].
- Rey Pinto, Cynthia Carolina con Servicio de Salud O'Higgins* (2019): CS, 27 mayo 2019 (Rol N° 2802-2019), 3ª Sala. M: Biel, Blanco, S. Muñoz, Prado (r) (p), Vivanco [protección].
- Barría Angulo, Bernardo René con Instituto Nacional de la Juventud* (2019): CS, 27 mayo 2019 (Rol N° 5906-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Prado (r), Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Silva Zamorano, Juan con Servicio de Salud de Concepción* (2019): CS, 28 mayo 2019 (Rol N° 6095-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Prado (r), Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Cabrera Leal, Catherine con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2019): CS, 28 mayo 2019 (Rol N° 6000-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado (r), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Cancino Cáceres, Eduardo con Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 29 mayo 2019 (Rol N° 6833-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz (p), Vivanco; Al: Quintanilla, Munita (r) [protección].
- De la Fuente Alvarez, Ana María Isabel con Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 29 mayo 2019 (Rol N° 6832-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (precariedad), Sandoval (d), Vivanco; Al: Munita (r), Quintanilla [protección].
- Jerez Vidal, Marta Paulina con Superintendencia de Educación* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 6269-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (r) [protección].
- Rondón Humeres, Álvaro con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 junio 2019 (Rol N° 5499-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado; Al: Pierry, Etcheberry [protección].
- Duarte Flores, Jorge con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 11 junio 2019 (Rol N° 4817-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Prado, Sandoval, Vivanco; Al: Matus [protección].
- Barahona León, Fabián con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 11 junio 2019 (Rol N° 4803-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval (d), Prado, Vivanco; Al: Matus (d) [protección].

- Miranda Delgado, Alejandra con Subsecretaría de Servicios Sociales* (2019): CS, 17 junio 2019 (Rol N° 20494-2018), 3ª Sala. M: Biel, Blanco, S. Muñoz (r), J. Muñoz, Vivanco [protección].
- Fuentes Reyes, Jorge con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 3 julio 2019 (Rol N° 3404-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Blanco, Prado, Vivanco (r) [protección].
- Peña Castro, Claudia con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2019): CS, 9 julio 2019 (Rol N° 7325-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Prado, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Berger Salinas, Maureen con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 24 julio 2019 (Rol N° 16103-2019), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Fuentes, J. Muñoz (r); Al: Quintanilla, Munita [protección].
- González Gelvez, Rita con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2019): CS, 11 septiembre 2019 (Rol N° 12309-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, Silva (p); Al: Quintanilla, Pallavicini (r) (d) [protección].
- Varela Campos, Daniela con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2019): CS, 11 septiembre 2019 (Rol N° 12294-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, Silva (p); Al: Quintanilla, Pallavicini (r) (d) [protección].
- Valenzuela Mejías, Pablo y otros con Instituto Nacional del Deporte* (2019): CS, 24 septiembre de 2019 (Rol N° 11502-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Aránguiz (p), Prado (r), Vivanco [protección].
- Seguel Jara, Ramón con Universidad de Santiago* (2019): CS, 27 septiembre 2019 (Rol N° 13307-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Araya Valdés, Rubén con Servicio Nacional de Menores* (2019): CS, 2 octubre 2019 (Rol N° 12536-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Corveleyn Castro, Jorge con Municipalidad de Talca* (2019): CS, 2 octubre 2019 (Rol N° 12588-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (r), Etcheberry [protección].
- Lamilla Canales, Zaida con Ministerio de Salud* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 14948-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla (d) [protección].
- Soto García, Patricia con Hospital de Ancud* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 21261-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Aránguiz (p), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Castro Flores, María con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 18 noviembre 2019 (Rol N° 20737-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Aránguiz (p), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Ramos Navarrete, Gabriel con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso* (2019): CS, 28 noviembre 2019 (Rol N° 20916-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Ivanovic Willumsen, Catalina con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos* (2019): CS, 20 noviembre 2019 (Rol N° 31353-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Fuentes, Prado (r) (p), Gómez [protección].
- Jadue Jadue, Solange con Dirección de Compras y Contratación Pública* (2019): CS, 25 noviembre 2019 (Rol N° 16914-2019), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Fuentes, J. Muñoz (r); Al: Quintanilla, Munita [casación].
- Torca Merino, Cristóbal Francisco con Gobierno Regional de la Araucanía* (2019): CS, 3 diciembre 2019 (Rol N° 33500-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (sr) [protección].
- Contreras Pardo, Yasna y Flores Chirre, Jaime con Corporación Administrativa del Poder Judicial* (2019): CS, 4 diciembre 2019 (Rol N° 15977-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].

- Pávez Carrasco, Haydee con Secretaría Regional Ministerial de Educación de la Región Metropolitana* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18445-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini (d) [protección].
- Zamorano Vargas, María Paz con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18440-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini [protección].
- Lagos Jara, Raquel Olivia con Gobierno Regional de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17643-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- Escobar Villagra, María con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17641-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- Sepúlveda Maldonado, Juan Carlos con Servicio Nacional de Menores* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17619-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (r) (d) [protección].
- Colihuil Binimelis, José con Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 17466-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- García Lastarria, Miguel con Ministerio Secretaría General de Gobierno* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 15478-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Latin Quezada, Renán con Subsecretaría de Salud Pública* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 15458-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Simonet Romero, Romina Paz con Ministerio de la Mujer y Equidad de Género* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 14812-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Espinoza Gavilán, Sergio con Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18732-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, J. Muñoz; Al: Abuaud (r), Pallavicini [protección].
- González Nahum, Óscar con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 12 diciembre 2019 (Rol N° 18639-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos (r), Barra [protección].
- Valdebenito Solís, Cristian con Instituto de Desarrollo Agropecuario* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23210-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Álvarez Catalán, Claudio con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23182-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Nieto Navarrete, Gloria con Secretaría Regional Ministerial del Deporte de la Región de la Araucanía* (2019): CS, 17 diciembre 2019 (Rol N° 23058-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (d); Al: Quintanilla, Pierry (r) [protección].
- Torres Zalazar, Juan Manuel con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2019): CS, 18 diciembre 2019 (Rol N° 16982-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Muñoz Riveros, Héctor José con Gobierno Regional Metropolitano* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 17756-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d) (r), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini [protección].
- Martínez Rojas, Raúl Roger con Servicio Local de Educación de Puerto Cordillera* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 17321-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d) (r), Vivanco; Al: Abuaud (r), Pierry (d) [protección].
- Paredes Toledo, Marcela con Servicio Nacional de la Mujer y de la Equidad de Género* (2019): CS, 19 diciembre 2019 (Rol N° 15452-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz (r); Al: Lagos, Gómez [protección].

