



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

---

# Revista de Derecho Administrativo Económico

---

## ReDAE

⌘ Doctrina: Estudios e Investigaciones

⌘ Ensayos

⌘ Jurisprudencia: Comentarios

⌘ Bibliografía: Recensiones

N° 32 / julio-diciembre 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](mailto:redae@uc.cl)

### Selección de trabajos: arbitraje anónimo

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

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

Indexada en Scopus

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

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

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

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

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

[ Santiago de Chile, 2020 ]

# Índice

## Nº 32

---

### I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

#### Derecho Administrativo

ARANCIBIA MATTAR, Jaime

*Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas*..... 5

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda

*Potestad administrativa sancionadora: la conveniencia de su reconocimiento constitucional* ..... 37

LETELIER WARTENBERG, Raúl

*Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función*..... 65

VERGARA BLANCO, Alejandro

*Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica* ..... 85

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo

*Sobre la responsabilidad civil de los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones, en el marco del ejercicio de una servidumbre eléctrica*..... 119

---

### II. Ensayos

VERGARA SOTO, Andres

*Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado* ..... 145

---

### III. Jurisprudencia: Comentarios

CÉSPEDES, Rodrigo y GARCÍA, Jaime

*Sociedades de inversión y patente municipal: legalidad tributaria e interpretación*..... 167

HARRYS MOYA, Pedro

*¿Qué tan plena es la acción de “plena” jurisdicción?* ..... 181

HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso

*La exención de las empresas sanitarias de solicitar permisos municipales de construcción y urbanismo y su naturaleza "estatal" (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rol 27.106-2019).....* 193

PONCE CORREA, PATRICIO

*Derecho a recurso, destitución y delegación de funcionarios públicos. Consideraciones en torno a un dictamen de la Contraloría General de la República.....* 201

---

#### IV. Bibliografía: Recensiones

MÉNDEZ, Pablo

*Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación (DER Editores, 2019), de Cristián Rojas Calderón .....* 213

ROJAS CALDERÓN, CHRISTIAN

*Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del Derecho sancionador regulatorio en Chile (Santiago: Thomson Reuters, 354 pp.) de Carlos Salinas Bruzzone .....* 217

# Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas

## Administrative licences: conceptual and legal basis

Jaime Arancibia Mattar\*

Este trabajo aborda la naturaleza jurídica, características y fundamentos de las autorizaciones administrativas. Además, analiza la relación jurídica autorizatoria y sus derechos y obligaciones. Finalmente, distingue entre la autorización y figuras similares como las legalizaciones *ope legis*, las concesiones y los actos regulatorios.

This paper addresses the legal nature, characteristics and rationale of administrative licences. In addition, it analyzes the legal licensing relationship and its rights and obligations. Finally, it distinguishes between licences and similar figures such as *ope legis* legalizations, concessions and regulatory decisions.

**Palabras clave:** autorización, concepto, fundamentos, características, estabilidad.

**Keywords:** licences, concept, rationale, characteristics, stability.

### Introducción

Este trabajo pretende contribuir a la discusión sobre la naturaleza, contenido y características diferenciadoras de los actos administrativos autorizatorios. La necesidad de definir parámetros teóricos sobre este asunto es relevante a la luz del aumento de conflictos jurídicos asociados a esta técnica.

En algunos casos, esta conflictividad se debe a la confusión legislativa y jurisprudencial del acto autorizatorio con títulos habilitantes similares. La autorización administrativa ha sido confundida, por ejemplo,

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl. Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1181593, sobre "La potestad de autorización administrativa: fundamentos dogmáticos, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno", en el que el autor es investigador responsable. El autor agradece especialmente al profesor Jaime Phillips Letelier por sus valiosas sugerencias para este trabajo.

Artículo recibido el 22 de septiembre de 2020 y aceptado el 7 de diciembre de 2020.

con actos de concesión<sup>1</sup>, autorización demanial<sup>2</sup>, habilitación meramente legal<sup>3</sup>, y acreditación no habilitante<sup>4</sup>. En otros casos, el problema obedece a la falta de claridad respecto de la precariedad o intangibilidad de los derechos y cargas que surgen del régimen autorizatorio. De otro lado, la noción de la técnica autorizatoria como mero levantamiento de una prohibición parece cuestionable ante lo que parece ser, más bien, la legalización de una actividad sujeta a un *modus* anterior y posterior a su realización.

En razón de lo anterior, el presente trabajo abordará la potestad de autorización administrativa bajo la perspectiva del derecho administrativo general, enriquecida por los ejemplos que plantea su aplicación sectorial. Específicamente, el texto analizará su naturaleza jurídica, características y fundamentos. Posteriormente, nos detendremos en la relación jurídica autorizatoria y los problemas que plantea en el derecho nacional. Para terminar, abordaremos las distintas especies de autorizaciones administrativas y la diferencia entre el *genus* autorizatorio y las figuras jurídicas colindantes como las legalizaciones *ope legis*, las concesiones y los actos regulatorios.

## I. Naturaleza jurídica y características de las autorizaciones administrativas

Sabido es que la naturaleza de los actos administrativos guarda una estrecha relación con la finalidad inmediata de las normas legales que ejecutan. Es así como existen actos administrativos de policía, empresariales, tributarios, prestacionales y de organización interna. En particular, los actos administrativos de policía son aquellos que velan por el cumplimiento de leyes que imponen obligaciones de dar, hacer, no hacer para prevenir daños o asegurar interacciones eficientes en relaciones que presentan riesgos ciertos de lesión o costos de transacción altos<sup>5</sup>.

En particular, una norma imperativa puede imponer al ejercicio de un derecho un *modo*, entendido este como un tipo de carga o deber jurídico que debe observar quien ejerce un derecho para satisfacer el interés de un tercero<sup>6</sup>. Si bien la figura modal ha estado históricamente asociada al beneficiario de una liberalidad (v. gr. testamento, donación), pensamos que no existen impedimentos para aplicarlo en iguales términos al titular de un derecho propio (no de una liberalidad) cuyo ejercicio produce externalidades negativas de interés público.

<sup>1</sup> *Comisión v Bélgica* (2018).

<sup>2</sup> Ley N° 19.542, de 1997.

<sup>3</sup> Nos referimos a las autorizaciones legales o generales *infra* en el acápite VI C.

<sup>4</sup> Algunas de las acreditaciones en materia universitaria reguladas por la Ley N° 20.129, de 2006.

<sup>5</sup> FRANCO 2017, 221: "En ella [actividad de policía] se agrupan toda una serie de potestades administrativas que inciden sobre la libertad (la potestad autorizatoria...), y en la que al título jurídico que legitima la intervención pública es el concepto amplio de *orden público*".

<sup>6</sup> GIORGIANNI 2018, 36.

En el caso del modo autorizatorio, ese gravamen consiste en obtener previamente la dictación de un acto administrativo –autorización– que dé por cumplidos los requisitos para realizar la actividad. Tenemos, entonces, que la autorización no es un acto administrativo que levanta una prohibición –como suele repetirse casi de modo mecánico y unánime–, porque la norma que la exige no es prohibitiva sino imperativa; no obliga a “no hacer” la actividad sin autorización sino a hacerla con autorización. Lo contrario significaría sostener que toda obligación modal envuelve una obligación negativa o prohibición de desobedecer el modo, lo que resulta ciertamente forzado y ajeno a la distinción de las normas que mandan, prohíben o permiten.

El ejercicio del derecho sin autorización no infringe, por tanto, una prohibición sino el mandato legal de ejercerlo previa autorización; lo suspendido hasta la obtención de la licencia no es el ejercicio del derecho sino que el ejercicio legal del mismo. En palabras de Franco, “apelar a la idea de prohibición relativa bajo reserva de autorización supone una negación de la libertad y del derecho del operador a entrar y salir del mercado”<sup>7</sup>, lo que en Chile sería inconstitucional.

Por lo mismo, la autorización consiste en un acto administrativo que legaliza el ejercicio de un derecho para el titular que cumple las *conditio iuris* exigidas, mientras las cumpla o por el tiempo que el legislador disponga. De acuerdo con esta definición, los elementos esenciales del acto autorizatorio son: a) la titularidad privada de un derecho cuyo ejercicio está sujeto a un modo o carga autorizatoria; b) el cumplimiento de los requisitos habilitantes para la obtención de la autorización; y c) la verificación fundada<sup>8</sup> del cumplimiento de las condiciones necesarias para otorgar la autorización<sup>9</sup>. A lo anterior podríamos añadir un cuarto elemento, de carácter doméstico, relativo a que tanto los requisitos condicionantes como la potestad autorizatoria deben ser de fuente legal, de conformidad a los artículos 19 N° 21, N° 26 y 7 inciso 2° de la Constitución.

En cuanto a sus características, podemos señalar que la autorización es una potestad de policía en sentido funcional; administrativa o judicial (jurisdicción voluntaria) en el plano orgánico; en principio, no contenciosa en el ámbito subjetivo; disponible en cuanto a su objeto e indisponible en cuanto al interés tutelado. Puede ser también de operación o de funcionamiento, según si se despliega sobre un acto singular o una actividad<sup>10</sup>; de trámite o terminal, según si el ejercicio del derecho autorizado es accesorio o principal a una actividad; y declarativa en cuanto a su objeto. Además, puede desplegarse sobre las aptitudes de una actividad (*ob factam*), cosa (*ob rem*) o sujeto

<sup>7</sup> FRANCO 2017, 300.

<sup>8</sup> Dictamen N° 40.152 (2011).

<sup>9</sup> Este elemento está presente también en la definición de autorización empleada por la Unión Europea en sus directivas. Directiva N° 2006/48/CE, de 2006.

<sup>10</sup> LAGUNA DE PAZ 2006, 72.

(*ob personam*), lo que es determinante para decidir su transmisibilidad ante el cambio de titular de la actividad.

En cuanto a su modalidad de ejercicio, la potestad autorizatoria es siempre reglada, aunque con mayor o menor margen de apreciación, pues la autoridad está obligada a otorgarla en caso de verificarse las condiciones exigidas; de no hacerlo, incurriría en una omisión antijurídica<sup>11</sup> o privación indirecta del derecho preexistente. Asimismo, en relación con el precepto legal que impone los requisitos, la jurisprudencia contralora ha declarado que “al ser una norma que introduce limitaciones al ejercicio de un derecho y por tanto excepcional, ha de aplicarse restrictivamente”<sup>12</sup>.

Cabe aclarar aquí que la expresión “podrá autorizar”, presente en algunas leyes, no atribuye discrecionalidad al órgano competente, pues corresponde más bien a la necesidad de verificar el cumplimiento de requisitos objetivos de otorgamiento adicionales a los exigidos al solicitante, como la suficiencia de recursos<sup>13</sup>. La potestad, por tanto, continúa siendo reglada.

En cuanto a su origen, el derecho cuyo ejercicio está sujeto a autorización puede ser reconocido o constituido por el legislador. Son objeto de reconocimiento los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, mientras que son constituidos, por ejemplo, los derechos de una concesión estatal que requieren igualmente de autorización para ser ejercidos. Por ejemplo, la concesión de uso de faja adyacente de camino público para instalaciones de servicios de interés público puede estar sujeta a una autorización de la Dirección de Vialidad<sup>14</sup>.

Por otro lado, puede ocurrir que un acto no sea autorizatorio del ejercicio de un derecho pero sí de un atributo esencial del mismo, lo que nos lleva a sostener, por último, que la naturaleza autorizatoria de un acto es relativa o predicable únicamente respecto de la facultad específica cuyo ejercicio autoriza. Por ejemplo, la actividad universitaria no está supeditada al acto de acreditación institucional de “excelencia” o “avanzada”, pero sí al derecho a “impartir nuevas carreras o programas de estudio...”<sup>15</sup>.

## II. Fundamentos del régimen autorizatorio

La técnica autorizatoria, como dijimos en el acápite anterior, corresponde a una potestad administrativa de policía que podríamos calificar de *ex ante*,

<sup>11</sup> Corte Suprema. Rol N° 10.859-1987, sobre rechazo injustificado de recepción de obras por parte del Director de Obras Municipales, c. 5°.

<sup>12</sup> Dictamen N° 14.249 (2018); Dictamen N° 34.124 (2002); Dictamen N° 42.836 (2015).

<sup>13</sup> Por ejemplo, artículos 47, 100 y 167 del D.S. N° 430, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1992 (autorizaciones pesqueras).

<sup>14</sup> Art. 41 incisos 3° y 4° del D.F.L. N° 850, Obras Públicas, de 1998. Cfr Sentencia TC Rol N° 1991 (2012), c. 14°. Dictamen N° 28.151 (1998); Dictamen N° 8.360 (2000); Dictamen N° 65.813 (2011); Dictamen N° 87.452 (2015).

<sup>15</sup> Art. 20 de la Ley N° 20.129, de 2006.

pues es ejercida con anterioridad a la realización de una actividad riesgosa o ineficiente<sup>16</sup>. Contrasta así con los poderes de policía *ex post* o ejercidos durante o después de dicha conducta. Por tanto, a la hora de identificar sus fundamentos, es preciso preguntarse por los factores que ameritan supeditar la legalidad de una actividad a la obtención de una autorización *vis-à-vis* la eficacia de poderes de fiscalización y corrección posteriores.

Puesto que la regulación a la que sirven los poderes de policía tiene por fin el modelamiento de los comportamientos humanos para satisfacer intereses públicos, la respuesta a esta interrogante no corresponde a los juristas sino que a los estudiosos de los niveles de riesgo del actuar humano y de los estímulos que permiten disminuirlos en ámbitos específicos. En tiempos recientes, este tipo análisis ha sido denominado economía del comportamiento ("*behavioural economics*")<sup>17</sup>.

Al respecto, la literatura especializada ha establecido parámetros precisos acerca de la procedencia de las autorizaciones administrativas<sup>18</sup>. Por regla general, corresponde a actividades cuya realización no autorizada hace presumir riesgos de lesión al interés social difíciles de corregir de modo eficaz y eficiente mediante la imposición de poderes correctivos menos restrictivos<sup>19</sup>. Siguiendo este criterio, por ejemplo, la Directiva Bolkestein de la Unión Europea ha dispuesto que "la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*"<sup>20</sup>. En igual sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que "el procedimiento de autorización previa solo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y par a permitirle alcanzar el objetivo perseguido"<sup>21</sup>.

En la práctica, el legislador ha sometido a autorización las actividades susceptibles de fallas de rendimiento y regularidad catastróficas o que generen una alta aversión social (v. gr. servicios básicos)<sup>22</sup>; aquellas que solo son aceptables en menor cantidad, razón por la cual es preciso controlar el número de sujetos habilitados (v. gr. casinos)<sup>23</sup>; y otras que exigen imponer

<sup>16</sup> Sentencia TC Rol N° 2.841 (2015), c. 29°.

<sup>17</sup> BADDELEY 2017, 1.

<sup>18</sup> OGUS 2004, 215. HÖPPNER y KIRCHNER 2015, 227-259; y DOMÉNECH 2017, 47-62.

<sup>19</sup> Sobre la presunción del riesgo, véase Corte Suprema. Rol N° 23.652-2014, c. 2, y Corte Suprema. Rol N° 36.684-2017.

<sup>20</sup> Directiva 2006/123/CE de 2006, apartado N° 54.

<sup>21</sup> *Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado* (2002), apartado N° 39.

<sup>22</sup> Véase la justificación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others v Administración General del Estado* (2001) c. 34°.

<sup>23</sup> OGUS 2004, 214.

medidas preventivas *ad hoc* al nivel de riesgo del sujeto, según la idea de *risk based regulation*<sup>24</sup>.

La debida justificación del régimen autorizatorio y de sus restricciones es particularmente relevante, dado que su infracción podría dar paso a declaraciones de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad de la ley que lo contiene.

#### 1. Eficacia material o necesidad del régimen autorizatorio

A modo de referencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado la ineficacia material de autorizar la adquisición de acciones para asegurar el funcionamiento regular y continuo de empresas que no requieren semejante exigencia por razones de interés público, como una tabacalera o una entidad bancaria<sup>25</sup>. Sería innecesario también supeditar esa compra en empresas energéticas de interés público con la misma finalidad, dado que la mera adquisición de tales activos "no puede, en principio, considerarse en sí misma como una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro de energía"<sup>26</sup>. En igual sentido, un régimen autorizatorio de líneas de cabotaje solo se justifica si se ha "constatado para cada trayecto de que se trata, la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en el caso en que la prestación de estos se dejara únicamente a las fuerzas del mercado"<sup>27</sup>.

El instrumento autorizatorio es también innecesario cuando "duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos"<sup>28</sup>. Por ejemplo, se ha estimado improcedente la autorización de una caja de previsión nacional para invertir en un fondo extranjero cuando esta "ya ha sido sometida a un control para ser autorizada a ejercer sus actividades, y su gestión financiera es objeto de control continuado"<sup>29</sup>.

Sea cual fuere el estándar de riesgo que justifique la técnica autorizatoria, como dice la jurisprudencia de la Unión Europea, "el análisis del riesgo no puede basarse en consideraciones puramente hipotéticas"<sup>30</sup>. Por esta razón, el Tribunal declaró innecesario el régimen de autorización para la adquisición de acciones de servicios privados de interés público con el fin de asegurar el abastecimiento del país en caso de crisis. De acuerdo al fallo,

<sup>24</sup> BLACK y BALDWIN 2012, 181-213.

<sup>25</sup> *Comisión con España* (2000), apartado N° 70.

<sup>26</sup> *Comisión v Reino de España* (2008), apartado N° 51. Ver también *Comisión con España* (2000), apartado N° 72; *Comisión v Grecia* (2012), apartado N° 69.

<sup>27</sup> *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Anafir) and Others v Administración General del Estado* (2001) consid. 34°; y *Naftiliaki Etaireia Thasou AE and Amaltheia I Naftiki Etaireia v Ypourgos Emporikis Naftilias* (2011), apartado N° 54.

<sup>28</sup> *Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado* (2002), apartado N° 36.

<sup>29</sup> *Comisión v Alemania* (2012), apartado N° 32.

<sup>30</sup> *Comisión v Alemania* (2017), apartado N° 60. También, *Comisión v Francia* (2010), apartado N° 91.

semejante restricción era innecesaria porque no existía una “amenaza real y suficientemente grave”<sup>31</sup>.

## 2. Límite nuclear y proporcionalidad del régimen autorizatorio

Para ser justo, un régimen autorizatorio no solo debe ser eficaz sino respetuoso de la esencia o núcleo del derecho cuyo ejercicio ha sido condicionado, y proporcionado.

Este límite se desprende de la prohibición constitucional, dirigida al legislador, de supeditar la autorización a condiciones, tributos o requisitos que afecten ese derecho en su esencia o impidan su libre ejercicio (art. 19 N° 26). En consecuencia, la exigencia de semejantes requisitos constituiría una limitación inconstitucional del derecho que se pretende ejercer, conocida también como privación regulatoria.

Por lo mismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que “un régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de la Unión, en particular, a las relativas a una libertad fundamental”<sup>32</sup>. En este sentido, calificó de injusto un estatuto autorizatorio de adquisición de acciones de empresas energéticas con el fin de asegurar el abastecimiento del país en caso de crisis, *inter alia*, por “hacer que la libre circulación de capitales sea ilusoria”<sup>33</sup>.

A su vez, un estatuto de autorización es desproporcionado cuando, sin afectar el derecho en su esencia, supedita su ejercicio a requisitos, condiciones o restricciones excesivos, es decir, que van más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público perseguido. En este sentido, la misma judicatura ha sostenido que la técnica autorizatoria es inconsistente con la libertad para prestar servicios de interés público “si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto”<sup>34</sup>. Al respecto, es posible identificar dos tipos de desproporción: potestativa y de requisitos.

Un primer tipo de desproporción, *potestativa*, consiste en someter una actividad a autorización en circunstancias de que el objetivo público podría haberse alcanzado a través de técnicas menos restrictivas, tales como comunicaciones, notificaciones fehacientes o declaraciones juradas. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Unión Europea declaró desproporcionado el modelo autorizatorio de la participación accionaria de extranjeros en servicios

<sup>31</sup> *Comisión v Francia* (2002), apartados 41° y 48° respectivamente. Ver también, *Bordessa y otros* (1995), apartado N° 25; *Comisión v Bélgica* (2002), apartado N° 47; y *Luisi y Carbone* (1984), apartado N° 34; *Comisión v Portugal* (2002), apartado N° 45.

<sup>32</sup> *Naftiliaki Etaireia Thasou AE and Amaltheia I Naftiki Etaireia v Ypourgos Emporikis Naftílias* (2011), apartado N° 48.

<sup>33</sup> *Ídem*.

<sup>34</sup> *Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado* (2002), apartado N° 43.

públicos privatizados con el fin de asegurar la seguridad del suministro energético. En su opinión, este objetivo podría haber sido alcanzado eficazmente mediante medidas menos restrictivas<sup>35</sup>. Lo mismo respecto de la autorización a un extranjero para adquirir una segunda vivienda, que el Tribunal descartó como *indispensable* para proteger la seguridad nacional porque existían intervenciones *ex post* menos lesivas<sup>36</sup>.

Siguiendo con este criterio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha estimado desproporcionada la autorización previa de la salida de moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador fuera del territorio nacional para asegurar la eficacia de los controles fiscales y prevenir actividades ilícitas. A su juicio, los objetivos de prevención del fraude fiscal, el blanqueo de dinero, el tráfico de estupefacientes y el terrorismo que perseguía dicha medida podían ser satisfechos eficazmente con técnicas menos lesivas del principio de libre circulación de capitales<sup>37</sup>.

Igualmente, Francia se allanó como demandada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por una ley que supeditó la importación y distribución de medicamentos autorizados por la Unión Europea a una nueva autorización o certificación nacional, en circunstancias que bastaba con “un control del número que figura en el acondicionamiento exterior del medicamento”<sup>38</sup>. Siguiendo este criterio, algunas comunidades autónomas españolas han sustituido el permiso de edificación por una simple comunicación previa si se trata de obras menores (modificaciones que no afecten el inmueble en su estructura, aspecto exterior, disposición interior o uso) o de escasa entidad técnica o impacto<sup>39</sup>. Asimismo, la recepción de obras ha sido reemplazada en algunos casos por declaración responsable o comunicación previa<sup>40</sup>, lo mismo que el inicio de actividades de comercio minorista<sup>41</sup> o de comunicaciones electrónicas<sup>42</sup> o audiovisuales<sup>43</sup>.

El esquema de autorización es también excesivo cuando procura evitar riesgos de actividades relativamente inocuas. Como explica Orlando, se pretende someter una actividad inocua a una intervención preventiva “solo

<sup>35</sup> Por ejemplo, la sentencia en el caso *Comisión v Reino de España* (2008), apartado 57°, hizo alusión a las alternativas sugeridas en el Anexo de la Directiva 2004/67 del Consejo Europeo, de 2004, sobre seguridad en el suministro de gas natural.

<sup>36</sup> *Konle* (1999), apartado N° 47.

<sup>37</sup> *Sanz de Lera* (1995), apartado N° 27. Ver también *Bordessa y otros* (1995), apartado N° 27.

<sup>38</sup> *Comisión v Francia* (2003).

<sup>39</sup> VAQUER 2013, 54.

<sup>40</sup> FORTES 2013, 147.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 147.

<sup>42</sup> Al respecto, la Directiva 2009/140/CE de 2006 justificó este cambio: “[e]l objeto es reducir progresivamente las normas ‘ex ante’ de carácter sectorial conforme avance el desarrollo de la competencia en los mercados para conseguir, en último término, que las comunicaciones electrónicas se rijan tan solo por las leyes de la competencia” (c. 5°).

<sup>43</sup> FRANCO 2017, 47 y 51, respectivamente.

porque casualmente podrían dar lugar a un hecho lesivo para la seguridad o al orden público<sup>44</sup>.

Un segundo tipo de desproporción puede surgir de los requisitos exigibles para otorgar la autorización. Se produce, por ejemplo, cuando el grado de apreciación para autorizar no guarda relación con el nivel de riesgo que presenta la actividad<sup>45</sup>, como aquellos casos en que los criterios de licenciamiento para la adquisición de acciones en servicios privatizados son meramente indicativos o asociados a criterios de interés general indeterminados o indeterminables<sup>46</sup>.

Hay exceso también cuando la carga modal para la ejecución de una acción riesgosa afecta a otras independientes que no lo son, en una especie de carga "atada". Por ejemplo, el Tribunal Europeo declaró desproporcionada la posibilidad de no autorizar los derechos de voto o control en empresas energéticas de interés público, porque "se aplica a la totalidad de las decisiones que pueden someterse a votación de los accionistas, independientemente del riesgo que dichas decisiones pudieran entrañar para la seguridad del abastecimiento energético"<sup>47</sup>. Asimismo, declaró desproporcionado el sometimiento a autorización de todo complemento alimenticio que contuviera aminoácidos, por no distinguir entre riesgosos e inocuos<sup>48</sup>.

Similarmente, la Contraloría General de la República ha declarado que la norma restrictiva de una autorización "ha de aplicarse restrictivamente, siendo improcedente extenderla a otros servicios que no sean los taxativamente mencionados"<sup>49</sup>. Lo anterior es sin perjuicio de que, en caso de infracción, la clausura se extiende igualmente a todo el establecimiento<sup>50</sup>.

Una situación similar se produce cuando los requisitos para obtener la autorización se ordenan no solo a la prevención de riesgos cuya gravedad justifica un régimen autorizatorio sino también a otros que no lo ameritan. Por ejemplo, la jurisprudencia comunitaria consideró desproporcionado un esquema que condicionaba la autorización no solo al objetivo de seguridad del suministro mínimo de energía, sino también a la necesidad de mejorar la política energética<sup>51</sup>. Similar exceso provoca un modelo de licenciamiento de productos alimenticios que no distingue los componentes riesgosos para la salud<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> ORLANDO 1979, 186.

<sup>45</sup> *Comisión v Italia* (2009), apartado N° 52.

<sup>46</sup> *Comisión v Grecia* (2012), apartados N° 76, N° 78 y N° 86.

<sup>47</sup> *Comisión v España* (2008), apartado N° 47.

<sup>48</sup> *Comisión v Alemania* (2017), apartado N° 65.

<sup>49</sup> Dictamen N° 14.249 (2018); Dictamen N° 34.124 (2002); Dictamen N° 17.033 (2005); y Dictamen N° 42.836 (2015).

<sup>50</sup> Corte Suprema. Rol N° 20.969-2020, c. 9°.

<sup>51</sup> *Comisión v Reino de España* (2008), apartado N° 55.

<sup>52</sup> *Comisión v Dinamarca* (2003), apartado N° 55; *Comisión v Francia* (2010), apartado N° 100.

Por último, este tipo de desproporción puede darse en los pagos exigidos para otorgar la autorización. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró excesivo un mecanismo que supeditaba la autorización al pago de una tasa que cubría no solo la tramitación del procedimiento sino también los gastos de fiscalización del régimen regulatorio correspondiente<sup>53</sup>.

### 3. Certeza e igualdad del régimen autorizatorio

Otro punto crítico es el estándar de certeza respecto del nivel de riesgo que justifica la técnica autorizatoria, el cual suele ser más alto en Estados Unidos que en Europa. Específicamente, el espectro se mueve entre el principio preventivo de riesgo "racional y evidente previamente demostrado" *vis-à-vis* el principio precautorio o de cautela de peligros sobre los que persisten dudas científicas<sup>54</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, ha validado la autorización de alimentos cuando "subsisten dudas en el estado actual de la investigación científica acerca de determinadas sustancias"<sup>55</sup>. Las referencias del derecho chileno se acercan más al estándar precautorio europeo<sup>56</sup>.

El fundamento de la técnica autorizatoria determina también el grado de apreciación que exige su otorgamiento. El error en esta materia favorece vicios de incerteza jurídica, discriminación arbitraria y desviación de fin que también podrían estimular una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad de la ley. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria europea ha reiterado que la justificación del régimen autorizatorio debe ser objetiva, no discriminatoria y conocida de antemano<sup>57</sup>.

En materia de igualdad de trato, el Tribunal declaró discriminatoria la autorización previa de consultorios privados dentales por razones de calidad y cobertura, en circunstancias que consultorios "colectivos" análogos estaban exentos de dicho condicionamiento<sup>58</sup>.

## III. La relación jurídica autorizatoria

La introducción de la potestad autorizatoria en un ámbito específico da origen a una relación jurídica entre el solicitante y el Estado, regida por un estatuto legal que *constituye* derechos distintos e independientes al derecho

<sup>53</sup> *Comisión v Reino Unido* (2016), apartados N° 33 y N° 34. Ver también, *Germany GmbH y Arcor AG & Co. KG v Alemania* (2006), apartados N° 34 y N° 35.

<sup>54</sup> En Chile, esta distinción ha sido formulada por BERMÚDEZ 2014, 47, acogida por la Corte Suprema, por ejemplo, en Corte Suprema. Rol N° 31.797-2018, c. 15°.

<sup>55</sup> *Comisión v Dinamarca* (2003), apartados N° 43°, N° 49 a N° 52. Ver también, *Monsanto Agricultura Italia y otros* (2003), apartado N° 113; *Comisión v Francia* (2010), apartados N° 91 y N° 92; *Comisión v Alemania* (2017), apartado N° 60.

<sup>56</sup> Corte Suprema. Rol N° 2.138-2012, c. 4°. Ver también Corte Suprema. Rol N° 11.485-2017, c. 34°.

<sup>57</sup> *Comisión v Holanda* (2009), apartado N° 35. Ver también *Comisión v Francia* (2002), apartado N° 50. Ver también caso *Smits y Peerbooms* (2001), apartado 90°, y *Comisión v Reino de España* (2008), apartado N° 56.

<sup>58</sup> *Comisión v Austria* (2009), apartado N° 72. Para mayores antecedentes jurisprudenciales, BLANQUER 2018, 240 y ss.

cuyo ejercicio se pretende, así como gravámenes anejos al beneficio otorgado, como el de realizar la actividad en los términos autorizados<sup>59</sup>.

Esta distinción entre derecho ejercido y derechos que surgen del régimen autorizatorio es fundamental para evitar confusiones. A diferencia del primero, los segundos revisten la naturaleza de derechos personales, créditos, bienes incorpóreos<sup>60</sup>, reputados muebles, de carácter patrimonial, *ex novo* y de fuente legal. Solo son reclamables a la autoridad estatal que, por la sola disposición de la Constitución o de la ley, ha contraído la obligación correlativa de concretarlos o protegerlos. Estos derechos se refieren, principalmente, al otorgamiento y vigencia de la autorización, así como a las prerrogativas anejas<sup>61</sup>. Las principales consecuencias de esta distinción son dos.

Primero, la facultad de ejercer un derecho es distinta al derecho de ser autorizado para ello. La primera es inherente al derecho mismo, por tanto, solo podría ser limitada –sujeta a autorización u otras condiciones– pero jamás prohibida o privada absolutamente por el Estado de modo directo o indirecto, pues sería negar el derecho mismo. El segundo, en cambio, es constituido por el legislador para todo aquel que cumpla con los requisitos legales respectivos. Podría ser expropiado o limitado mediante una modificación de su estatuto normativo, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar.

Segundo, la estabilidad de un acto autorizatorio ante la modificación o extinción sobreviniente de sus efectos o régimen jurídico no puede estar justificada en una suerte de derecho de propiedad sobre el acto o sobre su normativa, que son de suyo inapropiables<sup>62</sup>. Antes bien, la supervivencia del acto solo podría estar basada en un crédito de vigencia que pudo haberse devengado como derecho bajo el estatuto anterior o en la confianza legítima en la inalterabilidad del acto por ausencia o auto-restricción de poderes específicos de modificación o extinción anticipada.

Al respecto, es preciso distinguir entre el derecho adquirido o confianza legítima de *obtener la autorización*; el derecho adquirido, mera expectativa o confianza legítima de *vigencia de la autorización*; y el derecho adquirido, confianza o mera expectativa de *inmutabilidad de las condiciones habilitantes y cargas de la autorización*.

<sup>59</sup> Corte Suprema. Rol N° 34.788-2016, c. 34°.

<sup>60</sup> Dictamen N° 48.722 (2012).

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, los actos autorizatorios constituyen el derecho *ex lege* de uso de bienes públicos en materia sanitaria, de gas, transporte y distribución de energía eléctrica, y telecomunicaciones. Art. 9 y 9 bis del D.F.L. N° 382, Obras Públicas, de 1989; art. 12 inciso 1° del D.F.L. N° 323, Interior, de 1931; arts. 16, 24 inciso 3° letra e) y 54 del D.F.L. N° 1, Minería, 1982; art. 18 y 24 letra b) de la Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>62</sup> Sentencia TC Rol N° 467 (2006); Sentencia TC Rol N° 1452 (2010); Sentencia TC Rol N° 2069 (2011), y Sentencia TC Rol N° 3208 (2016).

### 1. Derecho adquirido o confianza legítima de obtención de la autorización

El titular de un derecho cuyo ejercicio conforme a la ley está sujeto a la obtención de una autorización adquiere el derecho personal o crédito para exigirla tan pronto haya cumplido con los requisitos legales y cargas procedimentales respectivos.

La omisión o negativa ilegal o arbitraria de otorgar la autorización a quien tiene el derecho adquirido a obtenerla conlleva un incumplimiento del deber legal correlativo que podría origen a la responsabilidad del Estado. Además, una vez devengado, la extinción de este derecho por acto estatal sobreviniente constituiría una privación de un derecho adquirido que, para ser justa, debe cumplir con los requisitos constitucionales de la expropiación (art. 19 N° 24). De lo contrario, estaríamos en presencia de una desposesión antijurídica que sería equivalente, a su vez, a la privación "regulatoria" del derecho cuyo ejercicio se pretende.

Ahora bien, ¿qué ocurre si una ley o acto administrativo modifica los requisitos para obtener una autorización en perjuicio del solicitante una vez iniciado un procedimiento concreto? Al respecto, es preciso hacer las siguientes distinciones.

Si la normativa autorizatoria establece expresamente que los requisitos serán evaluados según las normas vigentes al momento de un acto trámite determinado (v. gr. solicitud)<sup>63</sup>, la modificación sobreviniente de las condiciones no debería afectar el derecho adquirido del solicitante a obtener la autorización según los términos originales, a menos que medie una expropiación del mismo en los términos señalados anteriormente.

Un ejemplo de lo anterior es el precepto normativo en virtud del cual un anteproyecto aprobado por la Dirección de Obras Municipales (DOM), que sirve de acto trámite<sup>64</sup> para la obtención de un permiso de edificación por el mismo órgano, mantiene su vigencia respecto de todas las normas urbanísticas consideradas en aquel y con las que se hubiere aprobado<sup>65</sup>.

Esta solución fue puesta a prueba en un caso donde, estando pendiente la aprobación de un anteproyecto de edificación sobre un terreno no afecto a declaración de utilidad pública, una ley declaró dicha afectación para todo inmueble de ese tipo que no haya sido objeto de un anteproyecto aprobado o de un permiso otorgado. Pese a que, en consecuencia, el terreno en cuestión no podía acogerse a esta excepción legal, la Municipalidad aprobó igualmente el anteproyecto y otorgó el permiso de edificación y las recepciones correspondientes. Ante el reclamo de ilegalidad de estas últimas actua-

<sup>63</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la solicitud de permisos de edificación según el art. 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 1976, y de los arts. 1.1.3. y 1.4.7 de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 1992. Así lo confirma también Corte Suprema. Rol N° 50.662-2020, c. 6°.

<sup>64</sup> Corte Suprema. Rol N° 29.945-2018, c. 11°.

<sup>65</sup> Art. 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 1976.

ciones, el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad de la ley porque constituía “una restricción posterior al ejercicio legítimo de derechos existentes reclamados en forma oportuna. En otras palabras, se trata de una regulación ex post con un efecto ex ante”<sup>66</sup>.

Asimismo, una ley o acto administrativo que altere los requisitos urbanísticos de quien ha obtenido un permiso de edificación es expropiatoria del derecho adquirido a obtener la recepción de obras o autorización de primer uso o habitación según “las normas urbanísticas aplicables a la obra, conforme al permiso otorgado”<sup>67</sup>.

En cambio, si la normativa autorizatoria no provee solución expresa al cambio sobreviniente de requisitos, el solicitante solo goza de la expectativa legítima de que será autorizado según las condiciones vigentes al momento de su solicitud. Esta confianza podría verse frustrada por la alteración repentina de las condiciones, lo que obligaría al Estado a seguir la metodología de protección de expectativas.

En el plano práctico, según explica la doctrina de la confianza legítima<sup>68</sup>, la expectativa de obtención de la autorización puede ser protegida mediante tres mecanismos según la ponderación entre el interés público que amerita el cambio normativo y el interés del particular: a) evaluar y entregar la autorización según los requisitos originales por resultar inocuo al interés público subyacente al cambio. Esta solución solo podría ser dispuesta por el legislador, por el órgano administrativo que goza de discrecionalidad para decidir la aplicación de la norma en el tiempo, o por el juez por vía de control de esa discrecionalidad o mediante la inaplicabilidad de la ley previa declaración del Tribunal Constitucional; b) incorporar una norma o aplicar un criterio discrecional de transitoriedad que impida la vigencia brusca del cambio normativo; y c) compensación del daño patrimonial causado por frustración brusca o intempestiva de la confianza legítima.

Un ejemplo sería el cambio normativo posterior a la emisión de un certificado de informaciones previas sobre un inmueble. Dado que este certificado no es un acto trámite del permiso de obras, el solicitante no goza de derecho adquirido a la obtención del permiso en los términos del certificado. Antes bien, esa certificación “(...) mantendrá su validez y vigencia mientras no se publiquen en el Diario Oficial las modificaciones a las normas urbanísticas (...)” (art. 116 inciso 2º). Sin embargo, una modificación brusca y perjudicial de tales normas ciertamente afectaría la confianza legítima en obtener el permiso según lo previsto en el certificado.

<sup>66</sup> Sentencia TC Rol N° 5.172 (2018), c. 13º. Esta sentencia marcó un cambio de jurisprudencia en relación con Sentencia TC Rol N° 3.208 (2016), y Sentencia TC Rol N° 3.250 (2016).

<sup>67</sup> Art. 144 inciso 4º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 1976. Cfr. VIÑUELA 2005, 107 y ss.

<sup>68</sup> En el ámbito autorizatorio, puede verse lo sostenido por LAGUNA DE PAZ 2006, 287-290; FRANCO 2017, 372 y 398 y ss. Ver también PHILLIPS 2020, 174 y ss.

Un caso similar se dio con la modificación de los requisitos legales para obtener una autorización sanitaria durante la tramitación del procedimiento respectivo y en ausencia de norma sobre cambio normativo. El ente contralor tomó razón del acto que evaluó los requisitos según la norma antigua en razón de la confianza legítima del solicitante<sup>69</sup>. En otro caso, la Corte Suprema declaró que una autorización de traspaso de patentes municipales se regía por la normativa antigua y no por la sobreviniente a la solicitud por aplicación del principio de confianza legítima<sup>70</sup>.

## 2. Derecho adquirido, confianza legítima o mera expectativa de vigencia de la autorización

Una vez otorgada la autorización, la doctrina sobre sus efectos o vigencia en el tiempo no ha sido uniforme porque se debate entre los derechos adquiridos<sup>71</sup> y las meras expectativas de actos "libremente revocables"<sup>72</sup>. En este sentido, la revocación o decaimiento del acto autorizatorio por razones de mérito, oportunidad o conveniencia sería expropiatoria para la primera tesis y jurídicamente irrelevante para la segunda. Pensamos, en cambio, que no es posible subsumir los efectos del acto en una sola categoría jurídica porque todo depende de los intereses o derechos garantizados por el régimen legal de cada autorización. La autorización no es, por así decirlo, esencialmente estable o precaria, lo que nos permite criticar la jurisprudencia que sostiene lo contrario<sup>73</sup>.

Dependiendo de los modos de extinción del acto regulados en la ley, la estabilidad de la autorización halla sustento en un derecho adquirido, en una confianza protegida o en una mera expectativa.

La conclusión anterior se opone, en particular, a la doctrina dominante que desconoce el derecho adquirido a la estabilidad del acto autorizatorio debido a que este solo permitiría el ejercicio de un derecho preexistente<sup>74</sup>. En este sentido, a diferencia de la concesión, el acto autorizatorio no conferiría un derecho *ex novo* alguno al solicitante<sup>75</sup>.

No compartimos estos argumentos. En nuestro parecer, el efecto legalizante no guarda relación alguna con los efectos del acto autorizatorio en el tiempo, que dependen más bien de sus causales de extinción. Veamos.

### a) *Derecho adquirido de vigencia de la autorización*

Una autorización válida genera el derecho personal o crédito de exigir su estabilidad al Estado cuando su vigencia depende de un plazo o condición

<sup>69</sup> Dictamen N° 610 (2000).

<sup>70</sup> Corte Suprema. Rol N° 5202-2005, c. 3° y 4°.

<sup>71</sup> SOTO 2014, 283 a 297.

<sup>72</sup> CARMONA 2003, 20.

<sup>73</sup> Corte Suprema. Rol N° 4.800-2007, c. 1° de la sentencia de reemplazo.

<sup>74</sup> FUENTES 2012, 568.

<sup>75</sup> Sentencia TC N° 467 (2006), c. 40° y 41°.

específica distinta de su revocación o decaimiento por actos legislativos o administrativos de interés público. En otras palabras, no existe una potestad estatal de término anticipado de la autorización que no sea la declaración de caducidad por incumplimiento de las obligaciones del titular; o, si esa atribución existe, ha sido mal ejercida u objeto de compromiso formal y legal, judicial o extrajudicial, de no ser ejercida durante un tiempo. Un ejemplo de acto autorizatorio estable es el permiso extraordinario<sup>76</sup> o la licencia transable de pesca<sup>77</sup>, y el permiso de edificación respecto de potestades distintas a la declaración de monumento nacional que veremos a continuación<sup>78</sup>.

La potestad revocatoria prevista en la Ley N° 19.880 no vale como poder extintivo en estos casos porque no puede ser ejercida respecto de "actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente" (art. 61 letra a). Esta afirmación admite el contraargumento circular de que, según nuestro propio criterio, ningún derecho de vigencia podría ser adquirido si existe una potestad legal de revocación general. Sin embargo, semejante interpretación llevaría ineludiblemente a sostener que, a partir de la introducción de ese poder genérico, ningún acto administrativo podría producir derechos adquiridos, lo que vuelve superfluo el límite del precepto. Dado que el sentido en que una norma puede producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, pensamos que la potestad revocatoria que excluye el derecho de vigencia debe ser distinta a la prevista en la Ley N° 19.880.

Siguiendo con nuestro razonamiento, si una ley sobreviniente pusiera término a una autorización de vigencia definida, o habilitara a la Administración para revocarla o provocar su decaimiento, ¿qué efecto jurídico tendría semejante actuación? La Corte Suprema ha declarado de modo tautológico en materia urbanística que sería expropiatoria del derecho de propiedad sobre el ejercicio del derecho de propiedad sobre un inmueble<sup>79</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, lo verdaderamente expropiado en esa hipótesis es el derecho legal o crédito de vigencia autorizatoria adquirido por el solicitante respecto del Estado. El ejercicio del derecho sería objeto, a lo más, de una expropiación indirecta o "regulatoria"<sup>80</sup>. Pensemos en la siguiente imagen: ¿qué pasaría si se ordenara bajar la báscula de la *Tower Bridge* de Londres minutos antes del tiempo para ejercer el derecho de tránsito fluvial por razones de interés público? ¿No habría acaso una privación de un derecho adquirido exigible al órgano autorizante?

<sup>76</sup> Art. 2 N° 27 del D.S. N° 430, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1992.

<sup>77</sup> *Ibid.*, arts. 37 y 39. Vid. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece el Régimen Especial de Pesca, Boletín 2274-03, de 1998, 4 a 5.

<sup>78</sup> SOTO 2000, 1-9; FIGUEROA y FIGUEROA 2006, 174-175; DÍAZ DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 254 y ss. Corte Suprema. Rol N° 33.611-1996 y Dictamen N° 12.664 (2006).

<sup>79</sup> Corte Suprema. Rol N° 4.800-2007, c. 2° de la sentencia de reemplazo.