16. *Regularización de derechos de aguas [4 casos]*

Esva S.A con Meyer Vorlaeuf, Hella I (2019): CS, 13 marzo 2019 (Rol N° 8470-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Biel (d) (r); Al: Gajardo (d), Pallavicini [casación]

Esva S.A con Meyer Vorlaeuf, Hella II (2019): CS, 13 marzo 2019 (Rol N° 8471-2018), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Biel (d) (r); Al: Gajardo (d), Pallavicini [casación]

Moreno Verdugo Aldo con Junta de Vigilancia Estero Chimbarongo (2019): CS, 30 mayo 2019 (Rol N° 19224-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Blanco, Prado (d), Vivanco (r); Al: Muñita (d) [casación].

Lay Son Román, Gladys con Aguas del Altiplano S.A (2019): CS, 9 julio 2019 (Rol N° 15484-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Blanco, Vivanco (r), Biel; Al: Pierry (d) [casación]

18. *Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental [1 caso]*

Comunidad Agrícola La Dormida con Servicio de Evaluación Ambiental (2019): CS, 7 noviembre 2019 (Rol N° 7073-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Quintanilla (sr) [casación].

Crónica de las repercusiones del Estudio: “El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones”, Publicado en esta *Revista*, N° 28 (2019)

El Estudio “El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones Veinte temas, diez años (2008-2018)”, publicado en el N° 28 (2019) de esta *Revista*, en un número especial dedicado exclusiva y únicamente a este trabajo, generó diversas repercusiones a nivel nacional, tanto en el mundo académico como en la prensa.

Esta es una crónica de esas repercusiones. Puede verse, igualmente, en este número, la continuación de ese Estudio, en que se exponen las líneas y vacilaciones ocurridas durante el año 2019, el que sigue el mismo método y formato que el anterior.

1. Publicación del Estudio en la ReDAE

El Estudio fue dirigido por el académico e investigador Alejandro Vergara Blanco con la colaboración de un equipo de ayudantes del Programa de Derecho Administrativo Económico UC.

Se dedicaron 184 páginas de la *Redae* a la publicación de esa investigación, en la que se estudió y analizó casi 900 sentencias judiciales de la Corte Suprema relativas a 20 temas relevantes para el Derecho Administrativo, durante diez años (2008-2018), distinguiendo en cada materia los hechos que dan origen al conflicto y su regulación; la razón jurídica de la decisión (*ratio iuris decidendi*) y el escenario jurisprudencial. Además, se expusieron, respecto de cada materia analizada, dos clases de gráficos que mostraban de manera expresa el comportamiento de la sala y el comportamiento de los ministros y los abogados integrantes de la Corte Suprema.

2. Discusión pública del tema y anticipo del Estudio en la prensa

Previo a la publicación del Estudio en la ReDAE, hubo varios artículos en la prensa escrita nacional relativos a la investigación de la jurisprudencia, en las que se fue mostrando la evidencia de las vacilaciones jurisprudenciales, así como también, la importancia de poner en conocimiento de la opinión pública la prolongada ocurrencia de estos hechos, por parte del máximo tribunal del país, la Corte Suprema.

a) *Columna de opinión*. La primera aparición en la prensa del tema fue la columna “Vacilaciones jurisprudenciales”, publicada el 27 de septiembre de 2019, en

la sección “Espacio Abierto” del diario *La Tercera*, en la que el director del Estudio expuso el fenómeno de las vacilaciones jurisprudenciales y el zigzagueo al momento de resolver por parte de quienes integran las salas de la Corte Suprema, proponiendo además “que el Pleno de la Corte Suprema analice este asunto y emita, por ejemplo, un auto acordado que regule y sancione los cambios bruscos de jurisprudencia, y que se sancione a los jueces y abogados integrantes que, cual veletas al viento, cambian sus votos una y otra vez. También se podría dictar una ley contra esta mala costumbre de algunos jueces, cuyas vacilaciones jurisprudenciales cabe considerar abusivas y antidemocráticas”.

b) *Primer reportaje*. Luego, el 10 de diciembre de 2019, se publica en el diario *La Tercera*, en la sección “Temas de hoy” el reportaje titulado “El zigzag de la Corte Suprema”, en el que se expusieron los zigzagueos de los integrantes de la Corte Suprema, ministros y abogados integrantes, en cuatro materias relevantes para el Derecho Administrativo: medioambiente (plazo para la invalidación de una resolución de calificación ambiental), minería (requisitos previos para la constitución de una servidumbre minera), administrativo (cómputo de plazo para recurrir a tribunales por un acto administrativo) y derechos de aguas (regularización de derechos de aguas). El reportaje fue acompañado por una entrevista al director de la investigación relativa a las vacilaciones jurisprudenciales, la cual se tituló “Hay una especie de anarquía jurisprudencial”.

c) *Editorial y columna*. A raíz de la publicación anterior, el día 14 de diciembre el diario *El Mercurio* publicó la editorial titulada “Sobre las sentencias de la Corte Suprema”, en la que se comentó el Estudio realizado señalando “La jurisprudencia requiere de consistencia para otorgar certeza a aquellos justiciables que llevan sus problemas ante el conocimiento del Poder Judicial”. Continuando con el interés de la prensa en el Estudio, el día 13 de febrero de 2019 el diario *El Mercurio* publicó, en su cuerpo A, la columna “Jurisprudencia de precedentes obligatorios” del académico director del Estudio, en la que señaló, entre otras cosas: “...Existe una percepción generalizada de que los vaivenes de la jurisprudencia son negativos y los primeros pasos para superarlo debiesen darlos cada juez, cada sala y el Pleno de la Corte Suprema...”.