<sup>80</sup> Para una profundización del concepto y de la posibilidad de aplicarlo en Chile, véase GUILLOFF 2018, 621-648.

Para ser justa, por tanto, esa privación debería regirse por los requisitos que la Constitución establece al efecto: causal de interés público, potestad legal y debida compensación (art. 19 N° 24). El incumplimiento de estos requisitos podría dar origen a la responsabilidad del Estado. Además, la extinción anticipada del acto estable por esta vía solo podría concretarse antes de la consumación de la actividad autorizada, pues de lo contrario estaría extinto por cumplimiento de su objeto<sup>81</sup>.

b) *Mera expectativa o precariedad de vigencia de la autorización*

En cambio, una autorización válida, cuya vigencia está condicionada *ab initio* o hace tiempo –no hay, por tanto, confianza legítima– al poder extintivo legal o administrativo por razones de interés público diferentes a la caducidad, solo genera una mera expectativa de estabilidad o título precario respecto de dichos poderes. La sola previsión legal de que ese acto puede ser extinguido por leyes o decisiones administrativas específicos inhibe un derecho adquirido a su supervivencia más allá de estos actos. Este sería el caso, por ejemplo, de las autorizaciones pesqueras<sup>82</sup> y de los permisos de edificación con respecto a la eventual declaración de monumento protegido por la Ley N° 17.288<sup>83</sup>.

Para ser válida, esta posibilidad de extinción debe ser razonablemente “previsible” con respecto al acto en particular en razón de la especificidad, densidad normativa, o “capa regulatoria”<sup>84</sup> en que se encuentra la norma que la prevé. Esto significa que la precariedad no puede estar fundada en poderes legislativos o administrativos genéricos o *extranei* cuya aplicabilidad resulte inesperada en el ámbito regulatorio *ad hoc*. Semejante “paracaidismo” potestativo solo podría dar paso a un vicio de competencia, descoordinación o a la protección de la confianza legítima en su inaplicabilidad.

De lo anterior se desprende que la precariedad es siempre una cualidad relativa del acto autorizatorio, pues solo se predica respecto de los poderes específicos actuales que podrían revocarlo o hacerlo decaer. En otras palabras, una autorización es siempre precaria respecto de esos poderes y estable respecto de todos los demás. Dependiendo de si el acto autorizatorio es de vigencia definida o indefinida, esa estabilidad estará protegida por un derecho adquirido o por una confianza legítima respectivamente.

Por ejemplo, el titular de una autorización pesquera en etapa de plena explotación adquiere el derecho de estabilidad hasta el fin de dicho régimen por declaración de pesquería en recuperación<sup>85</sup>, a menos que incurra en una

<sup>81</sup> CORDERO QUINZÁCARA 2020, 359-360.

<sup>82</sup> Art. 2 N° 10 y art. 15 de D.S. N° 430, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1992. FUENTES 2012, 555 y ss.

<sup>83</sup> Sentencia TC Rol N° 1199 (2012).

<sup>84</sup> Esta expresión ha sido utilizada por el profesor Jaime Phillips Letelier en su defensa de tesis doctoral y conversación sobre el tema con el suscrito.

<sup>85</sup> Art. 39 inciso 2° del D.S. N° 430, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1992.

causal de caducidad<sup>86</sup>. Se ha sostenido que esta autorización no crea derechos subjetivos en favor de sus titulares porque su revalorización económica en ese período corresponde únicamente a un “privilegio fáctico”<sup>87</sup>. Si bien esta última afirmación es correcta, no sirve para descartar el derecho legal a la vigencia de la autorización durante dicho régimen, oponible no solo a la Administración sino también al poder legislativo.

c) *Confianza legítima de vigencia de la autorización*

Sin perjuicio de lo anterior, una autorización precaria podría dar origen a una expectativa de continuidad jurídicamente protegida en las hipótesis siguientes no taxativas.

Primero, si la relación autorizatoria es de tracto sucesivo y ha sido renovada en ocasiones anteriores en circunstancias similares.

Segundo, en caso de compromiso estatal informal o extra legal confiable de no ejercer la potestad extintiva *ad hoc* durante un período de tiempo específico o de modo brusco.

Tercero, ante la supervivencia prolongada de la autorización bajo un régimen legal que puso término a la potestad autorizatoria. Este fue el caso, por ejemplo, de las autorizaciones indefinidas para el muellaje en el Puerto de Arica, que continuaron vigentes por varios años pese a que una ley posterior dispuso la estatización y entrega en concesión de dicha actividad<sup>88</sup>. Dado que la ley sobreviniente tenía varios años de vigencia, no era posible alegar confianza legítima en la estabilidad del régimen anterior pero sí en que la extinción de las autorizaciones vigentes sería transitoria o compensada. Entonces, si bien compartimos el parecer de la Corte Suprema<sup>89</sup> y del Tribunal Constitucional<sup>90</sup> en cuanto a que no existía un derecho adquirido a la estabilidad de esas autorizaciones, nos parece que erraron al no reconocer y proteger la confianza legítima de sus titulares ante una licitación intempestiva.

Cuarto, si el mérito, oportunidad o conveniencia que justificó la extinción de una autorización válida existía y debía ser conocido por el Estado al momento de su otorgamiento a un sujeto de buena fe, esto es, a quien no haya infringido culposamente el deber legal de saber e informar tales circunstancias a la autoridad. La extinción total o parcial del acto autorizatorio en este caso no corresponde verdaderamente a una revocación o decaimiento por hecho sobreviniente sino a una invalidación encubierta por error, negligencia o falta de coordinación interna del Estado. La base de confianza legítima en la estabilidad del acto dependerá de si el destinatario conocía las

<sup>86</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>87</sup> MONTT 2010, 26.

<sup>88</sup> Para una explicación más detallada de esta figura, introducida por la Ley N° 19.542, de 1997, véase ARANCIBIA, 2019, 360-362.

<sup>89</sup> Corte Suprema. Rol N° 1.428-2007. Ver también Corte Suprema. Rol N° 1.469-1999.

<sup>90</sup> Sentencia TC Rol N° 467 (2006).

circunstancias extintivas *ex tunc*. Si la respuesta es positiva, su expectativa legítima está basada en que el Estado, sabiendo o debiendo saber tal situación impeditiva de la actividad, decidió autorizarla igualmente. En cambio, si le eran desconocidas, la base de confianza halla sustento en la presunción de validez del acto revocado por un vicio de origen, circunstancia que deberá acreditar.

Un ejemplo de lo anterior sería la declaratoria de monumento histórico de un inmueble una vez aprobado el anteproyecto de edificación, y a solo semanas de haberse otorgado un permiso municipal para su demolición, como ocurrió en el caso Villa San Luis de Las Condes<sup>91</sup>. El recurso de protección, interpuesto por una empresa de construcción que había adquirido el inmueble de otra que lo había comprado al Fisco expresamente para fines constructivos, fue rechazado por razones procesales ajenas al fondo del asunto. Sin embargo, pensamos que la solución sustantiva del caso habría exigido el resguardo de la confianza legítima en la eficacia del permiso sobre la base de tres actos estatales contemporáneos a los hechos que ameritaron la declaración de monumento histórico: la venta del inmueble nada menos que a una empresa constructora, la aprobación municipal del anteproyecto y el permiso municipal de demolición.

A la luz de este caso, parece ser que la frustración de expectativas legítimas se produce por descoordinaciones entre organismos de un mismo Estado. Estas deberían ser evitadas, por ejemplo, mediante la solución legal de decisiones contradictorias, o solicitando un informe al órgano que podría ver comprometida sus competencias con el acto terminal ajeno. De lo contrario, la inconsistencia decisional resulta imputable al mismo Estado en razón del carácter unitario de la relación jurídica pública<sup>92</sup>.

Otra hipótesis de confianza legítima sería la de una autorización indefinida en el tiempo, es decir, no supeditada a poderes extintivos específicos que sean diferentes a la declaración de caducidad. Un acto de este tipo no es apto para adquirir un derecho de estabilidad porque carece de finitud mínima o de perpetuidad necesaria para exigir su vigencia en el tiempo. Sin embargo, su titular goza de una expectativa de continuidad protegida, basada en que el estatuto legal aplicable no prevé causales de extinción específicas por actos del legislador o del poder ejecutivo. Esta confianza se vería frustrada por cualquier extinción repentina de la autorización producto de una ley sobreviniente.

Por último, el beneficiario de buena fe de un permiso tiene la confianza legítima de su continuidad pese a adolecer de vicios de legalidad *ab initio*. Por tanto, la eventual invalidación o nulidad del acto obliga a proteger esta expecta-

<sup>91</sup> Corte Suprema. Rol N° 8.136-2018.

<sup>92</sup> ARANCIBIA 2017, 10-12. Corte Suprema. Rol N° 31.594-2018, c. 4°.

tativa o “situación jurídica consolidada”, en nomenclatura contralora<sup>93</sup>, según los mecanismos de resguardo que ofrece la aplicación de este principio.

### 3. Derecho adquirido, mera expectativa o confianza legítima de inmutabilidad de las cargas de la autorización

¿Existe el derecho a la inmutabilidad de las condiciones habilitantes o cargas públicas anejas a la autorización? En nuestra opinión, por regla general, no. Tales cargas o deberes constituyen meras limitaciones al ejercicio del derecho cuya modificación *in peius* –por ley o *potestas variandi* administrativa– no es privativa de derechos. Así se desprende también de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que si bien no regula en forma específica el caso de los actos administrativos<sup>94</sup>, suele someter los derechos a la ley vigente al momento de su nacimiento, y las obligaciones y condiciones de ejercicio a la normativa posterior<sup>95</sup>.

La excepción está dada, sin embargo, por aquellos casos en que el legislador o el órgano administrativo han comprometido expresa o explícitamente la inmutabilidad de tales deberes o condiciones, lo que constituye un deber de inactividad o negativo cuyo correlato es un derecho adquirido del sujeto autorizado. Este sería el caso, como vimos, de las obligaciones que surgen de los permisos de edificación, respecto de las cuales el legislador ha comprometido su intangibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, de no existir dicho compromiso expreso o de ser ilegal, la modificación sería conforme a derecho en la medida que resguarde, *inter alia*, la confianza legítima del titular de la autorización en la estabilidad de dicho acto.

Un buen ejemplo sobre esta materia es la Ley N° 21.134, que prohibió la extracción de la especie marina jibia mediante artes o aparejos distintos a la potera o línea de mano a partir de seis meses de la publicación de la norma. Esta ley afectó las autorizaciones vigentes que habilitaban la extracción de la especie mediante pesca de arrastre. La pregunta entonces es si la prohibición afectó un derecho adquirido, una confianza legítima o una mera expectativa de continuar utilizando dicho arte de pesca.

En nuestra opinión, esta ley no proscribió sino que condicionó el ejercicio del derecho de pesca de la jibia durante el período de plena explotación; por tanto, no existe un problema de vigencia sino de cargas legales accesorias de la autorización, sobre las que no existe un derecho de inmutabilidad en el caso concreto. Al contrario, la Ley N° 18.892 establece que la actividad pesquera autorizada debe realizarse “conforme con la normativa vigente” (art. 15). Sin embargo, respecto de las autorizaciones vigentes, la modifica-

<sup>93</sup> Por ejemplo, Dictamen N° 5.625 (2013), Dictamen N° 53.290 (2004), Dictamen N° 35.681 (2009).

<sup>94</sup> PHILLIPS 2020, 130-134.

<sup>95</sup> Cfr. arts. 8°, 12 y 16 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de 1861 (s/n).

ción legal podría frustrar igualmente la confianza legítima en la estabilidad del régimen anterior en caso de que los seis meses de *vacatio legis* previstos hayan sido insuficientes para la debida adaptación de los sujetos concernidos<sup>96</sup>. Este criterio sería también aplicable a la modificación de una resolución de calificación ambiental (RCA)<sup>97</sup>.

#### IV. Especies del *genus* autorizatorio

Es importante consignar que el título que legaliza el ejercicio de un derecho solo reviste una naturaleza autorizatoria cuando consiste en un acto administrativo que declara o certifica el cumplimiento de los requisitos habilitantes. En este sentido, la autorización es solamente una especie dentro del género modal que permite ejercer un derecho *secundum legem*. De ahí que no corresponde atribuir un carácter autorizatorio a cualquier hecho.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que la autorización supone necesariamente la dictación de un acto administrativo, el *genus* autorizatorio admite denominaciones y técnicas varias. En este sentido, en la medida que legalicen la actividad, podemos incluir en este género a las siguientes especies de actos administrativos: permiso<sup>98</sup>, patente<sup>99</sup>, certificado<sup>100</sup>, aprobación<sup>101</sup>, incorporación en nómina<sup>102</sup>, registro<sup>103</sup> o catastro público, acreditación<sup>104</sup>, ho-

<sup>96</sup> El Tribunal Constitucional rechazó la inaplicabilidad de la norma prohibitiva en Sentencia Rol N° 8.614-2020, básicamente porque rige *in actum*, no existe un derecho de propiedad sobre normas, y no existe privación del derecho a pescar. Si bien compartimos estas declaraciones, no compartimos el fallo por haber omitido lo verdaderamente relevante del conflicto, esto es, si la frustración de expectativas por el cambio legislativo era o no conforme a la Constitución en razón del período de adaptación estipulado.

<sup>97</sup> Dictamen N° 20.477 (2003); Dictamen N° 34.021 (2003). VIÑUELA 2005, 109 y ss.

<sup>98</sup> Permiso de edificación municipal, art. 166 del D.F.L. N° 458, Vivienda y Urbanismo, de 1976. Sentencia TC Rol N° 437 (2005); permiso de circulación vehicular, arts. 12 y ss. del D.L. N° 3.063, de 1979.

<sup>99</sup> Patente municipal para inicio de giro o actividad, arts. 23 y ss. del D.L. N° 3.063, de 1979.

<sup>100</sup> Certificado de homologación de vehículos motorizados. Art. 2 N° 25 D.F.L. N° 1, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2009.

<sup>101</sup> La aprobación de operaciones de concentración económica a cargo de la Fiscalía Nacional Económica (art. 49 y ss. del D.F.L. N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005).

<sup>102</sup> Nombramiento en Nómina de Liquidadores (art. 30 de la Ley N° 20.720, de 2014). Sentencia TC Rol N° 1.413 (2009), c. 10°.

<sup>103</sup> Inscripción de vehículos en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros. Artículo 3 inciso 7° de la Ley N° 18.696, de 1988, en relación con los artículos 9 y 19 de la Ley N° 19.040, de 1991, y artículo 3 del D.S. N° 212, Transportes y Telecomunicaciones, 1992.

<sup>104</sup> Arts. 23 y ss. del D.L. N° 3.063, de 1979. Ver también Corte Suprema. Rol N° 2.551-2018, c. 5°. Ver también Corte Suprema. Rol N° 434-2015, Corte Suprema. Rol N° 21.183-2014, Corte Suprema. Rol N° 552-2013 y Corte Suprema. Rol N° 58.992-2016.

mologación<sup>105</sup>, calificación<sup>106</sup>, visado<sup>107</sup>, padrón<sup>108</sup>, licencia<sup>109</sup>, y reconocimiento oficial<sup>110</sup>, entre otros.

La naturaleza autorizatoria de estos actos administrativos estriba en que permiten el ejercicio del derecho conforme a la ley, razón por la cual los homónimos que carecen de ese efecto no son autorizatorios. Es el caso, por ejemplo, del registro de organismos autorizados para labores de certificación, inspección, ensayo o control de productos eléctricos, de gas o de combustión<sup>111</sup>, cuya finalidad es meramente catastral respecto de entidades ya autorizadas.

## V. Fronteras del genus autorizatorio

La autorización administrativa comparte elementos similares con otros títulos de legalización o potestades administrativas que es preciso identificar para evitar confusiones en el régimen jurídico aplicable. Nos referimos, específicamente, a las legalizaciones *ope legis*, concesiones y regulaciones. La presencia de elementos comunes en estas técnicas configura una verdadera triple frontera para la autorización que ha sido fuente de malos entendidos para los operadores jurídicos.

### 1. Frontera autorización-legalización *ope legis*

En particular, los hechos o actos que legalizan el ejercicio de un derecho *ope legis*, esto es, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de un acto administrativo que así lo declare o certifique, no revisten una naturaleza autorizatoria. Entre estos figuran los actos privados de comunicación previa a realizar la actividad<sup>112</sup>, la declaración responsable de cumplimiento de la normativa<sup>113</sup>, y la obtención de certificados favorables de entidades privadas acreditadas pero no concesionarias del Estado<sup>114</sup>, como la etiqueta de consumo

<sup>105</sup> Homologación de máquinas de juego. Art. 29 y ss. de la Ley N° 19.995, de 2005.

<sup>106</sup> Resolución de Calificación Ambiental, Ley N° 19.300, de 1994, Título II, Párrafo 2°.

<sup>107</sup> Art. 5 del D.L. 1.094, de 1975.

<sup>108</sup> Padrón o permiso de circulación vehicular (art. 2 N° 35 del D.F.L. N° 1, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2009)

<sup>109</sup> Licencia de conductor, art. 2 del D.F.L. N° 1, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2009.

<sup>110</sup> Reconocimiento oficial de establecimiento educacional (arts. 45 y ss. DFL N° 2, Ministerio de Educación, de 2010). Sentencia TC Rol N° 1.363 (2009), c. 16°, y Sentencia TC Rol N° 2.731 (2014), c. 11°.

<sup>111</sup> Art. 3 N° 14 inciso 3° de la Ley N° 18.410, de 1985.

<sup>112</sup> Esta figura fue introducida en la Unión Europea por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2006. Cfr. BLANQUER 2018, 267 y ss.

<sup>113</sup> *Íbid.*

<sup>114</sup> Por ejemplo, el "certificado de aprobación a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, de gas, combustibles líquidos, y los que utilicen leña y otros productos dendroenergéticos como medio de combustión". Art. 3 N° 14 de la Ley N° 18.410, de 1985.

energético de equipos y máquinas, entre otros<sup>115</sup>. En todos estos casos, la intervención administrativa, de existir, operará *ex post* y no será habilitante<sup>116</sup>.

## 2. Frontera autorización-concesión

Formular una distinción clara entre autorización y concesión es necesaria debido a su confusión en contextos normativos variados. Entendemos la concesión como un acto estatal unilateral que determina la constitución de un bien o gravamen de titularidad pública a un particular con fines de fomento, policía, servicio o empresa del Estado<sup>117</sup>. La confusión con la autorización proviene, precisamente, de su objeto habilitante de derechos o labores de un particular.

Esta equivocación se observa, primeramente, en actividades despublizadas o privatizadas sujetas a regulación que en su momento fueron estatales y concesionadas, pues la inercia del régimen anterior ha llevado al legislador a cometer errores terminológicos. Un ejemplo es la habilitación administrativa en materia distribución privada de energía eléctrica<sup>118</sup>, agua potable<sup>119</sup> y gas<sup>120</sup>, que el legislador denomina “concesión” pese a que se trata de actos autorizatorios<sup>121</sup>.

Un problema similar surge en el ámbito de los bienes nacionales, fiscales o municipales, cuya *publicatio* puede dar pie a la idea errada de que cualquier habilitación especial a particulares es de naturaleza concesional, en circunstancias de que también puede ser autorizatoria. Por ejemplo, los peajes en puentes, caminos y túneles<sup>122</sup>, así como los permisos de acceso preferente a vías públicas de tránsito restringido<sup>123</sup>, no corresponden a concesiones sino a autorizaciones para ejercer el derecho preexistente de uso de bien nacional de uso público<sup>124</sup>.

La confusión ocurre también en sentido contrario, al calificar como autorización un acto materialmente concesional. Así, parte de la doctrina<sup>125</sup> y de la jurisprudencia constitucional<sup>126</sup> conciben la habilitación de particulares para labores de muellaje en los puertos chilenos como una autorización. Empero, la figura obedecería más bien a la de una concesión obligatoria, pues la propia

<sup>115</sup> Art. 4 del D.L. N° 2.224, de 1978.

<sup>116</sup> FRANCO 2017, 217 y 222.

<sup>117</sup> ARANCIBIA 2019, 329 y ss.

<sup>118</sup> D.F.L. N° 4, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2008, arts. 2 y 3.

<sup>119</sup> Art. 4 y ss. de la D.F.L. N° 382, Obras Públicas, de 1988.

<sup>120</sup> Art. 1 del D.F.L. N° 323, Interior, de 1931.

<sup>121</sup> SOTO 2012, 569. También, MENDOZA 1998, 707 a 720. En España, FRANCO 2017, 35 y ss.

<sup>122</sup> Arts. 29 y 75 del D.F.L. N° 850, Obras Públicas, de 1998. Ver Dictamen N° 17.393 (1999), Dictamen N° 23.701 (1999), y Dictamen N° 60.482 (2013).

<sup>123</sup> Art. 3 inciso 2° de la Ley N° 18.696, de 1988.

<sup>124</sup> Art. 589 del Código Civil.

<sup>125</sup> ARÓSTICA 2001, 62 y 63.

<sup>126</sup> Sentencia TC Rol N° 467 (2006), considerandos 39 y ss.

Ley N° 19.542 califica tales servicios como “comprendidos dentro del objeto de las empresas [estatales]” (art. 5), solo que ordena su prestación a través de particulares. Conforme a este criterio, la Corte Suprema sostuvo que dicha potestad era de naturaleza concesional<sup>127</sup>.

Otro ejemplo sería el uso de las expresiones “permiso”, “licencia” o “autorización” para referirse a concesiones precarias, de menor entidad o fin estrictamente privado, como en materia municipal<sup>128</sup>, de vialidad<sup>129</sup>, radioeléctrica<sup>130</sup>, de transporte y distribución de energía eléctrica<sup>131</sup>, de acuicultura<sup>132</sup>, y de bienes fiscales<sup>133</sup>.

Para solucionar estos desaciertos, la doctrina ha procurado distinguir ambas potestades en razón de sus atributos. Sin embargo, en nuestra opinión, las propuestas continúan siendo insatisfactorias o insuficientes. Los referentes indiscutidos en esta materia son Mayer<sup>134</sup> en Alemania y Ranelletti<sup>135</sup> en Italia, para quienes la autorización es un acto de comprobación o declarativo que tiene la aptitud de levantar una barrera para el ejercicio de un derecho preexistente. Se diferenciaría así de la concesión, que constituye un derecho y cargas respecto del concesionario<sup>136</sup>.

Esta distinción, seguida casi de forma unánime por la doctrina<sup>137</sup> y la jurisprudencia<sup>138</sup>, nos parece errada porque confunde las funciones que le corresponden al legislador y al órgano administrativo en el régimen autorizatorio y concesional. La constitución de relaciones jurídicas en el derecho administrativo es de fuente legal, razón por la cual los actos administrativos solo pueden tener un objeto declarativo o condenatorio respecto de los derechos y obligaciones que surgen de estas.

En este sentido, tanto la autorización como la concesión son actos administrativos de objeto declarativo que producen un efecto constitutivo *ope legis*. Declaran que un sujeto concreto ha adquirido una posición, calidad, estatus o estado jurídico de la que surge una relación jurídica de naturaleza legal con el Estado. El que la Administración declare y el legislador constituya demuestra que la relación jurídica del particular es con el Estado y no solo

<sup>127</sup> Corte Suprema. Rol N° 1.469-1999.

<sup>128</sup> Art. 36 de D.F.L. N° 1, Ministerio del Interior, de 2006 y art. 26 inciso cuarto del D.F.L. N° 850, Obras Públicas, de 1998. Sentencia TC Rol N° 1991 (2012).

<sup>129</sup> Art. 14 del D.F.L. N° 206, de 1960.

<sup>130</sup> Arts. 2, 8 y 9 de la Ley N° 18.168, de 1982.

<sup>131</sup> Art. 2 N° 3 y 12 del D.F.L. N° 4, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2007.

<sup>132</sup> Art. 3 del D.F.L. N° 340, de 1960.

<sup>133</sup> Art. 19 inciso 2° del D.L. N° 1.939, de 1977.

<sup>134</sup> Para seguir la terminología acuñada por MAYER 1982, 59 y ss.

<sup>135</sup> RANELLETTI, 1894.

<sup>136</sup> GONZÁLEZ 1965, 34.

<sup>137</sup> Real Academia Española, 2019, 232; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2017, 161-164. En Chile, véase CORDERO VEGA 2015, 256; BERMÚDEZ 2014, 145 y 323.

<sup>138</sup> En Chile véase Sentencia TC Rol N° 467 (2006), c. 41°.

con uno de sus órganos. En otras palabras, la declaración de un sujeto como “autorizado” o “concesionario” es apta para crear o constituir derechos u obligaciones legales específicos eventualmente precisados por actos administrativos. Por tanto, autorización y concesión son tan declarativas como constitutivas.

Otra posible diferencia sería el carácter unilateral de la autorización versus el contractual de la concesión<sup>139</sup>. Sin embargo, esta distinción también sería errónea. Primero, si la bilateralidad radica en la existencia de obligaciones recíprocas entre el Estado –que respeta la concesión– y el particular –que cumple con las obligaciones anejas a la misma–, semejante reciprocidad también podría concurrir en un acto autorizador sujeto a modalidades. Por otro lado, si la bilateralidad se refiere al número de voluntades que concurren al perfeccionamiento del acto o surgimiento de la relación jurídica pública, tampoco correspondería aplicarla a la figura concesional, pues esta consiste en un acto jurídico unilateral de efectos bilaterales sujeto a la condición suspensiva de aceptación o rechazo por parte del particular<sup>140</sup>.

Precedentes adicionales han procurado diferenciar ambos institutos según el inicio del procedimiento, que obedecería a una licitación en el caso de la concesión y a una solicitud en el caso de la autorización. Sin embargo, las autorizaciones también podrían ser objeto de procedimientos concursales cuando el interés público exige restringir el número de sujetos autorizados y existen más interesados. Un ejemplo típico sería el *franchising* de monopolios naturales<sup>141</sup> (v. gr. servicios sanitarios<sup>142</sup>, transporte público de pasajeros en vías congestionadas<sup>143</sup>) o legales (v. gr. casinos de juego).

También, autores como Parada sostienen que la autorización es distinta a la concesión en cuanto a que está abierta a todos los ciudadanos sin límites, “como ocurre, por ejemplo, en las licencias de conducir, de caza o de abrir establecimientos educativos, licencias urbanísticas, etc.”. En cambio, en razón de su escasez, las licencias de taxis, farmacias, telecomunicaciones o importación serían más bien concesiones<sup>144</sup> o, a lo menos, figuras híbridas<sup>145</sup>. Discrepamos de este criterio meramente cuantitativo, no solo porque descuida aspectos cualitativos relevantes, como la titularidad de la actividad, que determina si corresponde a un derecho protegido o a una expectativa, sino también porque pueden existir autorizaciones restringidas y concesiones de alta disponibilidad (v. gr. uso de terrenos fiscales).

<sup>139</sup> CANASI 1974, 260. Sentencia TC Rol N° 476 (2006), c. 41°.

<sup>140</sup> ARANCIBIA 2019, 329 y ss.

<sup>141</sup> BALDWIN y LODGE 2012, 165.

<sup>142</sup> Art. 14 y ss. de la Ley General de Servicios Sanitarios, D.F.L. N° 382, Obras Públicas, de 1989.

<sup>143</sup> Art. 3 de la Ley N° 18.696, de 1988.

<sup>144</sup> PARADA 2008, 383 y 384.

<sup>145</sup> Se suele hablar de “concesiones autorizatorias”, autorizaciones “concesionales” (GARCÍA 1991, 249), de autorizaciones “cuasicontractuales” (ZAGO 2000, 170), o de tertium genus (FUENTE-TAJA 2003, 101).

Los reparos expuestos justifican la necesidad de explorar criterios alternativos de distinción entre autorización y concesión en el derecho nacional. Dado que ambos tipos de acto tienen un objeto declarativo y efectos constitutivos, pensamos que la distinción estriba más bien en la función de cada potestad, en su efecto constitutivo, en los riesgos de ganancia y pérdida, en la responsabilidad por daños de la actividad realizada, en su régimen de concursabilidad, y en el ámbito de injerencia estatal.

Así, mientras la autorización corresponde a una actividad estricta de policía, la concesión sirve para cumplir fines diversos de fomento, servicio público, empresa del Estado y policía<sup>146</sup>.

Por otro lado, la declaración autorizatoria produce la constitución de un derecho o interés legal reclamable al Estado de ejercer un derecho preexistente, sin perjuicio de los deberes legales anejos. La declaración concesional, en cambio, es apta para la constitución de un derecho legal sobre bienes nacionales o estatales, o de un gravamen legal respecto de actividades de titularidad estatal<sup>147</sup>, sin perjuicio de la constitución de deberes o derechos legales recíprocos.

En materia de riesgo de ganancia o pérdida y de responsabilidad por daños de la actividad habilitada, salvo norma en contrario, estos corresponden al titular de la misma, siendo el particular en caso de autorización y el Estado en hipótesis de concesión<sup>148</sup>. Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por falta de fiscalización del sujeto autorizado y del concesionario ante el Estado.

Por último, los deberes legales constituidos y precisados en virtud de un acto autorizatorio protegen a terceros respecto de los riesgos de la actividad. Aquellos relativos a la concesión, en cambio, se ordenan a los intereses del Estado como "titular" específico de la misma. Por lo mismo, el Estado no podría valerse de un régimen autorizatorio para exigir a los particulares condiciones propias de un concedente a un concesionario<sup>149</sup>.

### 3. Frontera autorización-regulación

La distinción entre autorización y regulación, si entendemos esta última como la imposición de obligaciones legales para satisfacer intereses públicos<sup>150</sup>, parece ser sencilla prima facie. En efecto, la primera consiste en un acto admi-

<sup>146</sup> Véase ARANCIBIA 2019, 354 y ss.

<sup>147</sup> CASSAGNE 1995, 1182-1183. En nuestro país, esta tesis fue acogida por el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 1413 (2009), c. 8°. Ver también MORAGA 2010, 311-314, y VERGARA 2010, 239; 2018, 48-52.

<sup>148</sup> ARIÑO 2005, 34-35.

<sup>149</sup> ENTRENA 2013, 224.

<sup>150</sup> KOOP y LODGE 2017, 95 a 108. Una definición similar ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en sentencias roles N° 146 (1992), c. 9°, y N° 167 (1993), c. 12°.

nistrativo de beneficio, mientras que la segunda conlleva un acto legislativo<sup>151</sup>, susceptible de precisiones administrativas, de constitución de gravámenes a todo aquel que esté en posición o circunstancia de ser alcanzado por la norma.

Sin embargo, la distinción se vuelve más compleja, en primer término, cuando el acto autorizatorio precisa los deberes legales a los que estará sometido el sujeto autorizado. En este caso, el acto parece ser no solo declarativo sino también regulatorio. Empero, esta apreciación no deja de ser un espejismo jurídico, pues la regulación continúa siendo de fuente legal sin perjuicio de su necesaria precisión administrativa para el caso concreto. Un ejemplo típico de esta mixtura es la RCA<sup>152</sup> y la resolución de aprobación de operaciones de concentración que dicta la Fiscalía Nacional Económica<sup>153</sup>. Ambas autorizan y precisan deberes legales para el desarrollo de una actividad.

Si bien el carácter híbrido de esta figura asegura una eficacia mayor en la prevención de riesgos, cabe preguntarse si el análisis de necesidad y proporcionalidad del acto debe ser también compuesto en razón de su duplicidad de fines. Esto se debe a que la finalidad de la autorización pura y simple es la prevención de riesgos de difícil corrección en razón de su entidad o costos de transacción involucrados, mientras que la de la regulación *ex post* suele ser la interacción eficiente o la prevención de riesgos corregibles. En consecuencia, la eficacia y proporcionalidad de las medidas prospectivas del acto autorizatorio deberían medirse conforme al segundo objetivo.

En segundo término, la distinción se ve desafiada en el caso de las autorizaciones legales o generales<sup>154</sup>, en virtud de las cuales un mismo cuerpo legal establece las condiciones iniciales bajo las cuales una actividad podría ser realizada. La normativa comunitaria europea la define como aquella “que no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización”<sup>155</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, la denominación de la ley como “autorizatoria” no deja de ser una mera analogía carente de valor técnico. Dado que la actividad no está sujeta a la carga de obtener una declaración administrativa previa, no existe una autorización propiamente tal.

## Conclusión

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, es posible destacar las siguientes conclusiones:

1. La autorización es un acto administrativo que legaliza el ejercicio de un derecho para el titular que cumple los requisitos legales condicionantes.

<sup>151</sup> En razón de la reserva legal de la regulación económica prevista en el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

<sup>152</sup> Ley N° 19.300, de 1994, Título II, Párrafo 2°. Corte Suprema. Rol N° 23.652-2014, c. 4°.

<sup>153</sup> Arts. 54 y 57 del D.F.L. N° 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005.

<sup>154</sup> MUÑOZ 2010, 88 y ss.

<sup>155</sup> Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1997, artículo 1 a).

2. La técnica autorizatoria encuentra su justificación en actividades cuya realización no autorizada hace presumir riesgos de lesión al interés social difíciles de corregir de modo eficaz y eficiente mediante la imposición de poderes correctivos menos restrictivos.

3. La introducción de la potestad autorizatoria en un ámbito determinado da origen a una relación jurídica específica entre el solicitante y el Estado, regida por un estatuto legal que *constituye* derechos distintos e independientes al derecho cuyo ejercicio se pretende, así como gravámenes anejos al beneficio otorgado.

4. La estabilidad de un acto autorizatorio ante la modificación o extinción sobreviniente de sus efectos o régimen jurídico puede estar basada en un crédito de vigencia o en la confianza legítima en la inalterabilidad del acto.

5. Pese a que comparten elementos similares con las autorizaciones administrativas, los títulos legalizantes *ope legis*, concesionales y regulatorios no revisten una naturaleza autorizatoria.

## Bibliografía citada

- Arancibia Mattar, J. (2019). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (coords.), *El Dominio Público* (pp. 327-375). Tirant lo Blanch.
- Arancibia Mattar, J. (2017). La relación jurídica pública: íter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto Kloss (coord.), *El derecho administrativo y la protección de las personas* (pp. 1-18). Ediciones UC.
- Ariño Ortiz, G. (2005). La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. En J.C. Cassagne y G. Ariño Ortiz (coords.), *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación* (pp. 9-30). Lexis-Nexis Abeledo-Perrot.
- Aróstica Maldonado, I. (2001). *Derecho Administrativo Económico*. Universidad Santo Tomás.
- Arroyo Jiménez, L. (2004). *Libre empresa y títulos habilitantes*. CEPC.
- Baddeley, M. (2017). *Behavioural Economics*. Oxford University Press.
- Baldwin, R.; Cave, M. y Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª ed.). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2018). *Historia de la Ley N° 19.300*. Biblioteca del Congreso Nacional.
- Black, J. and Baldwin, R. (2010). *Really responsive risk-based regulation*. *Law and Policy*, 32 (2), 181-213.
- Blanquer Criado, D. (2018). *La autorización y la comunicación (en el contexto de la UE)*. Tirant lo Blanch.
- Canasí, J. (1974). *Derecho Administrativo* (Vol. II). Depalma.
- Carmona Santander, C. (2003). *Los Recursos de la Administración: Personal, Bienes y Presupuesto, Apuntes de Clases*. 2ª parte. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Carrasco Quiroga, E. y Herrera Valverde, J. (2014). La interpretación de la resolución de calificación ambiental. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), agosto, 635-671.
- Cassagne, Juan C. (1995). El servicio público en las técnicas concesionales. *La Ley*, 1182-1183.
- Cordero Quinzácar, E. (2020). *Estudios sobre Propiedad y Derecho Urbanístico*. Tirant Lo Blanch.
- Cordero Vega, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing.

- Díaz de Valdés Juliá, J. M. y Enteiche Rosales, N. (2015). La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos. *Revista Actualidad Jurídica* (31), 235-266.
- Doménech Pascual, G. (2017). ¿Mejor antes o después? Controles públicos previos vs. Controles públicos posteriores. *Papeles de Economía Española* (151), 47-62.
- Entrena Ruiz, Daniel (2013). El desarrollo de actividades en la vía pública en el contexto de la libre prestación de servicios. En L. Parejo Alfonso (Dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy* (pp. 197-254). Tirant lo Blanch.
- Figueroa Velasco, P. y Figueroa Valdés, J. E. (2006). *Urbanismo y Construcción*. Legal Publishing.
- Fortes Martín, A. (2013). El régimen jurídico-administrativo de la licencia municipal de apertura. En L. Parejo Alfonso (Dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy* (pp. 197-254). Tirant Lo Blanch.
- Franco Escobar, S. (2017). *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general*. Tirant lo Blanch.
- Fuentes Olmos, J. (2012). Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII*, Valparaíso, Chile, 1<sup>er</sup> Semestre, 543-571.
- Fuentetaja pastor, J. (2003). Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes. *Revista de Administración Pública*, enero-abril (160), 87-119.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo* (15 ed.) (T II). Civitas, Thomson.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1991). *Los actos administrativos* (2<sup>a</sup> ed.). Civitas.
- Giorgianni, M. (2018). *La obligación*. Ediciones Olejnik.
- González Vergara, A. (1965). *La concesión, acto administrativo creador de derechos*. Editorial Jurídica de Chile.
- Guiloff Titium, M. (2018). La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites. *Ius et Praxis*, Año 24 (2), 621-648.
- Höppner, S., Kirchner, C. (2015). Ex ante versus ex post governance: a behavioral perspective. *Review of Law and Economics*, 227-259.
- Koop, C. y Lodge, M. (2017). What is regulation? An interdisciplinary concept analysis? *Regulation & Governance* (11), 95-108.
- Laguna de Paz, J. C. (2006). *La autorización administrativa*. Thomson Civitas.
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. T II. Parte Especial. Ediciones De Palma.
- Mendoza Zúñiga, R. (1998). Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (3), jul.-sept., 707-720.
- Montt Oyarzún, S. (2010) (29 de julio de 2010). *Informe en Derecho, "Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera"*. Disponible en <http://derecho.uchile.cl/centro-de-regulacion-y-competencia/documentos/regulacion-y-derecho-publico-economico.html>.
- Moraga Klenner, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado*. Abeledo-Perrot.
- Muñoz Machado, S. (2010). Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas. *Revista Española de la Función Consultiva* (14), julio-diciembre, 85-110.
- Ogus, A. (2004). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Hart Publishing.
- Orlando, V. E. (1979). *Principios de Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parada Vásquez, J. R. (2008). *Derecho Administrativo* (17 ed.) (T I. Parte General). Marcial Pons.
- Phillips Letelier, J. (2020). *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección*. Tirant lo Blanch.
- Rajevic Mosler, E. (2004). El Permiso de Construcción como Acto Administrativo. Acto y Procedimiento Administrativo, Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Ranelletti, O. (1894). *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I. Concetto e natura*. Edit. Unione Tipografico Editrice, F.lli Bocca.

- Real Academia Española de la Lengua, Consejo General del Poder Judicial (2019). *Diccionario del Español Jurídico*, S. Muñoz Machado (Dir.). Editorial Planeta.
- Soto Kloss, E. (2000). Comentario al fallo Sociedad Educacional San Esteban S.A. con Secretario Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo (S) y Director de Obras de la Municipalidad de Colina s/ Recurso de protección”, en: *Microjuris Chile*, Cita: RDJ356, MJJ356.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (3ª ed. actualizada). Thomson Reuters.
- Soto Kloss, E. (2014). Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los destinatarios (a propósito del artículo 53 inciso 1º de la Ley N° 19.880). En E. Soto Kloss (coord.), *Administración y Derecho* (pp. 283-297). Thomson Reuters La Ley.
- Vaquer Caballería, M. (2013). Las licencias de obras. En L. Parejo Alfonso (Dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy* (pp. 41-88). Tirant lo Blanch.
- Vergara Blanco, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), 33-49.
- Vergara Blanco, A. (2010). *Instituciones de Derecho Minero*. AbeledoPerrot LegalPublishing.
- Vergara Blanco, A. (2018). *Derecho Administrativo Económico*. Thomson Reuters.
- Viñuela Hojas, M. (2005). La estabilidad de los permisos otorgados al amparo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones frente a modificaciones de los instrumentos de planificación territorial dispuestas por la autoridad ambiental. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (15), 103-112.
- Zago, T. (2000). Las licencias individuales (I): Régimen jurídico general. En J. M. De la Cuétara, R. Ariño y T. Zago, *Autorizaciones y licencias en Telecomunicaciones. Su regulación presente y futura* (pp. 167-210). Fundación Estudios de Regulación/Comares.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República [CPR]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto N° 206 de 1960 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre construcción, conservación y financiamiento de caminos; deroga la Ley N° 4.851. 26 de marzo de 1960. D.O. N° 24.612.
- Decreto N° 323 de 1931 [con fuerza de ley]. Ley de Servicios de Gas. 20 de mayo de 1931. D.O. N° 15.976.
- Decreto N° 340 [con fuerza de ley]. Sobre concesiones marítimas. 5 de abril de 1960. D.O. N° 24.613.
- Decreto N° 382 [con fuerza de ley]. Ley General de Servicios Sanitarios. 30 de diciembre de 1988. D.O. N° 33.403.
- Decreto N° 4 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de Ley General de Servicios Eléctricos. 12 de mayo de 2006. D.O. N° 38.461.
- Decreto N° 850 [con fuerza de ley]. Obras Públicas, fija el texto refundido y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del D.F.L. N° 206, de 1960. 12 de septiembre de 1997. D.O. N° 36.000.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Economía, Fomento y Reconstrucción, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211 de 1973. 17 de diciembre de 1973. D.O. N° 38.104.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 2000. D.O. N° 36.676.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Transportes y Telecomunicaciones, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito. 27 de diciembre de 2007. D.O. N° 39.498.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Interior, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. N° 38.523.

- Decreto N° 323 [con fuerza de ley]. Ministerio del Interior, Ley de Servicios de Gas. 20 de mayo de 1931. D.O. N° 15.984.
- Decreto N° 458 [con fuerza de ley] aprueba Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975. D.O. N° 29.431.
- Decreto N° 2 de 2009 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N° 1, de 2005. 16 de diciembre de 2009. D.O. N° 39.700.
- Decreto N° 1094 de 1975 [Ministerio del Interior]. Establece normas sobre extranjeros en Chile. 14 de julio de 1975.
- Decreto N° 1939 [Ministerio de Tierras y Colonización]. Normas sobre Disposición de bienes del Estado. 5 de octubre de 1977.
- Decreto N° 2224 [Ministerio de Minería]. Crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía. 25 de mayo de 1978.
- Decreto N° 2385 [Ministerio del Interior]. Fija texto refundido y sistematizado del D.L. N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales. 30 de mayo de 1996.
- Decreto N° 212 [Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones]. Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. 15 de octubre de 1992.
- Decreto N° 430 [Economía, Fomento y Reconstrucción]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Pesca y Acuicultura. 28 de septiembre de 1991.
- Decreto N° 4 [Vivienda y Urbanismo]. Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992.
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 39.700.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. D.O. N° 32.176.
- Ley N° 18.696. Modifica artículo 6° de la Ley N° 18.502, autoriza importación de vehículos que señala y establece normas sobre transporte de pasajeros. 30 de marzo de 1998. D.O. N° 33.035.
- Ley N° 19.040. Establece normas para adquisición por el Fisco de vehículos que indica y otras disposiciones relativas a la locomoción colectiva de pasajeros. 23 de enero de 1991. D.O. N° 33.877.
- Ley N° 19.300. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 1 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Ley N° 19.542, moderniza el sector portuario estatal. 9 de diciembre de 1997. D.O. N° 35.944.
- Ley N° 19.995. Establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego. 4 de enero de 2005. D.O. N° 38.054.
- Ley N° 20.129. Establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior. 23 de octubre de 2006. D.O. N° 38.616.
- Ley N° 20.720. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2013. D.O. N° 40.752.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece el Régimen Especial de Pesca, Boletín 2274-03, 2 de diciembre de 1998.
- Directiva N° 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Diario Oficial, 7 mayo 1997.
- Directiva N° 2004/67 del Consejo, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural. Diario Oficial 29 abril 2004.
- Directiva N° 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición). 30 junio 2006.
- Directiva N° 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. 27 diciembre 2006.