3. Presentación oficial del Estudio en la Universidad

Esta investigación fue oficialmente presentada en el seminario titulado “Líneas y vacilaciones de la Corte Suprema en Derecho Administrativo (2008-2018)” realizado el día 27 de marzo del 2019, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

a) *Participación académica*. La presentación se dividió en tres paneles, todos compuestos por destacados académicos y abogados. En el primer panel presentó el Estudio el profesor y rector de la Universidad Diego Portales, Carlos Peña y se abordaron temáticas generales tales como: el rol de la jurisprudencia y los precedentes, la motivación, método y resultados del Estudio. Luego en el segundo y tercer panel se abordó, por parte de destacados académicos, de forma más específica la actualidad jurisprudencial en diferentes temas relevantes del Derecho Administrativo: función pública, procedimiento administrativo, derecho administrativo sancionatorio, derecho minero, derecho ambiental y derecho de aguas. Participaron en este seminario los académicos y abogados Alejandro Romero, Alejandro Cárcamo, Carolina Helfmann, Rosa Gómez, María Paz Pulgar y Edesio Carrasco.

b) *Reportaje*. A raíz de esta importante presentación, *El Mercurio Legal* realizó un acabado reportaje, el cual se publicó el día 28 de marzo del 2019 sobre lo presen-

tado en el seminario “Líneas y vacilaciones...”, exponiendo de manera pormenorizada lo expuesto por los destacados relatores que acudieron a la cita. También se publicó la columna del académico y rector de la Universidad Diego Portales, Carlos Peña, titulada “El maltrato de las reglas”, en la cual comentó la importancia de un estudio de estas características, y propuso, para evaluarlo desde un punto de vista general, el examen de tres cuestiones que se encuentran entrelazadas entre sí: i) el sentido o el valor de las reglas; ii) las funciones de la dogmática; y iii) el derecho como profesión. Relativa a la misma temática, el mismo autor publicó la columna “Las reglas en peligro” en el cuerpo A del diario *El Mercurio*, el día 28 de marzo de 2019.

4. Presentación del Estudio en otras universidades y sedes

La investigación fue presentada por su autor en múltiples instancias, generando una amplia discusión sobre la temática de las vacilaciones jurisprudenciales, tanto respecto de su metodología, así como de las materias abordadas, y también respecto de la utilidad de esta clase de investigaciones en el ejercicio de la abogacía.

a) *Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. El Estudio se enfrentó al debate académico, con la especializada discusión de los administrativistas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quiénes en un seminario especialmente dedicado a comentar esta investigación, realizado el día 12 de marzo del 2019 debatieron largamente sobre los resultados del Estudio, la labor de la judicatura en el Derecho Administrativo, el rol del precedente en nuestra jurisprudencia y la metodología de recopilación de las casi 900 resoluciones judiciales analizadas y estudiadas.

b) *Colegio de Abogados de Chile*. Posteriormente, el Estudio fue presentado por su autor el día 2 de abril de 2019 en la sesión inaugural del ciclo de charlas “Los martes al Colegio”, organizado por el Colegio de Abogados de Chile, explicando de manera detallada los aspectos más relevantes del Estudio y con ello, abriendo el debate a todos aquellos que ejercen la abogacía.

c) *Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción*. Se realizó un seminario sobre el Estudio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción el día 5 de abril de 2019, actividad que fue organizada por el Departamento de Derecho Público de la mencionada casa de estudios, dirigido por el académico Fabián Huepe.

d) *Colegio de Abogados de Curicó*. También se presentó en la comuna de Curicó, el día 12 de abril de 2019, ante el Colegio de Abogados de la ciudad.

e) *Academia Judicial*. La investigación también fue presentada a los futuros jueces, en un seminario organizado por la Academia Judicial para la exposición de la misma, realizado el día 29 de abril del 2019. Este contó además con un conversatorio con el vocero de la Corte Suprema (2019), el ministro Lamberto Cisternas (respecto de cuya intervención volvemos al final de estas líneas).

f) *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca*. Además, el Estudio fue comentado por el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, el académico Raúl Carnevali en un seminario realizado especialmente para la divulgación de la investigación el día 2 de mayo de 2019.

g) *Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Por otra parte, la investigación fue presentada el día 10 de mayo de 2019 en la clase inaugural del Diplomado en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pon-

tificia Universidad Católica de Valparaíso, cuyo director es el académico y abogado de la misma casa de estudios Eduardo Cordero.

h) Círculo Legal de ICARE. Por último, el martes 25 de junio de 2019, el Círculo Legal del Instituto Chileno de Administración Racional de Empresas (ICARE), presidido por la abogada Nicole Nehme, realizó el encuentro “Corte Suprema: ¿Jurisprudencia de precedentes?”, en la Sede ICARE, en el que se presentó el Estudio, dando paso luego a un panel de conversación moderado por la presidenta del Círculo Legal, Nicole Nehme e integrado por Luis Cordero, abogado y académico de la Universidad de Chile, y Juan Ignacio Piña, abogado y académico de la UC.

5. El Estudio en la prensa, después de su publicación (y reacciones de la vocería de la Corte Suprema)

a) Reportaje. Luego de ser publicado el Estudio en la *ReDAE*, el diario *El Mercurio*, en su cuerpo C y *El Mercurio Legal*, sitio web especializado en materias jurídicas y legales, perteneciente al mencionado diario, publicó el día 9 de marzo el reportaje titulado “Estudio revela disparidad de criterio de la Suprema al fallar casos en materia administrativa”. En ambas publicaciones, se presentó de manera inédita y completa el Estudio, acompañado además de una entrevista a su autor. En ella, el académico detalló cómo había surgido la idea de realizar este Estudio, así como las conclusiones de este y las razones que según él explican el comportamiento de los ministros y abogados integrantes de la Corte Suprema.

b) Intercambio epistolar. Ante la publicación del Estudio, el vocero de la Corte Suprema durante el año 2019, Lamberto Cisternas Rocha declaró al diario *El Mercurio*, el día 10 de marzo del mencionado año: “Nosotros estamos frente al caso concreto y lo resolvemos”. En respuesta a la reacción manifestada en la declaración anterior del vocero de la Corte Suprema, el director de la investigación envió una carta al Director del diario *El Mercurio*, la que se publicó el día 11 de marzo, en la que se defendió la metodología utilizada para la recopilación y análisis de sentencias, la difusión del Estudio y critica la falta de una opinión crítica a la vocería de la Corte Suprema sobre el fenómeno de las vacilaciones. A lo anterior, respondió el vocero de la Corte Suprema, mediante una carta al Director, publicada el día 12 de marzo de 2019 en el diario *El Mercurio*, respondiendo a la misiva anterior, señalando, entre otras cosas: “Las bases técnicas y el perfil general de cualquier estudio son necesarios para calibrar su sentido, propósito y consistencia, lo que permite conversar y debatir a su respecto. No basta con la sola afirmación del autor sobre las bondades y efectos del Estudio. Esto lo sabe y acepta todo académico e investigador”. Responde nuevamente el autor del Estudio, con una carta al Director, publicada el día 13 de marzo de 2019 en el diario *El Mercurio* a las críticas deslizadas por el ministro Cisternas en la carta anterior, agradeciendo las explicaciones relativas a las declaraciones realizadas a la prensa el día 10 de marzo y poniendo el énfasis en el debate al que deben llevar esta clase de investigaciones, poniéndose a disposición del mismo.

c) Unas declaraciones que definen el pensamiento judicial. En virtud del revuelo causado por el Estudio, el vocero de la Corte Suprema, Lamberto Cisternas Rocha, durante el seminario organizado por la Academia Judicial para la exposición de la investigación, realizado el día 29 de abril del año 2019, señaló lo siguiente:

“1° Lo que hacemos los jueces es fallar según la Constitución y la ley. Existen materias que debiesen tener una definición legal más precisa, pues eso origina dudas.