Directiva N° 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. 25 de noviembre de 2009.

### Jurisprudencia citada

Corte Suprema. Rol N° 10.859-1987, 24 noviembre 1987.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 33.611-1996, 9 enero 1996.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 1.469-1999, 27 julio 1999.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 1.428-2007, 16 octubre 2008.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 552-2013, 25 septiembre 2013.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 4.800-2007, 29 septiembre 2007.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 21.183-2014, 18 marzo 2015.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 23.652-2014, 22 junio 2015.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 434-2015, 22 julio 2015.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 58.992-2016, 30 marzo 2017.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2.138-2012, 27 de julio de 2012.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2.551-2018, 22 febrero 2018.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.485-2017, 5 marzo 2018.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 36.684-2017, 22 enero 2019.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 8.136-2018, 23 julio 2018.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 31.594-2018, 1 julio 2019.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 31.797-2018, 20 marzo 2020.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 29.945-2018, 15 abril 2020.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 20.969-2020, 26 mayo 2020.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 50.662-2020, 30 junio 2020.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 34.788-2016, 2 febrero 2017.  
 Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 5202-2005, 27 octubre 2005.

### Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional. Rol N° 146-92, 21 abril 1992.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 167-93, 6 abril 1993.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 437-05, 21 abril 2005.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 467-06, 14 noviembre 2006.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 476-06, 17 abril 2006.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 718-07, 26 noviembre 2011.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1.991-11, 20 abril 2011.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1.199-08, 1 septiembre 2008.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1.363-09, 28 julio 2009.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1.413-09, 16 noviembre 2010.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1.452-09, 5 agosto 2010.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2.069-11, 31 julio 2012.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2.731-14, 26 noviembre 2014.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2.841-15, 21 enero 2016.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 3.208-16, 3 abril 2018.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 3.250-16, 3 abril 2018.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 5.172-18, 14 mayo 2019.  
 Tribunal Constitucional. Rol N° 8.614-20, 12 de noviembre de 2020.

### Contraloría General de la República

Contraloría General de la República. Dictamen N° 28.151, 20 de agosto de 1998.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.393, 12 de mayo de 1999.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.701, 1 de julio de 1999.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 610, 7 de enero de 2000.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 5.230, 11 de febrero de 2000.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.360, 9 de marzo de 2000.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 15.089, 2 de mayo de 2000.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.124, 2 de septiembre de 2002.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.477, 20 de mayo de 2003.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.021, 11 de agosto de 2003.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.033, 11 de abril de 2005.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.664, 21 de marzo de 2006.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.152, 28 de junio de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.813, 18 de octubre de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.722, 9 de agosto de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 60.482, 23 de septiembre de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 42.836, 29 de mayo de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 87.452, 4 de noviembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.249, 7 de junio de 2018.

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*Luisi y Carbone*, C-286/82 y C-26/83, 31 enero 1984.  
*Bordessa y otros*, C-358/93 y C-416/93, 23 febrero 1995.  
*Sanz de Lera*, C-163/94, C-165/94 y C-250/94, 14 diciembre 1995.  
*Konle*, C-302/97, 1 junio 1999.  
*Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others v Administración General del Estado*, C-205/99, 20 febrero 2001.  
*Smits y Peerbooms*, C-157/99, 12 julio 2001.  
*Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado*, C-390/99, 22 enero 2002.  
*Comisión v Bélgica*, C-503/99, 4 junio 2002.  
*Comisión v Francia*, C-483/99, 4 junio 2002.  
*Comisión v Portugal*, C-367/98, 4 junio 2002.  
*Comisión con España*, C-463/00, 13 mayo 2003.  
*Monsanto Agricultura Italia y otros*, C-236/01, 9 septiembre 2003.  
*Comisión v Dinamarca*, C-192/01, 23 septiembre 2003.  
*Comisión v Francia*, C-122/03, 11 diciembre 2003.  
*Germany GmbH y Arcor AG & Co. KG v Alemania*, C-392/04 y C-422/04, 19 septiembre 2006.  
*Comisión v España*, C-274/06, 14 febrero 2008.  
*Comisión v Reino de España*, C-207/07, 17 julio 2008.  
*Comisión v Austria*, C-169/07, 10 marzo 2009.  
*Comisión v Italia*, C-326/07, 26 marzo 2009.  
*Comisión v Holanda*, C-567/07, 1 octubre 2009.  
*Comisión v Francia*, C-333/08, 28 enero 2010.  
*Naftiliaki Etaireia Thasou AE and Amaltheia I Naftiki Etaireia v Ypourgos Emporikis Naftilias*, C-128/10 y C-129/10, 17 marzo 2011.  
*Comisión v Alemania*, C-39/11, 7 junio 2012.  
*Comisión v Grecia*, C-244/11, 8 noviembre 2012.  
*Comisión v Reino Unido*, C-316/15, 16 noviembre 2016.  
*Comisión v Alemania*, C-282/15, 19 enero 2017.  
*Comisión v Bélgica*, C-137/17, 26 septiembre 2018.

# Potestad administrativa sancionadora: la conveniencia de su reconocimiento constitucional

## Administrative sanctioning power: the convenience of its constitutional recognition

Rosa Fernanda Gómez González\*

Este trabajo tiene por objeto analizar el reconocimiento constitucional de la potestad administrativa sancionadora. Si bien su ejercicio ha operado bajo un régimen de tolerancia respaldado por una profusa construcción jurisprudencial, cabe analizar la necesidad de efectuar una regulación expresa de dicha potestad en la Carta fundamental. Junto con ello, el trabajo propone una serie de principios y reglas que una eventual regulación general de la potestad sancionadora debiera considerar.

**Palabras clave:** *ius puniendi*, infracciones, sanciones, modificación, reforma, Constitución.

The purpose of this work is to analyze the constitutional recognition of the administrative sanctioning power. Although its exercise has operated under a tolerance regime backed by a profuse jurisprudential construction, it is worth analyzing, before a constituent process, the need to carry out an express regulation of said power in the Fundamental Charter. Along with this, the work proposes a series of rules that a possible general regulation of the sanctioning power should consider.

**Keywords:** *ius puniendi*, infractions, sanctions, modification, reform, Constitution.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesora de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo postal: Avenida Brasil N° 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: rosa.gomez@pucv.cl. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Postdoctoral N° 3190494 "Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución" y del FONDECYT Regular N° 359974 "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa". Asimismo, cuenta con el apoyo del proyecto de investigación "Derecho Administrativo Sancionador 2.0" (2018-RTI-096688-B-100), Proyecto I+D+i "Retos Investigación" 2018, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Orcid ID: 0000-0003-4769-6749.

Artículo recibido el 14 de agosto de 2020 y aceptado el 7 de diciembre de 2020.

## Introducción

En Chile, al igual como ha ocurrido en diversos regímenes jurídicos comparados<sup>1</sup>, la potestad administrativa sancionadora no cuenta con un reconocimiento constitucional explícito, circunstancia que, si bien no ha impedido su ejercicio, ha complejizado su aplicación práctica, generando diversos problemas de seguridad jurídica.

Por su parte, la inexistencia de una regulación sancionadora general o de bases<sup>2</sup>, ha contribuido de buena manera al crecimiento inorgánico del poder punitivo de la Administración, el cual se manifiesta en una abrumadora regulación sancionadora sectorial caracterizada por una diversidad de sanciones, reglas sustantivas y procedimentales y una multiplicidad de órganos de aplicación y control.

Lo anterior no solo ha dificultado la creación de un sistema general o de referencia, sino que ha incidido significativamente en el ejercicio de dichas potestades, llegando a afectar, en algunos casos, los derechos y garantías de los sujetos infractores. Al efecto, existen numerosos ejemplos, como la aplicación de sanciones de plano, sin un procedimiento administrativo previo<sup>3</sup> o conforme a un procedimiento al margen de la ley<sup>4</sup>, la imposición de sanciones privativas de libertad de manera directa o por vía sustitutiva<sup>5</sup>, la exigencia del previo pago de la multa como requisito de admisibilidad para recurrir judicialmente contra ella<sup>6</sup>, entre otros.

En este contexto, cabe analizar la pertinencia de un reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, determinando su necesidad y los efectos que dicho reconocimiento tendría en nuestro ordenamiento jurídico.

### I. Sobre la conformidad de la potestad administrativa sancionadora con la Constitución de 1980

#### 1. Aspectos generales

El tema de la potestad sancionadora no había sido objeto de particular interés para la dogmática penal ni administrativa sino hasta los primeros años de

<sup>1</sup> V. gr. Alemania, Perú, Colombia, entre otros.

<sup>2</sup> Si bien en 2004 existió un proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionadores, este se archivó en su primer trámite constitucional. Por su parte, en 2019 se trabajó en una nueva propuesta, pero, a la data, no se tiene noticia de sus avances.

<sup>3</sup> Corte Suprema Rol N° 62.128-2016.

<sup>4</sup> Dictamen N° 52.175 (2014).

<sup>5</sup> En materia sanitaria el artículo 169 del Código señalaba que "Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa", disposición que fue derogada en 2014 por la Ley N° 20.724. Por su parte, en materia fitosanitaria es posible encontrar disposiciones de esta naturaleza aun vigentes (artículo 20 de la Ley N° 18.755).

<sup>6</sup> V. gr. el artículo 19 inciso 2° parte final de la Ley N° 18.410.

la década de los ochenta cuando se comenzó a cuestionar la constitucionalidad de los castigos que podía imponer la Administración al margen de un debido proceso judicial<sup>7</sup>.

El interés por la materia responde al incremento de las sanciones administrativas y al aumento de su contenido lesivo, en algunos casos con cuantías superiores a las previstas para las penas y, en otros, extendiéndose a medidas privativas de libertad. Además, estas potestades eran ejercidas conforme a exiguos marcos regulatorios, con precarios mecanismos de control, con diversos niveles de discrecionalidad y al margen de los principios que desde antaño se aseguraban para el ámbito penal, como la legalidad, la tipicidad, la culpabilidad, la responsabilidad personal y subjetiva, entre otros<sup>8</sup>.

Por su parte, el poder punitivo de la Administración parecía no encajar con el marco normativo establecido por la Constitución de 1980 y, por el contrario, muchas de las regulaciones sancionadoras se mostraban en conflicto con alguno de sus preceptos, principalmente con los derechos subjetivos establecidos a favor de las personas, por lo que, para mantener su vigencia, como potestad restrictiva de derechos, debía generar una cierta armonía con los derechos asegurados constitucionalmente<sup>9</sup>.

Una de las preocupaciones era determinar su fundamento constitucional, sin embargo, y como posteriormente quedaría en evidencia, lo que en realidad se perseguía era establecer el régimen jurídico aplicable, en particular, las garantías y principios de dicha potestad, con los cuales se pudiera racionalizar su ejercicio<sup>10</sup>, limitando la aplicación desmedida de sanciones por parte de la Administración.

<sup>7</sup> SOTO KLOSS 1979/1980, 95-103. El autor sostuvo que de admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora esta debiera estar sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por el juez (específicamente página 101). También en SOTO KLOSS 2014, 39-52. Anteriormente, este rechazo a la potestad sancionadora de la Administración se puede ver en HUNNEUS 1880, 244 y 252, autor sostuvo que si “[...] la administración debe tener facultad para dictar disposiciones preventivas de policía i para imponer multas a sus infracciones; es forzoso también reconocer que, si se quiere disfrutar de verdadera libertad, el número de aquéllas debe limitarse solo a los casos en que sean estrictamente necesarias i en que infieran a los ciudadanos el menor vejámen posible, como sucedo con las disposiciones de policía sanitaria, que son las menos contrarias al réjimen liberal”.

<sup>8</sup> De aquí surge la conocida frase de García de Enterría quien sostenía que “[...] frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico... Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionador es un derecho represivo pre-beccariano”, en GARCÍA DE ENTERRÍA 1976, 409.

<sup>9</sup> Un análisis de la evolución histórica de la potestad sancionadora en Chile se puede ver en GÓMEZ 2019, 361-384.

<sup>10</sup> CORDERO 2014, 130.

## 2. Cuestionamientos a la constitucionalidad de la potestad administrativa sancionadora

A comienzos de la década de los ochenta, las diferentes leyes sancionatorias sectoriales se caracterizaban por su precaria densidad normativa, traducida en una deficiente regulación legal que implicaba: la configuración de tipos infraccionales desmesuradamente abiertos o bajo supuestos de responsabilidad objetiva; la omisión de la clasificación de las infracciones y la ausencia de criterios para la determinación de sanciones; la inexistencia de normas sobre prescripción; la ausencia de un debido procedimiento administrativo sancionatorio, entre otros<sup>11</sup>.

De este modo, nuestra tradición jurídica en materia de sanciones administrativas puede ser descrita como una regulación atomizada, fragmentaria e incompleta, compuesta por una abrumadora cantidad de disposiciones sectoriales que contemplan algunos artículos o títulos destinados a fijar un *régimen sancionatorio*, configurando infracciones y estableciendo sanciones, pero sin precisar, en la gran mayoría de los casos, las reglas sustantivas y procedimentales para el ejercicio de la potestad<sup>12</sup>.

Por ello, no es extraño encontrar autores que cuestionen la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración. En tal sentido, Eduardo Soto Kloss ha sostenido que se trata de una potestad inconstitucional puesto que su ejercicio corresponde a una facultad que la Carta fundamental ha entregado al Poder Judicial (artículo 76), por lo que su ejercicio en manos de la Administración la transforma en una comisión especial que atenta contra el derecho a un juez natural, vulnerando las garantías de un justo y racional procedimiento (artículo 19 N° 3)<sup>13</sup>.

Por su parte, Iván Aróstica si bien comparte la doctrina anterior, en cuanto a que todo el poder sancionador debiera detentarlo por mandato constitucional el juez<sup>14</sup>, reconoce que ello generaría una serie de problemas

<sup>11</sup> En este mismo sentido, se ha indicado que “Es el espacio de las normas administrativas y no de ley; las conductas que se sancionan se describen de forma ambigua e imprecisa, bastando en la mayoría de las ocasiones la simple infracción de reglamento como tipo sancionador; no hay espacio a la culpabilidad, ya que se entiende que la responsabilidad sería objetiva; el derecho a la defensa y a un justo y racional procedimiento queda entregado a la voluntad de la Administración; el control judicial se ve condicionado (*solve et repete*) cuando no derechamente restringido”, en CORDERO 2014, 130.

<sup>12</sup> A nivel comparado, esta situación se ha planteado como una crisis permanente de la potestad sancionadora de la Administración, entendida como búsqueda de un estatuto jurídico (definitivo) que satisfaga a todos y esclarezca todas las incertidumbres, en SUAY 2008, 50.

Con todo, a nivel nacional, en el último tiempo se ha observado una mayor preocupación de legislador en orden a establecer algunos principios y a fijar un procedimiento, con ha ocurrido en materia ambiental, educación, mercado financiero, aguas, entre otros.

<sup>13</sup> V. gr. SOTO KLOSS 1979/1980, 95-103. Sin perjuicio de que en alguna de sus publicaciones ha manifestado que es posible admitir la potestad sancionadora de la Administración en la medida que establezcan una serie de garantías para los sujetos infractores, continúa sosteniendo hasta la actualidad la tesis de su inconstitucionalidad.

<sup>14</sup> ARÓSTICA 1987a, 74.

prácticos. Por ello, el autor sostiene que, de atribuírsele dicho poder a la Administración, el legislador debe atender a ciertas reglas de legalidad, gravedad, proporcionalidad y control judicial<sup>15</sup>.

No obstante las críticas, el desarrollo normativo de la potestad se mantuvo constante y al alza a nivel sectorial, siendo difícil encontrar una ley que carezca de una referencia, aunque sea mínima, al régimen administrativo sancionador.

La evolución de la potestad administrativa sancionadora en Chile deriva de la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos y valores sociales, fundamentalmente de carácter supraindividual o colectivo, que no han sido garantizados por la vía penal o que lo han sido posteriormente<sup>16</sup>, de manera que muchas conductas han sido consideradas ilícitas por primera vez en sede administrativa.

Junto con ello, cabe tener presente que la existencia de una potestad sancionadora en manos de órganos administrativos se justifica en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la normativa que regula cada actividad o sector específico. Después de todo, una ley sin sanciones para reprimir la contravención a sus disposiciones carecería del instrumento para obligar a cumplir sus disposiciones<sup>17</sup>.

En definitiva, las sanciones administrativas, a diferencia de las penas, tienen por objeto asegurar el cumplimiento de ciertos deberes contenidos en las normas que regulan un determinado sector o actividad, garantizando con ello la finalidad pública que allí se persigue, como sería la prestación del servicio educacional, la protección del medio ambiente, la salubridad pública, el correcto funcionamiento del mercado financiero, la protección de la hacienda pública, entre otros. Así, las sanciones administrativas son medios para garantizar un fin público o interés general.

### 3. El rol del Tribunal Constitucional: análisis de los casos Dirección General de Aguas y Servicio Nacional del Consumidor

La constitucionalidad de la potestad fue analizada por el Tribunal Constitucional recién en 1996 en la sentencia Rol N° 244. Esta jurisprudencia marcó un punto de inflexión<sup>18</sup> básicamente por: i) efectuar un reconocimiento implícito a la potestad sancionadora y ii) establecer una base mínima de principios para su ejercicio, al señalar que tanto la sanción penal como la administrati-

<sup>15</sup> ARÓSTICA 1987a, 77 y 78 y ARÓSTICA 1987b, 109 y 114 y ss.

<sup>16</sup> Asimismo, ciertas conductas han sido reguladas originalmente como delitos, pero posteriormente se le ha atribuido a la Administración la potestad de sancionarlos, v. gr. en materia de libre competencia.

<sup>17</sup> Mensaje Proyecto de Ley de Bases, 2 y 3.

<sup>18</sup> GÓMEZ 2019, 376.

va serían “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>19</sup>, por lo que cabe aplicar los principios penales por regla general o con matices<sup>20</sup>.

Después de dicho pronunciamiento, el Tribunal ha impulsado un proceso de racionalización de la potestad a partir de controles preventivos de constitucionalidad<sup>21</sup> y de diversos requerimientos de inaplicabilidad<sup>22</sup>. Así, a nivel sustantivo ha precisado los principios que informan el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>23</sup> como el de legalidad, tipicidad y proporcionalidad<sup>24</sup>, mientras que, a nivel procedimental ha proscrito la aplicación de sanciones de plano, destacando la necesidad de un procedimiento previo<sup>25</sup>.

En la labor de armonización que ha realizado el Tribunal Constitucional de las normas sancionadoras, ha recurrido principalmente a una interpretación y reinterpretación de diversas disposiciones constitucionales con el objeto de salvaguardar los derechos fundamentales y las libertades de los particulares infractores frente al ejercicio del *ius puniendi*, labor con la cual busca remediar las omisiones del legislador en lo relativo a reglas y normas generales en materia de sanciones administrativas<sup>26</sup>.

Sin embargo, en algunos fallos el Tribunal Constitucional ha cuestionado la conformidad de la potestad sancionadora de la Administración con la Car-

<sup>19</sup> Sentencia TC Rol N° 244 (1996), c. 9°. En este punto, nuestro Tribunal Constitucional no fue originario, debido a que dicha doctrina fue recogida de diversos fallos del Tribunal Supremo (v. gr. Sentencia de 9 de febrero de 1972) y Tribunal Constitucional Español (Sentencia de 8 de junio de 1981).

<sup>20</sup> En sentencia TC N°s. 479 (2006) y 489 (2006).

<sup>21</sup> V. gr. en la sentencia TC N° 376 (2003), a propósito del control preventivo de constitucionalidad de lo que sería la Ley N° 19.884, Tribunal Constitucional objetó la falta de un procedimiento administrativo sancionador para las sanciones que, por las infracciones respectivas, pudiera aplicar el Servicio Electoral. Lo mismo reiteró en la sentencia TC N° 389 (2003), respecto del proyecto de ley que regulaba la Unidad de Análisis Financiero.

<sup>22</sup> Por ejemplo, en la sentencia TC N° 1.345 (2009), dicho Tribunal declaró inconstitucional las expresiones contenidas en el inciso 1° del artículo 171 del Código Sanitario en aquella parte que señalaban que “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, por cuanto la vigencia de dicha frase constituía una severa restricción al derecho de accionar judicialmente.

<sup>23</sup> CORDERO 2014, 343 y ss.

<sup>24</sup> La sentencia TC N° 2.922 (2016) declaró inaplicable el inciso 1° del artículo 29 del DL N° 3.538, por carecer de criterios para determinar la sanción de multa en el caso específico. Luego de este fallo, se han sucedido una serie de pronunciamientos en la misma línea.

<sup>25</sup> V. gr. sentencias TC N° 376 (2003) y 389 (2003), en las cuales, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad, objetó la falta de un procedimiento administrativo sancionador para las sanciones que por las infracciones respectivas en el cuerpo legal sometido a su revisión. Esta necesidad de un procedimiento previo también subyace en los casos de la sanción de prohibición para contratar con el Estado establecida en el artículo 4° inciso 1° de la Ley N° 19.886, p. ej. sentencia TC N° 3.570 (2018), c. 14°, entre otras.

<sup>26</sup> Esto mismo ocurrió en España, lo cual se prolongó luego en la LRJAP y PAC de 1992. Dichos cuerpos legales renunciaron a la una regulación general del procedimiento sanciones y la delegaron al reglamento, limitándose a enunciar los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. En paralelo, el legislador consintió un pliego de normativa sancionadora sectorial, las que, tanto en el plano sustantivo como procedimental son de carácter fragmentario, en PÉREZ y BAEZA 2008, 14 y 15, en especial notas 7 y 8.

ta fundamental. Se trata de los controles preventivos de constitucionalidad de los proyectos de ley sobre reforma a las potestades sancionadoras de la Dirección General de Aguas (DGA) y al Servicio Nacional de Protección al Consumidor (SERNAC)<sup>27</sup>. Ambos fallos fueron ampliamente criticados por la doctrina<sup>28</sup>, precisamente por poner en duda la potestad sancionadora de la Administración.