2° Respecto de la posición de cada juez: Nuestro sistema es el 'del caso concreto' y no 'del precedente'. Y de pronto el juez se encuentra con casos que no son exactamente iguales; y debemos aplicar los principios.

3° Existe un 'problema institucional': las variaciones en la integración de las salas. Hay entonces una variación institucional.

4° El tema de la independencia del juez es relevante: los jueces somos muy quisquillosos con la independencia. Es la ley de la relatividad lo que rige.

5° El zigzaguo 'no viste bien', y se deben 'tomar las medidas para evitar este zigzaguo'. Debemos poner los mecanismos para evitar que este fenómeno suceda. Algunos tenemos el empeño por fijarnos en los dictámenes anteriores, de tal manera de mantener las líneas anteriores.

Agradecemos mucho estos estudios. Pero insisto en la independencia de cada juez y en los problemas institucionales (variaciones en la integración de las salas)."

5. Comentarios finales

La investigación objeto de esta crónica "El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones" generó amplias y diversas repercusiones a nivel nacional. Fue un Estudio innovador en cuanto a la materia, a la cantidad de sentencias y el período de tiempo analizados. De gran vanguardia además fue la inclusión de los gráficos que mostraban expresamente las tendencias de votación tanto de la Sala, como de los ministros y abogados integrantes de la Corte Suprema.

Muestra de lo anterior es que tanto académicos como litigantes mostraron opiniones de agradecimiento ante el exhaustivo trabajo realizado, enfatizando además en la relevancia de las resoluciones en nuestro sistema judicial, así como en el valor de la certeza y de un trato ecuánime al acudir a los tribunales de justicia. Además, los comentarios al Estudio fueron de enorme valor, al abrir el debate en temáticas como la independencia de los jueces, el rol del precedente en las resoluciones judiciales y el rol unificador del máximo tribunal del país, así como la eficiencia de los mecanismos legales existentes para llevar a cabo la unificación de la jurisprudencia.

La discusión recién ha comenzado, pero gracias a este Estudio, han quedado palpablemente expuestas varias debilidades de nuestro sistema judicial, fragilidades cuya relevancia se ha ido acrecentando mediante los comentarios y el debate que este trabajo generó.

Por último, el desafío actual supone hacerse cargo de la realidad evidenciada con este Estudio y que el debate procure entregar soluciones que ayuden a enfrentar, de manera transparente y democrática, el fenómeno de las vacilaciones jurisprudenciales.

Carolina Carcaman Rodríguez

Coordinadora Académica

Programa de Derecho Administrativo Económico

PDAE UC

Arancibia, Jaime y Ponce, Patricio (editores)

El dominio público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 488 pp.

Desde antiguo, la plaza central de cada ciudad es considerada el lugar público por excelencia. En la época indiana, la disposición de los edificios -Real Audiencia al centro, cuya alta torre presidía la plaza, y cercada por el palacio del presidente y el cabildo- reflejaba cómo estaba constituido el Estado en aquella época¹. Y posar la mirada sobre la plaza central de la ciudad pone de relieve los dos ejes que componen el dominio público. Primero, aquellos bienes cuyo uso "pertenece a todos los habitantes de la nación" y son de libre acceso, como es la explanada de la plaza. Segundo, aquellos bienes del Estado o fiscales², no destinados al uso del público: aquellos necesarios para el funcionamiento del Estado.

La obra que les presento compila las ponencias de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo celebradas en la Universidad de Tarapacá, con difusión a todo Chile y el mundo a través del servicio de *streaming*³, cuyo tema fue precisamente el dominio público. Sin duda, se trata de una temática actual e interesante. Por esto, es posible dar un aplauso a la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD) por la selección del tema y a la editorial Tirant lo Blanch por decidirse a editar esta obra.

Este libro reúne 19 trabajos de abogados y académicos. A su vez, estos están agrupados en cinco secciones: "dominio público y Estado de derecho", "dominio público y propiedad privada", "títulos de dominio público", "concesiones de bienes nacionales" y "precariedad de permisos sobre bienes nacionales". Lo anterior

permite ver las múltiples miradas que se pueden dar al dominio público, las que son todas muy interesantes. Ahora bien, a continuación, para suscitar el interés de potenciales lectores, me referiré a dos tensiones que se encuentran presentes en varios trabajos de esta obra.

La primera tensión es aquella que se produce entre la reserva estatal de determinados bienes y las tendencias privatizadoras. Al respecto, la ponencia del profesor Dorn destaca la necesidad de proteger la existencia de bienes comunes de los que pueda gozar toda la ciudadanía. Esto porque los procesos de privatización generan dinámicas de exclusión que pugnan con los ideales de democracia e igualdad. Con esto, destaca la importancia de reservar al Estado ciertos bienes para proteger estos ideales. En contraste, se puede destacar el análisis de la reserva estatal de ciertos bienes en el derecho venezolano que hace el profesor Herrera. Allí se acusa que una injustificada expansión de la reserva estatal de ciertos bienes puede dar lugar a situaciones de abuso. Así, sostiene este autor, sería necesario justificar de un modo práctico la reserva estatal de ciertos bienes.

Frente a esta tensión entre reserva estatal de ciertos bienes y libre acceso, vale la pena considerar las reflexiones que se hacen en los trabajos de los profesores Rajevic y Santibáñez sobre la Ley de Aportes al Espacio Público. Esta ley logra poner en sintonía los intereses público y privado en la conformación del espacio público urbano, poniendo mayores exigencias a quienes desarrollan proyectos inmobiliarios. En este contexto, una de las reflexiones aporta la idea de que el "espacio público" no es solo lo estatal, sino que todo aquello destinado al uso público independiente del titular del mismo.

¹ BRAVO 2006, 63-65.

² Artículo 589, Código Civil.

³ Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=W1ficUw-epQ>.