No obstante los reparos, los fallos se refieren a los límites que debe observar el legislador al momento de regular las potestades sancionadoras. En efecto, de ambos pronunciamientos se pueden inferir, en síntesis, las siguientes reglas:

- En el caso DGA impide derogar preceptos legales que contengan una “*garantía judicial*”, como sería la autorización judicial previa para disponer el auxilio de la fuerza pública<sup>29</sup>, consagrando una especie de regla de “no regresión”<sup>30</sup>, salvo, que existan motivos fundados y debidamente justificados para que el legislador suprima una garantía constitucional<sup>31</sup>. Por lo tanto, no es una regla absoluta. Además, señala que el legislador no puede restringir el control judicial de las sanciones, impidiendo al infractor reclamar judicialmente y de manera eficaz la determinación de la multa y su cuantía<sup>32</sup>.
- En tanto, en el caso SERNAC el cuestionamiento dice relación con la concentración de potestades públicas. Al efecto, el Tribunal cuestionó las diversas potestades que la ley venía atribuyendo al SERNAC, a saber, interpretativa, normativa, conciliadora y sancionadora, precisando que la reunión de todas ellas implicaría que, tratándose de la aplicación de sanciones, el servicio sería juez y parte, lo que vulneraría el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y conforme a las garantías de un debido proceso (artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental)<sup>33</sup>.

En definitiva, dichos fallos constituyen un llamado de alerta respecto de las actuales y futuras regulaciones administrativas sancionadoras, siendo, en

<sup>27</sup> Sentencias TC Roles N° 3958-2017 y N° 4012-2017.

<sup>28</sup> Véase las columnas en El Mercurio Legal de: SOTO (2018); GARCÍA (2018a) y (2018b); LETELIER (2018); CORDERO (2018); VERGARA (2018a); (2018b) y (2018c); FERRADA (2018a) y (2018b); y URBINA (2018).

<sup>29</sup> Ahora bien, según el Tribunal Constitucional el artículo 76 de la Constitución habría entregado a los tribunales el *monopolio* para disponer el auxilio de la fuerza pública, lo cual no es una regla absoluta, existiendo disposiciones que habilitan a la autoridad administrativa al uso de la fuerza en ciertas circunstancias.

<sup>30</sup> Véase a José Miguel Valdivia. “Constitucionalidad de las sanciones administrativas en materia de aguas”, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/140485/constitucionalidad-de-las-sanciones-administrativasbrjose-valdivia> [consultado el 5 de febrero de 2020].

<sup>31</sup> Sentencia TC Rol N° 3958 (2017), c. 21.

<sup>32</sup> Ello a propósito del precepto que establecía que el juez resolvería de la multa con el solo mérito de la resolución administrativa fijando un plazo para su pago.

<sup>33</sup> HELFMANN y GÓMEZ 2019, pp. 185 y ss.

otros términos, una invitación a repensar la institucionalidad y potestades de nuestros órganos y servicios administrativos con potestades de fiscalización y sanción.

## II. Análisis de la regulación constitucional de la potestad sancionadora a nivel comparado: el caso de la Constitución española

El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora pareciera ser la excepción en las cartas constitucionales comparadas. En efecto, tanto a nivel europeo como latinoamericano, la regulación de la potestad sancionadora, como en general ocurre con las potestades administrativas, es un asunto entregado a la regulación de una norma de rango legal<sup>34</sup>.

Con todo, la Constitución española es un referente en la materia, puesto que en 1978 reconoció expresamente ciertos aspectos de la potestad sancionadora de la Administración, sometiéndola a las mismas garantías establecidas para el orden penal, aunque con ciertos matices.

Dada la particular influencia que nuestro ordenamiento ha recibido del sistema jurídico español, se analizará la regulación constitucional de la potestad sancionadora en España, dando cuenta del contexto previo, de la forma en que fue regulada y de los efectos que generó dicha consagración, para, enseguida, analizar la pertinencia de un reconocimiento en nuestra Constitución y sus posibles efectos.

1. El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración en la Constitución española de 1978: la dualidad de sistemas sancionatorios

Desde una perspectiva histórica, el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora en España responde a una reacción directa contra las técnicas del absolutismo.

Luego de la Revolución Francesa y de la adopción de un Derecho Penal legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sitie lege; nulla poena sine légale iudicium*), el poder Ejecutivo conservó poderes sancionatorios directos y expeditivos<sup>35</sup>. Posteriormente, las diversas etapas políticas de España<sup>36</sup>, desarrollaron ampliamente esa potestad sancionatoria de los órganos administrativos, la cual se caracterizaba por un ejercicio bajo exiguas garan-

<sup>34</sup> V. gr. en Perú con la Ley N° 27.444, Ley del procedimiento administrativo general (Capítulo II Procedimiento Sancionador, artículos 229 y ss.); en el Estado de México mediante el Decreto N° 41, que aprueba en Código administrativo del Estado de México, disposición que debe ser complementada con el Decreto N° 11, que establece el Código de procedimientos administrativos del Estado de México; en Colombia a través del Nuevo Código Contencioso Administrativo (Capítulo III sobre Procedimiento Administrativo Sancionatorio, artículo 47 y ss.); en Alemania mediante la Ley de delitos administrativos (OWiG); en España a través de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, entre otras.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2011, 170.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 171.

tías sustantivas y procedimentales<sup>37</sup>, convirtiéndola, en las situaciones más extremas, en un medio normal de lucha contra la oposición política<sup>38</sup>.

A lo anterior, se debe sumar una razón pragmática apoyada esencialmente en la creciente intervención administrativa en numerosos sectores y en la incapacidad del Poder Judicial para hacer frente a la contravención de las numerosas normas en que se traduce dicha intervención<sup>39</sup>. Así lo consideró tanto la doctrina<sup>40</sup> como el Tribunal Constitucional al señalar que: “[...] no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable”<sup>41</sup>.

Bajo tal contexto, la Constitución española de 1978 (CE) estableció a nivel constitucional una dualidad de sistemas represivos, el cual se puede inferir de diversas disposiciones constitucionales, siendo el artículo 25.1 el precepto capital<sup>42</sup> al señalar que: “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

De esta manera, la Constitución española consolidó con carácter definitivo el modelo de *ius puniendi* del Estado, el cual estaría dividido en dos órdenes sometidos al principio de legalidad: el penal y el administrativo sancionador<sup>43</sup>, el primero reservado al poder judicial y aplicado por medio de

<sup>37</sup> En tal sentido, García de Enterría y Fernández señalan que la disposición estructural típica de un proceso administrativo dejaba en pie viejas técnicas del viejo Derecho de Policía como la presunción de verdad de la decisión administrativa frente a presunción de inocencia del imputado, la correlativa carga de probar la inocencia al sancionado, la ejecutoriedad inmediata del acto administrativo sancionador, a las cuales se debía agregar las arcaicas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del *versare in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de los hechos sancionables y aun de las sanciones, de las pruebas por presunciones, de los recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción (*solve et repete*) o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la imprescriptibilidad de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las sanciones, de la inaplicación de técnicas correctivas como la del concurso de delitos, o de penas, o de causas de exclusión y modificación de la responsabilidad, etc. Además, con frecuencia la base de la potestad sancionatoria misma era, normalmente, reglamentaria, incluso de rango ínfimo (Circulares, Ordenanzas locales) y referida a conductas aludidas con una total indeterminación o a la “infracción de las normas reguladoras” de una materia, sin otras precisiones, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2011, 173-174.

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2011, 171.

<sup>39</sup> CANO 2018, 17.

<sup>40</sup> NIETO 2012, 48.

<sup>41</sup> Sentencia TC español N° 77 (1983).

<sup>42</sup> SUAY 1986, 211.

<sup>43</sup> Según la doctrina, ello lleva a pensar que la idea del constituyente fue asimilar las sanciones administrativas a las penales y hacerlas participar de su misma esencia, en SUAY 1986, 211 y 212.

penas y, el segundo, en manos de la Administración e impuesto por medio de sanciones administrativas<sup>44</sup>.

Junto con el aludido precepto, cabe tener en consideración otras disposiciones constitucionales de relevancia. En primer término, el artículo 25.3 CE, el cual admite que la Administración puede imponer sanciones administrativas siempre que no impliquen directa o subsidiariamente la privación de libertad. Enseguida, el artículo 45.3 CE, el que dispuso que las infracciones contra el medio ambiente pueden ser sancionadas penal o administrativamente, de manera alternativa<sup>45</sup>.

Ahora bien, los datos que suministra la CE acerca de la potestad sancionadora son más bien escasos, sin embargo, proporcionan algunos elementos que permiten limitar su ámbito de regulación y ejercicio. En efecto, si bien la Carta no ofrece ningún criterio objetivo para distribuirse el campo de materias susceptibles de regular por otra vía, proscribire que por la vía administrativa se puedan establecer penas privativas de libertad.

Junto con ello, al ejercicio de la potestad sancionadora también le es aplicable el derecho a defensa regulado en el artículo 24 CE, el cual exige de un procedimiento para la imposición de sanciones; la subordinación del acto sancionatorio a la autoridad judicial<sup>46</sup>; la irretroactividad de la norma sancionadora y retroactividad de la ley más favorable<sup>47</sup>.

A modo de resumen, se puede citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la cual señala que la Constitución no solo ha reconocido la potestad, sino que se ha preocupado de establecer sus límites, que serían: a) la legalidad, la cual determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en la norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional de los poderes sancionatorios en manos de la Administración; b) la interdicción de las penas privativas de libertad; c) el respeto de los derechos de defensa (artículo 24 CE), que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones, y d) la subordinación a la autoridad judicial<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> DOMÍNGUEZ 1997, 27.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ 1994, 17. También hay quienes señalan que las bases constitucionales de la potestad administrativa sancionadora se encuentran en los artículos 9º párrafos 1º (“[...] los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) y 3º (“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”), y 106 (“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”), en BACIGALUPO 1991, 17.

<sup>46</sup> PÉREZ y BAEZA 2008, 11. También en Sentencia TC Español 77/1983, 3 de octubre.

<sup>47</sup> MUÑOZ 1993, 80 y 81.

<sup>48</sup> En sentencia TC Español 77/1983, de 3 de octubre.

## 2. El debate constitucional sobre las infracciones y sanciones administrativas

El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora no fue un tema pacífico.

De manera previa a la regulación constitucional de la potestad, el destacado jurista Eduardo García de Enterría sostenía que el capítulo de la actividad sancionadora de la Administración era uno de los más imperfectos del Derecho público. En su opinión, era necesario rectificar una situación que contrariaba abiertamente postulados elementales del Estado de Derecho, siendo urgente devolver al juez penal los poderes sancionatorios que la Administración usurpaba<sup>49</sup>.

Por su parte, durante su tramitación constitucional, Martín Retortillo se manifestó contrario a su constitucionalización, estimando razonable su omisión debido a los cuestionamientos que en aquella data existían en torno a la existencia de dicha potestad en manos de órganos administrativos y al hecho de que su regulación en la Carta Fundamental supondría un camino irreversible respecto de una realidad histórica "degenerada"<sup>50</sup>.

Con posterioridad a su consagración constitucional, Parada sostuvo que "[...] ninguna Constitución española desde 1812 hasta aquí, se había atrevido a reconocer y santificar el poder punitivo de la Administración como lo ha hecho el art. 25 de la de 1978 [...] Este reconocimiento, insólito en el Derecho Constitucional comparado, ha originado que las sanciones administrativas [...] hayan salido de la tolerancia constitucional... se trataba antes de un poder administrativo en precario [...] Ahora la Constitución lo sacralizado"<sup>51</sup>.

En tanto, Garberí señaló que solo a la jurisdicción le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que justificar la decisión del constituyente en la ineficacia del sistema jurisdiccional es equivoco, por cuanto dichas problemáticas tienen su origen en las exiguas partidas presupuestarias de la Administración de Justicia y en la obsoleta legislación procesal (de aquella data)<sup>52</sup>.

Sin embargo, hubo autores que se manifestaron a favor de su regulación, aunque con reservas. En tal sentido Cerezo Mir señaló que el establecimiento del principio de legalidad en el artículo 25.1 de la Constitución española es un criterio loable, pero que "[...] debería haberse limitado las infracciones administrativas graves"<sup>53</sup>.

Por su parte, Huergo sostuvo que el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración puede ser considerado *prudente*, aunque

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1976, 430.

<sup>50</sup> MARTÍN RETORTILLO 1984, 110-111.

<sup>51</sup> PARADA 1982, 20.

<sup>52</sup> GARBERÍ 1989, 55.

<sup>53</sup> CEREZO MIR 2008, 50.

*innecesario*<sup>54</sup>, por cuanto, en aquel momento, el verdadero problema de las sanciones no era de reconocimiento, sino de regulación de su ejercicio y de garantías que se debían reconocer a los sujetos infractores. Así, por lo demás, lo considera Nieto al señalar que el problema “[...] no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente –y también mucho más eficazmente– el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración, sino conseguir que esta ofrezca en su ejercicio en las mismas garantías –o, al menos, diría yo, similares que los jueces y procesos penales. Y, así, la despenalización de las materias se correspondería con una jurisdiccionalización de los procedimientos y garantías”<sup>55</sup>.

De lo expuesto, se desprende que el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora en España no fue un asunto pacífico ni mucho menos necesario, sin embargo, dio lugar a un profuso desarrollo jurisprudencial y dogmático y, posteriormente, a una regulación legal<sup>56</sup>.

### III. Sobre el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora en Chile

#### 1. Aspectos generales

La discusión en torno al reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración a nivel constitucional no ha sido objeto de debate, así como tampoco su regulación con carácter general en una norma de rango legal.

Desde su reconocimiento implícito en la sentencia TC Rol N° 244, la discusión se ha concentrado en dos aspectos centrales: por una parte, en la precisión y matización de los diversos principios aplicables y, en la definición del régimen jurídico aplicable.

Ahora bien, frente a una eventual nueva Constitución<sup>57</sup>, cabe someter a debate la necesidad de un reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora, los términos en que debiera regularse y los efectos que dicha regulación generaría, aspectos que serán analizados en los siguientes apartados.

<sup>54</sup> HUERGO 2007, 172.

<sup>55</sup> NIETO 2012, 50.

<sup>56</sup> En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual en su Título IX, se refiere a la potestad sancionadora.

<sup>57</sup> Al efecto, cabe recordar que mediante la Ley N° 21.200, se modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, en el sentido de incorporar un nuevo epígrafe al referido Capítulo de la Carta Fundamental para establecer el procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República.

## 2. Necesidad de un reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración

En una sociedad tan compleja y dinámica como la actual, con un fuerte intervencionismo estatal en todos los ámbitos sectoriales, parece quedar descartado el conocimiento y resolución de los ilícitos administrativos por la autoridad judicial (civil o penal)<sup>58</sup>, ello no solo por las dificultades que representaría para la judicatura conocer y resolver de un abrumador número de infracciones administrativas<sup>59</sup>, sino también por la diversidad y complejidad de las materias (v. gr. sanitario, mercado financiero, ambiental, eléctrico y educacional).

En cuanto a la regulación constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, se podría sostener que no es necesario su reconocimiento expreso a nivel constitucional, toda vez que su existencia actual responde a una persistente tradición jurídica y a un abrumador pragmatismo. Sin embargo, no es posible admitir que por simple tolerancia o por más asentada que se encuentre una institución, sea posible mantener su vigencia en contra lo prescrito por la Constitución<sup>60</sup>, siendo necesario un análisis de conformidad con la Carta fundamental.

Para analizar la regulación constitucional de la potestad, cabe tener presente que la potestad sancionadora es una potestad administrativa<sup>61</sup> y, en cuanto tal, ha sido atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, siendo constitucionalmente nulo su ejercicio sin previa habitación legal. Por tanto, su fundamento se encuentra en el artículo 7º del Texto supremo el cual señala que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”, de manera que, si la potestad sancionadora ha sido atribuida por ley y esta fue dictada de conformidad con las exigencias y procedimientos establecidos a nivel constitucional, se encuentra amparada y es conforme con la Carta fundamental.

<sup>58</sup> Esta es la situación, por lo demás, de numerosos países europeos, que originalmente apostaron por un sistema represivo judicial puro, para posteriormente migrar hacia procesos despenalizadores.

<sup>59</sup> Al respecto, “Comúnmente se piensa que la eficacia del aparato represivo aumenta si se atribuye al juez penal el conocimiento del mayor número de infracciones, y nada más incierto”, por cuanto, prosigue el autor “La ‘penalización’ de nuevas infracciones (y esta es la tendencia que se observa en España; así lo evidencian el delito ecológico, el delito urbanístico, el delito fiscal, etc.) no conduce más que a sobrecargar la, ya de por sí bastante sobrecargada, actividad de los Tribunales de Justicia, con lo que su nivel de inoperancia aumenta. Así, pues, desde una perspectiva estrictamente criminal, habría que seguir el camino inverso, es decir, proceder a la máxima ‘despenalización’”, en SUAY 1986, 214, nota 44.

<sup>60</sup> CORDERO y ALDUNATE 2012, 341.

<sup>61</sup> Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Potestad es el “Poder general de actuación conferido por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, si no simplemente afectados y sometidos a dicha potestad, de cuyo ejercicio pueden derivar beneficios (una regulación favorable), gravámenes (una nueva exacción tributaria) o situaciones neutrales o indiferentes (como ocurre, normalmente, con el ejercicio por la administración de su poder de organización)”, en MUÑOZ MACHADO 2017, 1548.

Ahora bien, la discrecionalidad de que dispone el legislador para establecerla no es absoluta y debe respetar ciertos límites, como: i) la previsión de un procedimiento<sup>62</sup>; ii) la proscripción de penas privativas de libertad<sup>63</sup>; iii) la observancia del principio de proporcionalidad<sup>64</sup>; iv) la proscripción de concentración de funciones que puedan afectar el ejercicio de las garantías del infractor<sup>65</sup>, y v) el sometimiento del acto sancionatorio a un control judicial<sup>66</sup> sin restricciones de acceso<sup>67</sup>.

Establecida su conformidad con la Carta fundamental, podemos afirmar que la potestad sancionadora es una más de las potestades atribuidas por la ley a la Administración, por lo que se encuentra en la misma posición jurídica que otras potestades administrativas, como la normativa, interpretativa, expropiatoria, ejecutiva, autorizatoria, de organización, disciplinaria, entre otras.

Sin embargo, es posible apreciar que la Constitución hace expresa mención a algunas de estas potestades debido a que su ejercicio puede llegar a afectar principios, derechos o garantías estructurales del Estado de Derecho.

Así, el ámbito competencial de la potestad normativa o reglamentaria del Presidente de la República se encuentra en la Constitución, la cual ha delimitado el ámbito de acción de la ley y del reglamento ello con el objeto de resguardar las bases del principio de separación de poderes y la garantía

<sup>62</sup> V. gr. sentencias TC N° 376 (2003) y 389 (2003).

<sup>63</sup> Sentencia TC Rol N° 1518 (2010), c. 25.

<sup>64</sup> En particular, mediante el establecimiento de criterios para la determinación de las sanciones. En este sentido, en los casos "Cascadas", el Tribunal Constitucional sostuvo que la ausencia de criterios de determinación de la sanción afecta el principio de proporcionalidad lo que genera un efecto inconstitucional de la norma que la contiene, en sentencias TC N° 2922 (2016); 3014 (2017); 3236 (2018); 3575 (2018); 3542 (2018); 3684 (2018) y, entre otras. En doctrina, se puede ver el trabajo de GONZÁLEZ Y HERRERA 2019.

<sup>65</sup> Sentencia TC Rol N° 4012 (2018) (SERNAC): por contravenir los arts. 19, N° 3, inc. 6°, y 76, inc. 1° CPR, se declararán inconstitucionales las normas que sustituyen el actual régimen de separación de funciones, por uno nuevo, en que se unen las funciones administrativas y jurisdiccionales. Vulneración del principio de separación de poderes.

<sup>66</sup> En sentencia TC Rol N° 3958 (2017), el Tribunal sostuvo que vulneran los artículos. 19 N° 3° y 76 de la Constitución, aquellas normas que eliminan las garantías del acceso al juez independiente e imparcial y del debido proceso legal.

<sup>67</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional ha realizado una labor considerable en orden a precisar la incompatibilidad de la regla del *solve et repete* (paga primero y recurre después), con los derechos y garantías consagrados en nuestra Carta fundamental. Al efecto, Desde el 2008, sostenidamente el Tribunal Constitucional ha privado de validez particular la exigencia del "*solve et repete*". Así, las sentencias Roles N° 946 (2008), 968 (2008), 1.332 (2009), 1.356 (2009), 1.382 (2009), 1.391 (2009), 1.418 (2009) y 1.470 (2009), declararon inaplicable el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo. Por su parte, mediante la sentencia pronunciada a propósito del control preventivo de la Ley N° 20.123, se declaró inconstitucional la imposición de consignar "la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere" por parte del Director del Trabajo, sentencia TC Rol N° 536 (2006). Igualmente, las sentencias TC N°s. 792 (2008), 1.046 (2008), 1.061 (2008), 1.253 (2009), 1.262 (2009) y 1.279 (2009), declararon inaplicable la misma figura, contenida en la frase final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, hasta que, por sentencia TC Rol N° 1.345 (2009), se privó de validez general a esta regla impuesta por el Código Sanitario.

de reserva legal. De esta forma, toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico deberá ser regulada por ley remitiendo al reglamento una función fundamentalmente de ejecución<sup>68</sup>.

Enseguida, la regulación constitucional de la potestad expropiatoria se fundamenta en la limitación y grave afectación que su ejercicio genera al derecho de propiedad (artículo 19 N° 24), motivo por el cual, el Constituyente consideró necesario establecer algunas reglas básicas en el Texto constitucional, como: i) la necesidad de una ley general o especial que autorice la expropiación; ii) que tenga por causa la utilidad pública o el interés nacional; iii) el derecho del expropiado a reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y iv) el derecho a obtener una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

En el caso de la potestad sancionadora, resulta relevante determinar por qué, a diferencia de otras potestades de la Administración, debería estar establecida en la Constitución y qué es lo que la haría merecedora de una regulación a dicho nivel.