La segunda tensión dice relación con el régimen jurídico de los bienes pertenecientes al dominio público. Mientras diversos aspectos de la vida social van siendo *administrativizados*, no deja de ser paradójico que los principios primeros que rigen el dominio público estén anclados en la legislación civil. Así, no es raro que en muchos conflictos se haya acudido al derecho civil para resolver problemas de tratamiento de los bienes públicos. Sin embargo, como señala el profesor Valdivia, incluso en el caso de los bienes fiscales (donde se podría configurar una especie de propiedad privada del Estado) la afectación de estos fines a fines públicos hace que su régimen jurídico esté plagado de elementos propios del derecho público. Así, por ejemplo, el profesor Ponce destaca los aspectos públicos de este instituto.

Bastante interesante respecto de esta materia, es hacer un contrapunto entre los profesores Vergara y Flores. No deja de llamar la atención la postura del profesor Vergara, quien ve en el artículo 26 de la Ley de Caminos una hipótesis de transmutación de un bien privado a público (abandonando incluso el lenguaje “civil”) y que la acción allí mencionada es una especial (no la reivindicatoria) que se extingue por la prescripción ordinaria de las acciones o derechos. Mientras tanto, para Flores, la mencionada norma se superpone a la legislación civil y solo tendría por objeto –por medio de una ficción jurídica– permitir a la Dirección de Vialidad solucionar por la vía administrativa un problema práctico.

Dentro de la misma tensión entre régimen civil y público, se puede destacar el esfuerzo del profesor Arancibia por abandonar la categorización de la concesión como “contrato” administrativo. El tratar este fenómeno como un acto administrativo unilateral, cuyos efectos se sujetan a la aceptación del destinatario. El abandono de la figura contractual permite reflejar de mejor manera el interés público tras la decisión de entregar en concesión determinados bienes o una actividad, y dar un mejor sustento a las potestades

exorbitantes de la Administración. Por lo demás, como se observa en el trabajo del profesor Blake, los permisos municipales sobre bienes nacionales de uso público siempre se han visto como actos unilaterales, aunque revistan caracteres de verdaderas concesiones típicamente vistas como contratos. En este caso, el carácter unilateral del permiso permite encuadrar mejor la potestad (también unilateral) para revocarlo por razones de interés público.

Ahora bien, esta especie de “huida del derecho civil” tiene que ser mirada en su contexto. No deja de ser interesante escuchar las reflexiones que le susciten a un profesor de derecho civil la lectura de esta obra. Por otro lado, como señala la profesora Gómez, en la protección de los bienes público concurren mecanismos provenientes de la legislación civil como otros que utilizan una técnica en sustancia administrativa. La discusión es larga. Sin embargo, lo que parece avizorarse es que la legislación civil tiene un papel importante en estos problemas en que medida que sea aplicada teniendo en cuenta los aspectos de justicia distributiva propios de la relación jurídica de las personas con el Estado.

Muchos otros problemas que aborda esta obra podrían ser comentados. Entre otras reflexiones interesantes, recomiendo especialmente el trabajo de la profesora Helfmann: no deja de ser paradójico que, mientras los bienes públicos están por regla general fuera del comercio humano, los títulos que entrega la autoridad para aprovecharlos están, como mucho, sujetos a un régimen de autorizaciones. En fin, algo hay que dejar para los lectores de esta interesante obra. Pienso que su lectura de punta a cabo está justificada de sobra. Espero que sirva a otros profesores, abogados y jueces, y nos anime a todos a seguir profundizando en este interesante aspecto del derecho administrativo.

Jaime Phillips Letelier

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Finis Terrae*

Bibliografía citada

BRAVO LIRA, Bernardino (2006). *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico. Del Estado de derecho al derecho del Estado*. Santiago, Lexis-Nexis, 803 pp.

UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ (2018): "XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo - El Dominio Público". Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=W1ficUw-epQ> [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2019].

Normativa citada

Código Civil de Chile.

DFL N° 850, fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del DFL N° 206 de 1960 (Ley de Caminos). *Diario Oficial*, 25 febrero 1998.

Pulido-Ortiz, Fabio Enrique y Barreto-Moreno, Antonio Alejandro.

La regla de precedente en el derecho administrativo (Bogotá, 2019, Editorial Temis, 160 páginas).

El objetivo del libro es aplicar la teoría de la autoridad del precedente a la configuración de la regla del precedente en el derecho administrativo, haciendo un análisis especial del caso colombiano. Tal propósito es desarrollado por los autores bajo la necesidad de reflexionar por el aumento del valor en los sistemas jurídicos de la tradición continental, de la figura del precedente judicial. Es decir, el libro se enmarca dentro de las perspectivas que deja de hacer divisiones exegéticas entre tradiciones y más bien profundiza en sus elementos comunes.

La propuesta del libro es explicar que los precedentes judiciales en el derecho administrativo se dan bajo el modelo de “unificación de la jurisprudencia”. Tal forma de entender el precedente para resolver la cuestión sobre la obligatoriedad de las sentencias judiciales de la jurisdicción contenciosa-administrativa, según los autores, responde a dos argumentos substanciales: el primero “la pretensión de reducir la litigiosidad” y en segundo lugar, “garantizar la seguridad jurídica y la aplicación coherente del derecho” (Pulido-Ortiz y Barreto-Moreno, 2019, p. 127).

De tal manera, el lector encontrará dos líneas de análisis bajo las cuales los autores desarrollan su propuesta: una desde la teoría del derecho, transversal a todo el texto, y otra de tipo institucional. Desde la teoría del derecho, se ofrece una profundidad conceptual sobre el fundamento y reconocimiento de la regla del precedente y se presenta un examen sobre la creación judicial del derecho. La visión orgánica integra en su estudio las inserciones funcionales de las jurisdicciones, incluyendo la recién conformada Jurisdicción Especial para la Paz, dando así una perspectiva completa sobre las implicaciones estructurales en la forma en la que opera la regla del precedente,

tanto en las relaciones institucionales jerárquicas (precedente vertical) como las que se dan en el mismo nivel (precedente horizontal).

Uno de los efectos prácticos del objeto de estudio abordado, es que brinda elementos al operador jurídico para identificar los tipos de precedentes que aplican para el caso del derecho administrativo. Tal ejercicio, es un esfuerzo por clarificar un tema atomizado en gran cantidad de normatividad interna, especialmente del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Adicionalmente, se plantea una reflexión relevante y actual para los jueces (sobre todo para los altos tribunales) sobre la forma de establecer en sus sentencias la *ratio decidendi*: la existencia de regla de precedente debe ir acompañada de una expresión lingüística clara de la regla que el resto de jueces debe seguir. De no ser así, la aplicación unificada de la jurisprudencia seguirá siendo ineficaz.

El desarrollo teórico del libro abarca varios aspectos, por lo que se presenta en ocho capítulos. En el primero, se presentan las categorías marco para el entendimiento conceptual del precedente a lo largo del libro. En el segundo, se destacan las particularidades institucionales de toda la rama judicial en Colombia mediante una descripción exhaustiva y gráfica de cómo están constituidas; tal recuento es uno de los aportes del libro ya que todo aquel que quiera conocer cómo actualmente está organizada la rama judicial, tanto desde un modelo pluralista como desde un modelo monista, debe consultar este capítulo.

Teniendo en cuenta el contexto de supremacía constitucional actual de los sistemas jurídicos, el tercer capítulo aborda el precedente horizontal que viene desde

la Corte Constitucional, su relación con el Consejo de Estado y con el resto de jueces de la jurisdicción de los contencioso administrativa. En el cuarto capítulo, los autores identifican normativamente la regla del precedente aplicable al derecho administrativo en Colombia y analizan con casos dos esquemas de aplicación: unificación de jurisprudencia y extensión de precedentes.

Ahora bien, el quinto capítulo se refiere específicamente al concepto de *ratio decidendi*, identificando los diferentes sentidos del concepto y resaltando su aplicación en la jurisprudencia tanto constitucional como administrativa. El siguiente capítulo (sexto), tiene en cuenta un concepto que abarca muchos elementos desarrollados en el texto: los poderes normativos del juez. Tal abordaje se realiza siguiendo casos individuales en los que el Consejo de Estado ha redefinido su papel mediante la orden en su sentencias de promulgar políticas públicas.

En el capítulo siete se destacan los efectos sobre las sentencias que desconocen los precedentes que les son vinculantes y sobre los jueces que las emiten. De manera particular, se desarrollan los efectos de nulidad y de sanciones que la reglas de precedente establecen que van desde lo penal, con el delito de “prevaricato por acción”, hasta las disciplinarias ante el Consejo Superior de la Judicatura. El octavo y último capítulo, recoge las conclusiones más relevantes del libro.

A modo de crítica, el texto no profundiza sobre los modelos de principios o de reglas en los que puede darse el precedente. Si bien establecen que Colombia acoge el modelo de reglas, en la práctica judicial se nota un interés de proyección unificada de visiones particulares con contenido moral o político del derecho, sobre todo desde los Tribunales Constitucionales. Tal aspecto los autores apenas lo esbozan, pero es a la vez es una invitación a seguir pensando sobre los alcances, implicaciones e influencias de

la actividad del juez que van más allá de lo jurídico.

El trabajo de Pulido y Barreto se diferencian de la producción académica sobre el tema porque su trabajo no se agota solo en descripción normativa, sino que plantean ideas sobre la mejora de la ingeniería institucional en el área judicial. Asimismo, abordan desde la teoría del derecho una rama del derecho, como lo es la administrativa, que por lo general es vista desde visiones meramente dogmáticas o desde una perspectiva de la eficiencia o eficacia. Por último, al plantear el modelo de estudio a partir de elementos teóricos, el análisis realizado se puede replicar sobre el precedente de otros sistemas jurídicos.

Fabio Pulido-Ortiz, es abogado de la Universidad Católica de Colombia, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Actualmente se desempeña como profesor en la Universidad de La Sabana, director del departamento de Teoría Jurídica y de la Constitución y la Maestría en Derecho Constitucional en la misma universidad. Alejandro Barreto-Moreno, es abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magister y Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes; realizó su pasantía doctoral en la Universidad de Nantes, Francia. Docente y director del departamento de Derecho Administrativo y de la especialización en Contratación estatal en la Universidad de La Sabana, áreas en las que tiene amplia experiencia profesional.

Raquel Sarria Acosta¹

¹ Profesora catedrática de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia. Correo de contacto: raquelsarac@unisabana.edu.co

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Envío de colaboraciones

1. Temas de interés

La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) es una publicación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especializada en Derecho Administrativo general y Derecho administrativo económico. Recoge estudios de doctrina, comentarios de jurisprudencia, sistematizaciones normativas y ensayos, y reseñas o comentarios bibliográficos en las áreas de Derecho administrativo general, administrativo económico, bienes de uso público, aguas, minas, energía, urbanismo, ordenamiento territorial y medio ambiente promoviendo el conocimiento, la investigación y difusión de dichas disciplinas.

En este contexto, la *Revista* mantiene modernos criterios de política editorial, dirigidos tanto a los autores como a los usuarios de la publicación; y cuenta con una clara normativa relativa a la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

2. Normas sobre referencias bibliográficas

La normativa de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) que a continuación se presenta, y que alude a la estructura de los trabajos y sus correspondientes referencias bibliográficas, cumple con los siguientes estándares:

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

II. Normas de publicación referidas a los autores

1. Solicitudes de publicación. Los interesados pueden enviar durante todo el año sus trabajos de investigación, los cuales deberán ser originales e inéditos, y cumplir con las instrucciones contenidas en este documento.

Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible, al correo electrónico redae@uc.cl bajo el asunto "Envío de trabajo para ReDAE", e indicando la disciplina del Derecho abordada y el tipo de trabajo, según corresponda a: doctrina, comentario de jurisprudencia, sistematización normativa y ensayo, o bibliografía. Asimismo, debe indicarse si el trabajo presentado tiene contenidos que estén siendo sometidos a otras sedes de edición, como parte de un trabajo más extenso.

2. Compromiso con el editor. El envío de un trabajo original e inédito supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a consideración de otras publicaciones periódicas, así como el conocimiento del autor de las presentes normas y políticas editoriales.

3. Reglas para la sección Doctrina

- Deberán ser escritos en tamaño carta; su extensión total no deberá ser mayor a ochenta mil caracteres (80.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso; con interlineado sencillo y sin espacios entre párrafos.

- La fuente debe ser Garamond, tamaño 13 para el texto y 10 para las notas a pie, con uso de caja amplia.

- No se deben añadir sangrías, viñetas o adornos innecesarios, así como caracteres en negritas o subrayados. Los destacados o énfasis se deberán realizar con *cursivas*.

- La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés), el nombre de su autor o autores; un resumen (en castellano y en inglés) de máximo trescientos caracteres (300) con espacios cada uno, y tres a cinco palabras clave (en castellano y en inglés).

- En nota a pie, antes de las notas correlativas, se incluirá solo la filiación académica principal del autor o autores, precisando la institución de origen, ciudad y país, así como su dirección de correo electrónico institucional.