La opción por una regulación a nivel constitucional podría encontrar su fundamento en el hecho de que el ejercicio de esta potestad, al igual que la expropiatoria, puede producir una afectación o limitación a los derechos fundamentales de las personas, en particular: la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2), la libertad personal (artículo 19 N° 7)<sup>69</sup>, el derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 19 N° 21) y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24), lo cual justificaría, en cierta medida, una referencia constitucional orientada a establecer ciertos límites a los excesos u omisiones que, en su configuración legal, pueda incurrir el legislador (atribución), como sería la necesaria legalidad de las infracciones y sanciones, la proscripción de penas privativas de libertad, la irretroactividad de la norma sancionadora; el respecto al principio de proporcionalidad y la aplicación de diversas garantías en su ejercicio, como, el derecho a un debido procedimiento, la prohibición de doble sanción o juzgamientos múltiples, culpabilidad, impugnación de la decisión ante los tribunales de justicia, etc.

Al respecto, si bien cabe reconocer el trabajo de *racionalización* que han efectuado tanto el Tribunal Constitucional, estableciendo límites al legislador, como los tribunales de justicia, fijando criterios y principios, es del caso reconocer que dichas instancias no pueden realizar una reforma completa del

<sup>68</sup> En este sentido véanse a CORDERO y ALDUNATE 2013, 260 y ss.

<sup>69</sup> Al respecto, García Morillo sostuvo que "La constitucionalización de la potestad sancionadora tiene por objeto imponer al ejercicio del poder sancionador por parte de la administración diversos límites, suprimiendo los excesos en los que se había incurrido en su ejercicio durante el régimen anterior, de manera que, con su regulación constitucional se le diera garantía de protección a los derechos fundamentales como sería la libertad", en GARCÍA MORILLO (1995).

sector ni responder a las exigencias que demanda el principio de seguridad jurídica<sup>70</sup>.

En este sentido, se puede apreciar que en la actualidad aún es posible encontrar disposiciones que contemplan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración al margen o contraviniendo normas, principios y garantías constitucionales<sup>71</sup>, no respetando la doctrina recogida en los referidos pronunciamientos judiciales, lo que pone de manifiesto la necesidad de una regulación general con base constitucional.

A lo anterior, cabe agregar que, desde una perspectiva pragmática, es posible apreciar que no obstante nuestra abrumadora trayectoria *principialista*, existe una precaria aplicación de los principios que tradicionalmente han sido reconocidos para el ejercicio de la potestad sancionadora, lo que en muchos casos los convierte en una mera declaración teórica sin aplicación efectiva.

Por consiguiente, el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora reduciría la discrecionalidad que tiene el legislador para regular esta potestad<sup>72</sup> y generaría un incentivo a su regulación legal mediante una norma que establezca sus principios y reglas aplicables a su ejercicio. Así, se podría sostener que de la *constitucionalización* de la potestad sancionadora de la Administración nacería una especie de pacto o compromiso, el cual implicaría que, si bien se acepta y se garantiza su existencia, queda sujeta a una serie de restricciones. En este sentido, la *constitucionalización* de la potestad parece ser una oportunidad para configurar claramente sus límites<sup>73</sup>.

En definitiva, una eventual reforma o modificación constitucional bien podría considerar expresamente dentro de sus preceptos una referencia a la potestad sancionadora, fijando límites a la amplia discrecionalidad que tiene el legislador en su regulación legal, los cuales podrían estar constituidos por los límites que ha venido fijando la jurisprudencia constitucional hasta la data.

### 3. Sobre los límites y efectos de la constitucionalización de la potestad sancionadora

No cabe duda de que la referencia constitucional a la potestad sancionadora debiera ser lo más acotada y precisa posible, esto es, referida a los aspectos medulares de la potestad, dejando al legislador su regulación *in extenso*, ello para efectos de evitar rigidizar su ejercicio y los fines que mediante su establecimiento se persiguen.

<sup>70</sup> Ello debido a los cambios de criterios jurisprudenciales, tal como ha aconteció en materia de prescripción.

<sup>71</sup> Así, por ejemplo, hay disposiciones que permiten la sanción de multa por una pena privativa de libertad o que exigen la consignación previa de una parte de la multa como requisito de admisibilidad para ocurrir a los tribunales de justicia.

<sup>72</sup> SUAY 2008, 43.

<sup>73</sup> DEL REY 1990, 45.

Al efecto, se debe tener presente que las sanciones administrativas no constituyen fines en sí mismos, sino que son un medio para alcanzar un fin o una herramienta para cumplir con la función administrativa<sup>74</sup>. La protección y tutela de los intereses públicos se encuentra precisamente en la amenaza que comporta su imposición en caso de que se cometa la conducta ilegal y no el contenido mismo de la sanción<sup>75</sup>. Así, por ejemplo, para la autoridad ambiental es más importante la protección del medio ambiente que sancionar, de manera que aquella prefiere aceptar una autodenuncia y adoptar planes de cumplimiento antes que aplicar una sanción<sup>76</sup>.

Bajo tal predicamento, el contenido de la regulación constitucional, debiera considerar, a lo menos, los siguientes aspectos<sup>77</sup>: i) que la ley puede atribuir a un órgano de la Administración del Estado la potestad sancionadora para conocer de las infracciones y aplicar sanciones, sujetas al control judicial posterior; ii) que, por la vía administrativa no se podrán imponer, de manera directa o por sustitución, penas privativas de libertad y iii) que la ley fijará las normas y principios aplicables al ejercicio de la potestad<sup>78</sup>, teniendo presente los derechos y garantías que la Constitución le reconoce a todas las personas.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la potestad, mediante el establecimiento de límites al amplio margen regulatorio que tiene el legislador, tendrá como contrapartida, diversos efectos o consecuencias jurídicas.

En primer término, produciría la perpetuación de una tradición histórico-pragmática como es la existencia de una potestad sancionadora en manos de órganos administrativos.

En segundo lugar, construiría un mandato al legislador, quien deberá observar los límites constitucionales establecidos para efectuar una regulación legal de la potestad, dando un estricto respeto a las diversas garantías sustantivas y procedimentales que tradicionalmente han sido reconocidas al sujeto infractor como el debido procedimiento, el derecho defensa, la tutela judicial efectiva, entre otras.

En tercer lugar, cabe tener presente que, no obstante, el carácter normativo que pueda tener la Constitución<sup>79</sup>, es necesario que los principios,

<sup>74</sup> Para Huego, es una realidad que la Administración no puede castigar todas las infracciones, consecuencia de lo cual economiza esfuerzos y se concentra en los casos más importantes, realizando el verdadero fin de las normas sancionadoras, que no es sancionar, sino hacer que se cumpla la norma. La Administración debe ejercer la potestad sancionadora, e iniciar los procedimientos oportunos, no "a ciegas", sino teniendo en cuenta el fin para el que se le ha otorgado esa potestad, en HUERGO 1995, 219.

<sup>75</sup> HUERGO 2007, 229.

<sup>76</sup> Para la doctrina, la "[...] Administración dentro de un catálogo de atribuciones escoge la que le parece más adecuada para el logro de sus objetivos. El ejercicio de la discrecionalidad es necesario para hacer frente a necesidades múltiples y cambiantes en materia ambiental", en PRECHT y PRECHT 2016, 162.

<sup>77</sup> SUAY 2008.

<sup>78</sup> Los cuales debieran referirse a los aspectos sustantivos como procedimentales.

<sup>79</sup> CORDERO y ALDUNATE 2013, 83 y ss.

derechos y garantías establecidos en el Texto fundamental sean desarrollados posteriormente en una norma de rango legal. De ahí que el reconocimiento constitucional de la potestad impondría una suerte de mandato al legislador, consistente en regular las bases del ejercicio de la potestad sancionadora en una norma legal, la cual establezca sus principios, reglas comunes y un procedimiento administrativo sancionador general y supletorio, lo cual constituiría un *mínimo denominador* de obligada observancia a las normas sectoriales<sup>80</sup>.

En otros términos, mediante una ley general se busca establecer reglas o principios comunes al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, vinculando el contenido de cualquiera otra norma sobre la materia desde un doble plano: *ex post*, pues a ella deberían atenerse las futuras regulaciones de la manifestación punitiva de las distintas potestades de los órganos administrativos, y también *ex ante* por la necesidad de adecuar a dichos principios y reglas comunes las regulaciones entradas en vigor con anterioridad a su promulgación<sup>81</sup>.

En tal sentido, una regulación legal de la potestad sancionadora debiera, a lo menos, considerar los siguientes aspectos:

a) *Que el ejercicio de la potestad está sujeto a una serie de principios sustantivos*

Tales como: i) la legalidad de las infracciones y sanciones; ii) la tipicidad de las conductas ilícitas, sin perjuicio de la colaboración reglamentaria; iii) la exigencia de culpabilidad y responsabilidad de las personas naturales o jurídicas; iv) el *non bis in ídem* material y procedimental, lo que además exige el establecimiento de reglas concursales y una coordinación entre los distintos órganos y servicios públicos involucrados<sup>82</sup>; v) la proporcionalidad de las sanciones; vi) la prescripción de las infracciones y sanciones en base a plazos diferenciados conforme a su gravedad; vii) la irretroactividad de la norma desfavorable y retroactividad de la norma favorable; viii) la prohibición de analogía *in mala partem*.

Ahora bien, esta norma general, es sin perjuicio de las matizaciones que a nivel sectorial se puedan establecer, como plazos de prescripción diversos o reglas especiales de abstención, entre otros.

b) *La regulación de las causas que eximen o extinguen la responsabilidad sancionadora del infractor*

En concreto, las causas de exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación) y de la culpabilidad (causas de inimputabilidad).

<sup>80</sup> Con todo, la historia demuestra que la regulación constitucional de una determinada materia no vincula al legislador, tal como aconteció con la regulación de los tribunales contencioso-administrativos en las Constituciones de 1925 y de 1980, los cuales nunca llegaron a crearse.

<sup>81</sup> GARBERI y BUITRÓN 2016, 50.

<sup>82</sup> Sobre este principio véase a GÓMEZ 2017.

En cuanto a las causales de extinción de la responsabilidad sería interesante analizar los supuestos de muerte de la persona física, la disolución de la persona jurídica, la condonación de las sanciones, la sustitución de la sanción por otra medida, entre otros aspectos.

c) *La regulación del error y sus modalidades*

La aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador y exigencia del elemento subjetivo de la culpa o el dolo para la configurar la existencia de una infracción administrativa, obliga a reconocer la relevancia del error. En efecto, la existencia de error puede llegar a comportar la exclusión o, en su caso, a la atenuación de la responsabilidad administrativa del infractor<sup>83</sup>.

El error puede ser de tipo o de prohibición, vencible e invencible<sup>84</sup>. Al respecto, destaca la regulación del error contenida en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo artículo 6º señala que "2. El error sobre un elemento del tipo o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción solamente eximirá de responsabilidad si fuera invencible. El error vencible únicamente tendrá efecto atenuante si supone disminución del grado de imprudencia. Si el dolo es elemento integrante del tipo infractor aplicado, el error vencible también eximirá de responsabilidad", agrega que "El error sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación si es invencible. Si fuese vencible podrá tener efecto atenuante respecto del tramo de sanción que se relacione con la apreciación de la circunstancia agravante", la cual, bien podría ser utilizada como un referente.

d) *Establecer mecanismos que incentiven y promuevan el cumplimiento efectivo de las normas*

Las sanciones administrativas son uno de los medios que tiene la Administración para alcanzar sus fines<sup>85</sup>. En otros términos, la sanción es una de las tantas herramientas que tiene la autoridad para lograr la satisfacción del interés general<sup>86</sup>.

De ahí que sea perfectamente factible que el legislador pueda establecer otras medidas previas a la sanción, medidas de *prima ratio*, que le permi-

<sup>83</sup> DE PALMA 2010, 685. Al efecto, véase Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 753-2015, c. 11 y 12.

<sup>84</sup> CANO 2018, 36.

<sup>85</sup> HUERGO 1995, 219. Sin perjuicio de ello, el autor hace llamado a no confundir los fines de la norma (satisfacción de intereses públicos) con los fines que tiene la aplicación de la sanción misma (castigo, retribución o aflictivo), en HUERGO 2007, 225 y ss. En Chile, la Corte Suprema ha señalado que la sanción se erige como un mecanismo tendiente a asegurar el cumplimiento de deberes (en aquel caso los impuestos por la RCA) y no como un fin en sí misma, en Corte Suprema Rol N° 41.815-2016, c. 41º.

<sup>86</sup> PAREJO 2014, 20; CASINO 1999, 341 y GUILOFF y SOTO 2015, p. 101.

tan a la autoridad cumplir los fines que persigue, sin llegar a instruir el procedimiento administrativo o, en su caso, a aplicar la sanción<sup>87</sup>.

En este contexto, bien podría el legislador establecer medidas tales como: advertencias o recomendaciones<sup>88</sup>; la posibilidad de requerir el cese de la infracción o la reparación de sus efectos; establecer acuerdos o pactos<sup>89</sup>; tolerar de ciertas conductas<sup>90</sup>; disponer medidas provisionales, entre otras<sup>91</sup>, atribuyendo a la sanción un carácter residual en el fin de prevenir y enmendar faltas al ordenamiento jurídico<sup>92</sup>.

*e) Regulación de un procedimiento general y supletorio*

Que el ejercicio de la potestad sancionadora se debe sujetar a un procedimiento que debe, por una parte, respetar diversos derechos y garantías, como el derecho al procedimiento mismo, el derecho a conocer la imputación<sup>93</sup> y a defenderse de ella mediante la formulación de las alegaciones y la práctica de pruebas<sup>94</sup>, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra si mismo, el derecho a una resolución administrativa moti-

<sup>87</sup> V. gr. Dictamen N° 17 (2015), de la Superintendencia de Educación, en donde se establecen los criterios que deberá tener en consideración dicha entidad para iniciar o no un procedimiento sancionatorio.

<sup>88</sup> DE PALMA 2001, 40; FERNÁNDEZ 2010, 532; GARCÍA 2018, 101-128. Este mecanismo ha sido reconocido por la Corte Suprema, la cual ha señalado que la determinación definitiva de la autoridad no tiene por qué referirse necesariamente a la imposición de alguna clase de punición, pudiendo consistir, eventualmente, en el otorgamiento de instrucciones o en el señalamiento de recomendaciones, etc., en Corte Suprema Rol N° 15.549-2017, c. 10°.

<sup>89</sup> En el ámbito de la libre competencia se ha sostenido que es acorde con los principios de eficacia y eficiencia que la FNE pueda poner término a una investigación sobre la base de compromisos futuros que corrijan el comportamiento de los agentes en el mercado, CORDERO 2017, 193 y ss. En materia ambiental, por su parte, es posible aprobar un programa de cumplimiento, BERMÚDEZ 2014, 462.

<sup>90</sup> Es más eficaz y oportuno un primer momento de tolerancia de la ley, acompañado de campañas informativas, plazos para posibilitar la adaptación de las actividades de los afectados (o, incluso, de los propios servicios públicos) a la nueva normativa; seguida, luego, de una inflexible actuación sancionadora, en COBREROS 1995, 761-794.

<sup>91</sup> ARANCIBIA 2014, 129-147.

<sup>92</sup> *Ibid.*, 133-134.

<sup>93</sup> Siguiendo los estándares establecidos a en diversos sistemas sancionadores, además, de lo señalado por la jurisprudencia, la formulación de cargos debiera contener al menos: i) la referencia a la forma en que conoció de la infracción (fiscalización o denuncia); ii) la identificación de la persona presuntamente responsable y su grado de participación en el ilícito; iii) una descripción de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la fecha de su verificación, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción; iv) la norma eventualmente infringida y la disposición que establece su sanción; v) la identificación del instructor, con expresa indicación del régimen de recusación; vi) el órgano competente para la resolución del procedimiento; vii) las medidas de carácter provisional decretadas, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo; viii) la indicación del derecho a formular alegaciones y de los plazos para su ejercicio.

<sup>94</sup> Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que la recepción de la causa a prueba en un procedimiento administrativo sancionador no es una potestad de la cual pueda disponer la Administración, por el contrario, es un imperativo legal, porque se trata de una garantía en favor del administrado, en Corte Suprema Rol N° 33.230-2019, c. 12°.

vada y congruente<sup>95</sup>, etc. y, por la otra, estar estructurado en diversas fases: i) pre-procedimental o de investigación previa; ii) inicio, en base a reglas de gravedad y de oportunidad<sup>96</sup>; iii) instrucción; iv) término<sup>97</sup> y vi) ejecución.

*f) Diversificación de procedimientos sancionatorios*

Dada la diversidad de infracciones<sup>98</sup> y las características particulares de cada una de ellas, sumado al hecho de que en ciertos casos el infractor asume su responsabilidad en los hechos investigados, resulta recomendable disponer, al igual como ocurre en materia penal, de procedimientos diferenciados de conformidad al reconocimiento de los hechos o de la responsabilidad que efectúe el infractor o de acuerdo con la gravedad de los ilícitos investigados<sup>99</sup>.

*g) Establecimiento de criterios generales para la determinación de la sanción*

En materia administrativa sancionadora, la sanción administrativa por antonomasia es la multa<sup>100</sup>, la cual fluctúa desde una base mínima a máxima para su aplicación concreta, determinación que queda entregada a la autoridad administrativa. Por ello, con el objeto de limitar el margen de discrecionalidad conferido a la autoridad, resulta necesario que la ley establezca un conjunto de criterios, estándares o parámetros que permitan a la autoridad imponer la sanción proporcional a cada caso concreto, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica, previsibilidad de las sanciones y reduciendo la ocurrencia de decisiones arbitrarias.

La necesidad de criterios legales para la determinación de la sanción específica en el caso concreto ha sido puesta de manifiesto de manera reiterada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias<sup>101</sup>. Para el Tribunal la ley que no contempla criterios objetivos, reproducibles y verificables que determinen no solo un mínimo y un máximo del monto de la multa a ser aplicada por el órgano administrativo, sino que también los elementos indispensables necesarios para que respete el estándar constitucional de propor-

<sup>95</sup> La resolución que ponga fin al procedimiento sancionatorio deberá ser fundada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente, pronunciándose sobre cada una de las alegaciones y defensas del imputado, y contendrá la declaración de la sanción que se imponga al infractor o su absolución.

<sup>96</sup> Como garantía de respeto al derecho de igualdad ante la ley, es preciso la proscripción de persecuciones en base a criterios arbitrarios y/o no objetivos.

<sup>97</sup> En el último tiempo, el legislador ha considerado relevante separar las etapas de instrucción y sanción, v. gr. educación, medio ambiente, mercado financiero.

<sup>98</sup> Normalmente clasificadas en gravísimas, graves y leves. Sin embargo, también podrían ser clasificadas e infracciones instantáneas, de omisión, permanentes, continuas, de estado, etc.

<sup>99</sup> V. gr. el procedimiento simplificado previsto en los artículos 54 y ss. de la Ley N° 21.000 o el procedimiento sancionatorio abreviado contenido en el artículo 173 N° 3 del Código de Aguas.

<sup>100</sup> CASINO 2018, 72.

<sup>101</sup> V. gr. sentencias TC Roles N° 2.264 (2013), c. 19°; 2.922 (2016), c. 20°; 2.648 (2015), c. 19°; 8.018 (2019), c. 27°; entre otras.

cionalidad, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 19 N<sup>os</sup> 2° y 3° de la Carta Fundamental<sup>102</sup>.

Se trata de criterios objetivos que limitan la discrecionalidad de la autoridad al momento de determinar la sanción, debiendo ser debidamente ponderados al resolver el asunto. A este respecto, el legislador los establece sobre la base de dos elementos:

- Relativos al tipo de infracción y sus efectos: tales como la gravedad de la infracción; la importancia del daño causado; el riesgo, peligro o afectación a la salud de la población; el porcentaje de usuarios afectados por la infracción; el perjuicio fiscal derivado de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, entre otros.
- Relativos a las características del infractor: Aquí encontramos el grado de intencionalidad o negligencia; el grado de participación en la acción u omisión ilícita; la conducta anterior (reincidencia, reiteración o irreprochable conducta); la capacidad económica del infractor; la colaboración en el esclarecimiento de la infracción, la atención oportuna y útil a la realización de ciertas diligencias o a la entrega de información requerida por la entidad fiscalizadora; impedir un acto de fiscalización u obstaculizar el procedimiento; ocultar antecedentes relevantes con el propósito de encubrir la infracción, entre otros.

También es posible encontrar criterios genéricos para la determinación de una sanción. Se trata de todos aquellos parámetros establecidos con un carácter amplio, abierto o general para la determinación de sanciones, como sucede con el artículo 107 N° 8 del Código Tributario “Otros antecedentes análogos a los anteriores o que parezcan justo tomar en consideración atendida la naturaleza de la infracción y sus circunstancias”; o con el artículo 40 letra i) de la ley N° 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, “Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”, entre otros.

#### *h) Control judicial*

La posibilidad de impugnar judicialmente las sanciones administrativas constituye un derecho para el infractor, siendo relevante determinar el alcance del control judicial, el procedimiento a seguir, la legitimación y objeto del proceso. En otros términos, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración está subordinada a los tribunales de justicia, lo que implica: i) el control judicial de las sanciones administrativas<sup>103</sup>; ii) la prohibición de obstáculos que dificulten o impidan el acceso a la tutela judicial efectiva como el

<sup>102</sup> Sentencia TC Rol N° 8196 (2020), c. 27°.

<sup>103</sup> Siendo necesario determinar el tipo e intensidad de control: anulatorio-devolutorio o anulatorio-sustitutorio, esto es, fijar los límites a la extensión del control judicial del acto sancionatorio, tal como lo acontece con el inciso final del artículo 71 de la Ley N° 21.000, precepto que establece que, en su decisión, la Corte Suprema podrá dejar la sanción sin efecto, confirmarla o modificarla, si así surgiere de los antecedentes puestos en su conocimiento.

"*solve et repete*" y iii) quizás se podría indicar los efectos de la interposición del recurso, esto es, si son suspensivos o no.

La existencia de una norma general no impide que, dadas las características del sector de referencia de que se trate, el legislador pueda practicar una regulación diferenciada y particular mediante una ley especial. En dichos supuestos, bien puede la ley ajustar las exigencias de cada uno de estos principios y reglas a la gravedad de la infracción y sanción, de manera que, entre más grave sea el ilícito y su sanción, mayores sean las garantías, mientras que, si se trata de ilícitos que conllevan la aplicación de una sanción menor, bien podría considerarse una flexibilización de las garantías o la adopción de medidas diversas a la sanción, tal como se ha indicado.