- Otras referencias cuya incorporación sea estrictamente necesaria (como grados académicos que posea el autor o los autores, junto con la universidad que los otorgó; sus cargos o compromisos laborales; agradecimientos o dedicatorias; o los proyectos científicos patrocinados donde el trabajo se enmarca) podrán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas de numeración correlativa.

- La estructura de cada capítulo debe quedar bien determinada, comenzando siempre, a continuación del resumen/abstract, con una "Introducción", que no va numerada. A continuación se presentarán los "Capítulos" (que deberán numerarse I, 1, a), i); 2, a), i); II, 1, a), i); etc.); y finalmente las "Conclusiones". Al final del trabajo se deberán presentar las secciones "Bibliografía citada", "Normativa citada" y "Jurisprudencia citada", en las que se deberá incluir solo las fuentes efectivamente citadas en el texto, siguiendo las reglas que se indican *infra*.

- En caso de incluirse figuras, gráficos, cuadros o tablas, estos deben encontrarse en formato editable, en blanco y negro o escala de grises, y ser nítidos y legibles. Asimismo, deberán indicar la denominación correlativa (tabla, cuadro, figura), título y fuente (externa o elaboración propia).

4. Reglas para las otras secciones. Son aplicables a las otras secciones de la *Revista* las mismas reglas indicadas para la sección Doctrina, con las siguientes precisiones:

- Sistematizaciones normativas y ensayos: su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.

- Comentarios de jurisprudencia: no se incluirán título en inglés, resumen o *abstract* ni palabras clave. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.

- Bibliografía: su extensión total no deberá ser mayor a diez mil quinientos caracteres (10.500) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título del trabajo que es reseñado (apellidos y nombre del autor, año de publicación (entre paréntesis), nombre de la publicación, ciudad y editorial (entre paréntesis), y número total de páginas. No se incluirá resumen ejecutivo ni *abstract*. El nombre del autor de la reseña o reseña y de la institución de origen, incluyendo la ciudad y país, irán al final del trabajo.

5. Bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos *efectivamente citados o referidos en el trabajo* se deberán listar al final del mismo, en orden alfabético según el apellido de su autor.

Los apellidos de los autores se escribirán en *VERSALES* y sus nombres en redondas; y el título de la obra en que se encuentra, en *cursiva*. En la referencia de libros se hará indicación del número total de páginas; en la de artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos de cita:

a) de libro: CASSAGNE, Juan Carlos (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis T II, 847 pp.

b) de traducciones: CANARIS, Claus-Wilhem (1998[1983]). *El sistema en la jurisprudencia* (trad. Juan Antonio García Amado), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 186 pp.

c) de capítulos de libros: CARMONA SANTANDER, Carlos (2006). Dos nuevas potestades del Presidente de la República. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto [coord.], *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, pp. 149-243.

d) de artículo de revista: VILLAR ROJAS, Francisco (2007). La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales, *Revista de Administración Pública*, N° 172, pp. 141-188.

e) de documentos en formato electrónico: Ejemplo: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2005). La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo. Comentario a una reciente monografía española. Disponible en: <http://www.cde.cl/revista.php?id=201> [fecha de consulta: 20 noviembre 2006].

6. Normas citadas. Se deberá considerar al final del trabajo un listado de las normas efectivamente citadas o referidas. Se indicarán: número de la norma, denominación oficial (si la tiene), título de la publicación oficial en que aparece y la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Solo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético de abreviaturas. Ejemplo para la Ley señalada: LBPA.

7. Jurisprudencia citada. Se deberá considerar al final del trabajo un listado de todas las referencias jurisprudenciales efectivamente citadas o referidas. Estas se ordenarán, primero, cronológicamente, y, después, alfabéticamente, por el nombre de las partes.

Ejemplos:

a) Para sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 [Rol N° y año].

b) Para sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010): Tribunal Constitucional, 20 abril 2010.

c) Para dictámenes de la Contraloría General de la República y del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica:

Dictamen N° 70.637 (2013): Contraloría General de la República, 30 de octubre de 2013.

Dictamen N° 04 (2014): Panel de Expertos, 22 de mayo de 2014.

En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá utilizar, para su identificación, el sistema propio de referencia de las cortes y tribunales de origen de la sentencia, tanto en el listado final como en las referencias abreviadas.

Ejemplos:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

España: STC 095/2010.

8. Referencias abreviadas en general. Todas las notas irán al pie de la página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, y solo excepcionalmente se admitirán textos de desarrollo.

Se recomienda no efectuar citaciones de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

9. Referencia abreviada de Obras. En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista y demás formatos se señalarán en la nota al pie solo los apellidos del autor (en VERSALES), el año y el número(s) de página(s) precisa(s) en que aparece la referencia citada.

Ejemplo:

a) Obras con un autor: CASSAGNE 2006, 52. / MODERNE 2005, 113.

b) Obras con dos autores: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006 tomo I, 392.

c) Obras con tres o más autores: EMBID *et al.* 2002, 94.

d) Más de una obra de diferentes autores: "Varios autores (ALSANA 1984, 51; COLODRO 1986, 41; LÓPEZ y MUÑOZ 1994, 32) concluyeron que..."

e) Más de una obra de un mismo autor, publicadas en el mismo año: GUZMÁN 2005a y GUZMÁN 2005b.

10. Referencia abreviada de Normas. Se deberá indicar, en su caso, el número de la norma y su año de publicación. Los lectores podrán verificar los datos completos de la norma citada en el listado de "NORMAS CITADAS", al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

11. Referencias abreviadas de Jurisprudencia

Ejemplos:

a) En sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999).

b) En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).

c) En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

12. Citas textuales. El autor que cite literalmente un texto debe incluir, al final de la reproducción, el número de la nota correspondiente, citando la referencia al pie, de acuerdo a las reglas antes señaladas. No deben realizarse referencias bibliográficas en el cuerpo principal.

III. Evaluación y publicación de trabajos

1. Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), serán revisados por ayudantes de redac-

ción para la verificación del cumplimiento de estas normas, su corrección gramatical, ortográfica, atingencia y novedad, de manera previa al envío a arbitraje. Las solicitudes de corrección de los trabajos a sus autores no generan un compromiso de publicación por parte de la *Revista*.

2. Sobre el arbitraje. Los trabajos de Doctrina, previamente revisados por la Redacción de la *Revista*, serán evaluados anónimamente por, al menos, dos árbitros designados por la dirección de la *Revista*. En el caso que un autor sea profesor afiliado a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los informes de sus colaboraciones serán efectuados por árbitros externos, ajenos a dicha Facultad.

3. Sobre la decisión de publicar. La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), se reserva el derecho de decidir sobre la efectiva publicación de los trabajos presentados, así como el número específico en que se publicarán. Si no se aceptara la publicación de algún trabajo, se informará al autor tal decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba un aviso de confirmación por escrito.

4. Sobre el Contrato de edición. Una vez aceptado un trabajo para su publicación, el autor deberá firmar un Contrato de edición a favor de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) y remitirla a la *Revista* en el plazo establecido por esta; por medio de dicho contrato, el autor cede a la *Revista*, a título gratuito, el derecho a la publicación, republicación, distribución, venta, licencia y reproducción de la obra, en formato físico y/o por medios gráficos, magnéticos o electrónicos (y por todos los otros medios conocidos o por conocerse), y en la forma y condiciones que se estipulen en dicho instrumento. Asimismo, otorga a la *Revista* la facultad para realizar trabajos tales como abreviaciones, resúmenes o traducciones para su publicación, además de distribuirla tanto en Chile como en el extranjero.

5. Sobre las obligaciones del autor. En virtud del Contrato de edición, el autor deberá conservar la plena propiedad de la obra, respondiendo ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) de la evicción y de cualquier otro perjuicio que pueda irrogarse ante el incumplimiento de esta obligación. También se obligará a entregar la obra concluida para su edición, a satisfacción de la *Revista*.

6. Sobre la responsabilidad del autor. El autor responde ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), por cualquier perjuicio irrogado por el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de edición. A su vez, el contenido de la obra es de su exclusiva responsabilidad, por lo que, en consecuencia, si por cualquier causa o motivo, directa o indirectamente, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica de Chile se vieren obligados a pagar una indemnización en virtud de la obra del autor, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica de Chile podrán siempre repetir en contra del autor por el monto total de las indemnizaciones y costas, más los reajustes e intereses del caso.

7. Sobre la celebración extemporánea del contrato de edición. La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) se reserva el derecho a suspender la publicación de un trabajo en caso que el autor no suscriba el Contrato de la edición en el plazo establecido por la *Revista*. Esta suspensión se levantará solo una vez que el autor remita el contrato a la *Revista*, debidamente firmado, y se podrá fijar un nuevo volumen y número para la publicación del trabajo.

Carácter especializado de la Revista de Derecho Administrativo Económico

El plan editorial de la Revista intenta cubrir las siguientes materias específicas (en la portada solo se destacan algunas de ellas):

• Derecho Administrativo General

Teoría y fuentes del Derecho administrativo: la disciplina del Derecho administrativo / leyes administrativas / principios generales / potestad reglamentaria
Organización y función pública: administración central (ministerios y servicios públicos) / fisco / administración descentralizada (Regiones y Municipios) / administración autónoma / personal de la administración (estatuto administrativo / probidad / transparencia)
Actos y procedimientos: acto administrativo / procedimientos administrativos general y especiales / contratos (suministro y obra pública) / licitaciones públicas / sanciones / recursos

• Derecho Administrativo Económico

Técnicas de intervención administrativa: servicio público / ordenación (supervigilancia) / fomento / intervención administrativa sectorial / concesiones y autorizaciones especiales
Servicios públicos concesionados: servicios eléctricos / servicios sanitarios (agua potable y alcantarillado) / telecomunicaciones / empresas del fisco (régimen administrativo)
Regulaciones especiales: urbanismo y ordenamiento territorial / obra pública e infraestructura / medio ambiente / recursos naturales y energía

• Derecho de Aguas

Naturaleza pública y común de las aguas / unidad de la corriente / ríos y lagos / aguas subterráneas / aguas lluvia / aguas minerales y termales / aguas internacionales
 Concesión, reconocimiento y regularización de usos consuetudinarios de aguas / derechos de aprovechamiento de aguas / perfeccionamiento de títulos / derechos de aguas y servidumbres / transferibilidad / patente por no uso / administración y gestión de aguas / distribución de aguas / juntas de vigilancia, comunidades de aguas, asociaciones de canalistas / transferibilidad de derechos
 Obras hidráulicas para riego / embalses / obras hidroeléctricas / modificación de obras aguas y medio ambiente / aguas y servicios sanitarios / agua y actividades productivas

• Derecho de Minería

Clasificación de la riqueza mineral / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales en Chile
Procedimiento concesional minero: objetivos y principios del procedimiento concesional minero / características del procedimiento concesional / procedimientos concesionales / derechos y obligaciones del concesionario y extinción de la concesión / cierre de faenas mineras
 Ejercicio de los derechos, potestades y obligaciones derivados de la concesión minera / fórmulas para ocupación del suelo / servidumbres mineras: constitución, derechos y obligaciones, extinción
Áridos y Minerales estratégicos: tratamiento de los áridos y su extracción / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales estratégicos / reserva y extracción del litio / análisis de tendencias jurisprudenciales en materia de áridos, minerales estratégicos y litio

• Derecho de Energía

Fuentes primarias de energía / medios de generación renovable no convencionales
Institucionalidad energética: entidades públicas y centros de despacho económico de carga (CDEC) / política energética / eficiencia energética / nuevos proyectos energéticos / energía, medio ambiente y derecho indígena
 Generación / transmisión / distribución / comercialización / principios generales de la explotación eléctrica / servicio público eléctrico / operación interconectada y coordinada

Normas para la explotación de los servicios eléctricos / interconexión / postes y alumbrado público / tarifas

Sistema concesional eléctrico: procedimientos concesionales / acceso abierto / servidumbres eléctricas / conflictos entre las concesiones eléctricas y otras concesiones administrativas / derecho sancionatorio eléctrico y contencioso eléctrico

- **Bienes de uso público**

Teoría y práctica de los bienes públicos: concesiones, autorizaciones y servidumbres de bienes públicos / derechos reales administrativos

Regímenes especiales de bienes públicos: caminos / calles / espacios públicos urbanos / ríos y lagos / cauces de ríos y lagos / playas / mar territorial / borde costero

Patrimonio de la Administración: bienes fiscales, regionales y municipales

- **Control y contenciosos administrativos**

Control de la actividad administrativa: Contraloría General de la República / dictámenes

Jurisdicciones general y especiales: contenciosos administrativos general y especiales / acciones / procesos / recursos / prueba

Nulidad y responsabilidad: derechos del administrado / acciones de nulidad y responsabilidad

Indización:

La Revista de Derecho Administrativo Económico se encuentra indizada en SCOPUS y Latindex.

Se encuentra disponible a texto completo en la siguiente base de datos:

<http://redae.uc.cl>

<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derecho-administrativo-economico>

También es posible encontrarla en el siguiente índice:

<http://www.latindex.unam.mx>