En síntesis, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos<sup>104</sup>, nuestro legislador ha omitido una regulación general o de base sobre las infracciones y sanciones administrativas, lo que ha generado una incertidumbre jurídica crónica que hasta la actualidad nos mantiene enfrentados a serios problemas tanto de orden sustantivo como procedimental.

Además, en muchos casos la falta de una regulación expresa ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de las normas sancionadoras, principalmente por la afectación que su aplicación produce a garantías y derechos fundamentales.

De ahí, la necesidad de contar con una norma general sobre la materia.

## Conclusión

Una eventual modificación constitucional ofrece una interesante oportunidad para discutir en torno al régimen sancionatorio vigente en nuestro país. Es una instancia que invita a reflexionar en torno a la pertinencia de la consagración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración y sobre los efectos que dicho reconocimiento tendría a nivel normativo.

De la revisión de la experiencia comparada, es posible advertir que la consagración constitucional de la potestad sancionadora es la excepción, quedando entregada su regulación a normas de rango legal.

Sin embargo, atendida nuestra actual regulación administrativa sancionadora, si bien su reconocimiento constitucional no es necesario ni constituye un imperativo, su regulación constitucional sería positivo en la medida que fije los límites que debiese observar el legislador en su regulación legal, esta-

<sup>104</sup> V. gr. en Perú con la Ley N° 27.444, Ley del procedimiento administrativo general (Capítulo II Procedimiento Sancionador, artículos 229 y ss.); en el Estado de México mediante el Decreto N° 41, que aprueba en Código administrativo del Estado de México, disposición que debe ser complementada con el Decreto N° 11, que establece el Código de procedimientos administrativos del Estado de México; en Colombia a través del Nuevo Código Contencioso Administrativo (Capítulo III sobre Procedimiento Administrativo Sancionatorio, artículo 47 y ss.); en Alemania mediante la Ley de Contravenciones (OWiG); en España a través de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, entre otras.

bleciendo restricciones a la amplia discrecionalidad que actualmente ostenta sobre la materia.

Ahora bien, la referencia constitucional a la potestad sancionadora debiera ser lo más acotada y precisa posible, esto es, referida a los aspectos medulares de la potestad, dejando al legislador su regulación *in extenso*, ello para efectos de evitar rigidizar su ejercicio y los fines que mediante su establecimiento se persiguen.

Junto con ello, su consagración constitucional impondría, de cierta manera, una obligación o un mandato al legislador para regular mediante una ley general, las bases del ejercicio de la potestad, estableciendo sus principios y un procedimiento administrativo general y supletorio.

En definitiva, si bien la consagración constitucional de la potestad sancionadora puede ser considerada como innecesaria, su reconocimiento implicaría fijar límites al legislador orientados a dar protección a los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas.

### Bibliografía citada

- Arancibia, J. (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas* (pp. 129-147). Thomson Reuters.
- Aróstica, Iván (1987a). Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) (182), 71-81.
- Aróstica, Iván (1987b). El Derecho Administrativo Sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T 84 (3), 109-125.
- Bacigalupo, Enrique (1991). *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*. Colex.
- Bermúdez, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª edición). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Cano, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Francis Lefevre.
- Casino, M. (2018). *El concepto constitucional de sanción administrativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Casino, M. (1999). El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Documentación Administrativa* (254-255), 339-388.
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal, Parte General I*. B de la F.
- Cobrerros, E. (1995). La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas. *Revista Vasca de Administración Pública* (41), 761-794.
- Cordero, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno*. LegalPublishing - Thomson Reuters.
- Cordero, E. (2017). Sobre las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados. En M. Ybar y S. Castro (Coord.) y F. Belmar y P. Chible (Eds.), *Reflexiones sobre el Derecho de la libre competencia* (pp. 181-204). FNE.
- Cordero, E. y Aldunate, E. (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho (Valparaíso)* (39), 337-361.
- Cordero, E. y Aldunate, E. (2013). *Estudio sobre el sistema de fuentes del derecho chileno*. LegalPublishing - Thomson Reuter.
- De palma, Á. (2010). Principio de culpabilidad: causas de exclusión y atenuación de la responsabilidad. En B. Lozano (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 685-702). lustel.

- De Palma, Á. (2001). La culpabilidad. *Revista Justicia Administrativa* (extraordinario 1), 29-52.
- Del Rey, S. (1990). *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Domínguez, A. (1997). *Constitución y Derecho sancionador administrativo*. Marcial Pons.
- Fernández, R. (1994). Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración. *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho administrativo sancionador*, Consejo General del Poder Judicial), 9-61.
- Fernández, S. (2010). Inspección administrativa y potestad sancionador. En B. Lozano (Dir.), *Diccionario de las sanciones administrativas* (pp. 514-534). Iustel.
- Garberí, J. y B., Guadalupe (2016). *El procedimiento administrativo sancionador* (6ª edición). Vol. I). Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, E. (1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo* (10), 399-430.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (T II). Civitas.
- García, J. (2018). Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora. En A. Huergo (Dir.), *Problemas actuales de Derecho administrativo sancionador* (pp. 101-128). Iustel.
- García Morillo, J. (1995). *El derecho a la libertad personal: (detención, privación y restricción de libertad*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gómez, R. (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista Derecho Estado* (44), 361-384.
- Gómez, R. (2017). El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa. *Revista de Derecho (Valparaíso)* (49), 101-138.
- González, J. y Herrera, P. (2019). *Análisis de los criterios determinación del Quantum de la multa. Como límite el ejercicio de la potestad sancionadora de la comisión para el mercado financiero*. Editorial Académica Española.
- Guiloff, M. y Soto, P. (2015). Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez y F. Pinilla (Eds.), *La nueva justicia ambiental* (pp. 101-124). Thomson Reuters-La Ley.
- Helfmann, C. y Gómez, R. F. (2019). Análisis del fallo SERNAC: el problema de la concentración de potestades públicas. En A. Fermandois (Ed.), *Sentencias Destacadas 2019* (pp. 185-223). Libertad y Desarrollo.
- Huergo, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel.
- Huergo, A. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública* (137), 189-238.
- Hunneus, J. (1880). *La Constitución ante el Congreso*. Imprenta Cervantes.
- Martín Retortillo, L. (1984). *Materiales para una constitución (Los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado)*. Akal, Universitaria.
- Muñoz Machado, Santiago (Dir.) (2017). *Diccionario Panhispánico del español jurídico* (T II). Real Academia Española.
- Muñoz, M. (1993). *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*. Boletín oficial del Estado.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª edición). Tecnos.
- Parada, J. (1982). Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas. *Poder Judicial* N° 4.
- Parejo, L. (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo* (36), 1-26.
- Pérez, R. y Baeza, M. (2008). *Principios del Derecho Administrativo sancionador* (Vol. I). Consejo General del Poder Judicial.
- Precht, J. y Precht, A. (2016). ¿Es el procedimiento administrativo sancionatorio la única vía para el logro del cumplimiento de ingreso de proyectos al SEIA?. *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental*, Año VIII (8), 139-162.
- Soto Kloss, E. (1979/1980). Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración. *Boletín de Investigaciones* (44-45), 95-103.

- Soto Kloss, E. (2014). Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración. En: J. Arancibia y P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas* (pp. 39-52). Thomson Reuters - La Ley.
- Suay, J. (1986). Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública* (109), 185-216.
- Suay, J. (2008). La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. *Documentación Administrativa* (280-281), 43-64.

## Jurisprudencia Citada

### Judicial

- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol 62.128-2016. 9 mayo 2017.
- Corte Suprema. Rol 41.815-2016. 1 marzo 2017.
- Corte Suprema. Rol 33.230-2019. 28 julio 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol 15.549-2017. 9 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 753-2015. 18 agosto 2015.

### Constitucional

- Tribunal Constitucional. Rol 244-96, 26 agosto 1996.
- Tribunal Constitucional. Rol 376-03, 17 junio 2003.
- Tribunal Constitucional. Rol 389-03, 28 octubre 2003.
- Tribunal Constitucional. Rol 480-06, 27 julio 2006.
- Tribunal Constitucional. Rol 479-06, 8 agosto 2006.
- Tribunal Constitucional. Rol 536-06, 30 agosto 2006.
- Tribunal Constitucional. Rol 792-08, 31 enero 2008.
- Tribunal Constitucional. Rol 946-08, 1 julio 2008.
- Tribunal Constitucional. Rol 968-08, 10 julio 2008.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.046-08, 22 julio 2008.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.061-08, 28 agosto 2008.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.253-08, 27 enero 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.262-09, 2 abril 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.279-09, 2 abril 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.345-09, 25 mayo 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.332-09, 21 julio 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.356-09, 27 agosto 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.382-09, 27 octubre 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.391-09, 27 octubre 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.418-09, 27 octubre 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.470-09, 27 octubre 2009.
- Tribunal Constitucional. Rol 1.518-10, 21 octubre 2010.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.264-13, 10 octubre 2013.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.648-15, 7 septiembre 2015.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.922-16, 29 septiembre 2016.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.014-17, 14 noviembre 2017.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.958-17, 26 diciembre 2017.
- Tribunal Constitucional. Rol 4.012-18, 18 enero 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.570-18, 28 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.542-18, 7 mayo 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.575-18, 7 mayo 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.684-18, 7 mayo 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 3.236-18, 24 mayo 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 8.196-20, 30 julio 2020.
- Tribunal Constitucional. Rol 8.018-19, 30 julio 2020.

## Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile [CPR]. 17 septiembre 2005 (Chile). D.O. N° 38.268.
- Decreto N° 725 [con Fuerza de Ley]. Código Sanitario. 11 diciembre 1967. D.O. N° 26.936.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la superintendencia de electricidad y combustibles. 26 abril 1985. D.O. N° 32.176.
- Ley N° 18.755 de 1988. Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la Ley N° 16.640 y otras disposiciones. 23 octubre 1988. D.O. N° 33.266.
- Ley N° 20.123 de 2006. Regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. 5 octubre 2006. D.O. N° 38.589.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 febrero 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 21.200 de 2019. Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República. 23 diciembre 2019. D.O. N° 42.536.



# Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función

## Regulatory Administrative Sanctions. Three premises on its function

Raúl Letelier Wartenberg\*

El actual análisis de las sanciones administrativas regulatorias se estructura sobre tres premisas incorrectas. La necesidad de analizar estas sanciones bajo una unidad conceptual, el fraccionamiento entre regla de conducta y regla de sanción y la valoración positiva de una regulación basada en principios jurídicos son premisas que un análisis funcional del derecho administrativo debe necesariamente rechazar.

**Palabras clave:** Sanciones administrativas, garantías penales, regulación económica.

The current analysis of regulatory administrative sanctions is structured upon three incorrect premises. The need of analyzing them under one and the same conceptual framework, the fragmentation between rule of conduct and rule of sanction, and the positive evaluation of regulation based on legal principles are premises that a functional analysis of administrative law should necessary reject.

**Key words:** Administrative sanctions, criminal procedural safeguards, economic regulation.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono, 1, Providencia, Santiago, Chile. Correo electrónico: letelier@derecho.uchile.cl.

Este trabajo se ha beneficiado de los comentarios recibidos tanto en el Seminario "Derecho Administrativo Sancionador: tendencias actuales" del Programa de Derecho Administrativo Económico de la PUC, celebrado el 11 de julio de 2018 y en el Seminario del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA) de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado el día 30 de enero de 2019.

La presente investigación se enmarca en el proyecto Fondecyt N° 1161037 titulado "Análisis económico del Derecho Administrativo".

Artículo recibido el 9 de octubre de 2019 y aceptado el 5 de diciembre de 2020.

## Introducción

El debate actual de las sanciones administrativas regulatorias<sup>1</sup> parte de tres premisas metodológicas equivocadas.

La primera de estas ideas explicita aquel presupuesto en virtud del cual sería positivo y necesario analizar las sanciones administrativas desde una suerte de unidad conceptual, una ratio u origen común o una identidad sustancial entre ellas<sup>2</sup>.

El argumento que mejor ha expuesto esta pretensión es aquella supuesta derivación común de todas las sanciones (incluso las penales) desde un mismo *ius puniendi* estatal<sup>3</sup>. La presumible necesidad de tener una ley de bases generales aplicables a todas las sanciones administrativas<sup>4</sup> es otra de las expresiones de aquella anhelada y supuesta conveniencia de buscar una ratio unificadora y una regulación común para estas sanciones.

La segunda de las premisas es aquella –de naturaleza también metodológica– que asume la posibilidad de fraccionar el análisis teórico de las sanciones administrativas dividiendo, por un lado, las reglas de conducta y, por otro, las reglas de sanción, de modo tal que ambas reglas puedan ser analizadas separada e independiente pudiendo generarse hipótesis explicativas exclusivas para cada grupo de reglas. La existencia de una especie de disciplina denominada *derecho administrativo sancionador* (llamado incluso por su acrónimo “DAS”) da cuenta de esta premisa fraccionadora. De cierta forma, se afirma implícitamente que no existiría inconveniente en analizar de manera particular solo una parte de la realidad jurídica –cual es, las sanciones– desde que ello no importaría sostener algo específico de las reglas de conducta infringidas. Diversas sentencias –principalmente del Tribunal

<sup>1</sup> Me refiero en lo que sigue a un tipo especial de sanciones administrativas denominadas sanciones regulatorias entendidas por tales aquellas que dotan de coercibilidad a obligaciones impuestas en ámbitos de servicios públicos liberalizados o externalizados.

<sup>2</sup> “El concepto y naturaleza de las infracciones y sanciones administrativas constituye un presupuesto necesario para poder analizar su régimen jurídico y, particularmente, las bases constitucionales y principios a las cuales debe someterse” CORDERO QUINZACARA 2014, 62.

<sup>3</sup> La tesis fue sostenida en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 244 de 26 de agosto de 1996. Sus orígenes, sin embargo, se remontan al seminal artículo de José Ramón PARADA 1972, 41 y a la sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español, decisión que luego sería calificada por la sentencia de 13 de octubre de 1989 (Ar. 8386) como una “decisión histórica” como un “leading case” y como “el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado”. En Chile, la tesis de la común derivación es defendida por VERGARA BLANCO 2004, 137; MENDOZA 2005, 127 y ss.; ALCALDE 2009, 483; BOETTIGER 2009, 577 y ss., entre otros. El referido origen común pudo inspirarse en el tratamiento de las contravenciones (*Übertretungen*) en el Código Penal alemán de 1871 en cuanto ellas compartían las normas de la parte general junto a delitos y faltas. Esto, sin embargo, como correctamente ha anotado Alejandro Huergo, sin observar que era en el ámbito procesal donde dichas sanciones desplazan sus diferencias. HUERGO 2007, 56 y ss.

<sup>4</sup> Véase el Proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la Ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. Boletín 3476-06.

Constitucional, que ha sido, por lejos, el más fiel exponente de la adhesión a esta premisa— se refieren a una especie de regulación constitucional básica de esas sanciones o, dicho de otro modo, de ese especial *ius puniendi*. Con ello, aparece como posible analizar las sanciones en materia de regulación del mercado de valores, de infracción a las reglas de defensa del consumidor sin siquiera conocer las nociones básicas del derecho del mercado de valores o del derecho del consumidor. De hecho, se ha asentado en nuestra enseñanza jurídica una división profunda de aquellas reglas. En la órbita nacional, las normas jurídicas sustantivas de esos derechos sectoriales suelen revisarse en una disciplina comúnmente llamada *derecho económico*, mientras las sanciones derivadas de la infracción a ese derecho económico se han estudiado de forma general y abstracta dentro del derecho administrativo o constitucional.

Finalmente, la tercera de las premisas es aquella asunción de que los problemas del derecho administrativo —y aquí especialmente los problemas vinculados a sanciones regulatorias— pueden ser resueltos exclusiva y satisfactoriamente utilizando una metodología exegético-conceptual, esto es, una que da cuenta de categorías conceptuales que sirven de parámetro para evaluar la legalidad o constitucionalidad de las sanciones administrativas. En esto, el rol de los así llamados “principios jurídicos” ha sido protagónico en la resolución de los problemas vinculados a las sanciones administrativas. La idea, categoría o concepto de *proporcionalidad*, por ejemplo, es la que se ha utilizado para valorar la necesidad de sanciones administrativas, su monto y el mecanismo para imponerlas<sup>5</sup>. El principio de *debido proceso* o el así llamado por el Tribunal Constitucional *principio básico del derecho público universal de separación de funciones*<sup>6</sup> serían herramientas suficientes para lidiar con el problema del diseño sancionatorio, esto es, la definición acerca de quién impone la sanción o qué procedimiento se sigue para dicha imposición. El *principio de intervención mínima* o el *principio de última ratio* actuarían, por su parte, como reglas de defecto en el ámbito sancionatorio que permitirían resolver conflictos como el tipo de infracciones que pueden sancionarse administrativamente<sup>7</sup>.

Un análisis funcional del derecho administrativo, esto es, una reflexión que retome la discusión acerca del objetivo y función de las instituciones del derecho administrativo<sup>8</sup> debe necesariamente negar estas tres premisas metodológicas. Y hay, creo ver, importantes razones para este rechazo. El siguiente apartado da cuenta de ellas.

<sup>5</sup> Sentencia TC Rol N° 2922-15 (2016).

<sup>6</sup> Sentencia TC Rol N° 4012-17 (2018).

<sup>7</sup> ALARCÓN 2014, 159

<sup>8</sup> Entiendo por análisis funcional aquella perspectiva, dentro del análisis económico del derecho, que antes de presentar un análisis costo beneficio de las normas jurídicas prefiere revisar las condiciones específicas de cada sector de referencia (o de cada “mercado”, en el enfoque anglosajón) con el objeto de explicar el funcionamiento óptimo de ese sector. PARISI 2013, 125. Este enfoque suele servir de criterio de comprensión normativa (aportando a los elementos de interpretación sistemático y teleológico) y no como simple crítica a una perspectiva normativista.

## I. El análisis de mayor abstracción y de deducción posterior como metodología

El método de mayor abstracción es uno de los métodos preferidos por los juristas. De ahí la continua construcción de “partes generales” en diversos análisis jurídicos, aunque, a lo menos desde el modelo del Derecho de las Pandectas, siempre en clave explicativa e inductiva<sup>9</sup>, esto es, siempre con una pretensión de síntesis de las reglas de un sistema normativo determinado.

Es común observar en ensayos y manuales como constantemente buscamos, con mayor o menor éxito, llegar a una explicación común de las instituciones. La influencia de la metodología de Savigny es innegable a este respecto y el ideal de construir un sistema que autárquicamente vaya complementándose a sí mismo es un objetivo demasiado sugerente como para abandonar su búsqueda<sup>10</sup>. En el ámbito sancionatorio, por ejemplo, es frecuente percibir la idea de que si llegamos a comprender qué significa realmente *sanción* descubriremos luego soluciones regulatorias para buena parte de los casos de sanciones administrativas<sup>11</sup>. El descubrimiento de aquel concepto material tendría la virtud de generar un ancla o presupuesto del cual se generaría con posterioridad una escalada deductiva. De esta forma, percibida o descubierta la idea primigenia, la coherencia deductiva actuará como garantía de corrección<sup>12</sup>.

Esta metodología es útil en muchos escenarios. La agrupación de casos o tipos jurídicos en familias o constelaciones entrega importantes dosis de economía racional (desde que nos permite compartir un tratamiento básico de aquellos casos) pero está siempre sujeto a lo que podríamos llamar un *riesgo de entrada* y un *riesgo de tratamiento*.

El riesgo de entrada está compuesto por las posibilidades de errar en la consideración de que un tipo jurídico es parte de una familia. Tratar a las reparaciones en materia de derechos humanos, a las reparaciones solidarias por accidentes de la naturaleza o por actos terroristas o a las compensaciones económicas en materia de derecho de familia como partes de la familia de las “indemnizaciones de perjuicios” puede ser tan correcto como incorrecto. Desde luego la entrada de estos tipos a dicha familia puede ser correcta si de lo que se trata es de resaltar o enfatizar la pertenencia de ellos

<sup>9</sup> DIEZ 2018, 165.

<sup>10</sup> LARENZ 1980, 33.

<sup>11</sup> SOTO KLOSS 2005, 43 y ss. Idéntica referencia puede hacerse a aquella tendencia que pretende quitarle a algunas figuras sancionatorias su carácter de “sanción” (Dictámenes de la CGR N° 65.248, de 2011; 8.297 y 21.035, de 2012) o aquellos que hacen del centro de su atención la determinación de si un determinado efecto adverso o de gravámen puede ser correctamente llamado *sanción*. Así lo hace Tomas Cano, por ejemplo, cuando, tratando de indagar en una especial *naturaleza jurídica*, se pregunta si *¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?*. CANO 2011, 79 y ss.

<sup>12</sup> La utilización de conceptos, así, presumen –o dan cuenta de– la existencia de un sistema, aunque buena parte de las veces el análisis de esos mismos conceptos refleje que estos no poseen una *genética jurídica tan definida*. DIEZ 2018, 101.

a un género de tipos jurídicos que operan evaluando daños y reparándolos monetariamente, pero puede no serlo si la agrupación deriva de una reparación basada en la infracción de deberes preexistentes. La entrada de algunos de aquellos tipos en una familia así comprendida sería, entonces, errónea.

El riesgo de tratamiento, por su parte, está compuesto por una incorrecta asignación de efectos comunes a todos los integrantes de la familia. El problema del que este riesgo da cuenta es el de la identificación del núcleo de tratamiento común aplicable a los tipos referidos. La aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas (regulación común a todos los tipos sancionatorios) es el caso paradigmático de concreción de este riesgo.

Puede verse rápidamente que ambos riesgos están íntimamente ligados. La ratio que permite la agrupación familiar es la que justifica una regulación común<sup>13</sup>. No obstante ello, es también posible cierta disociación cuando a pesar de una ratio familiar común sea la operatividad de cada tipo (por ejemplo, sanciones distintas para condiciones distintas) la que justifique diferencias de tratamiento.

El análisis kelseniano de las normas, por ejemplo, es desde luego extremadamente relevante –tal vez el más importante de nuestra disciplina en los últimos siglos– pero nadie pensaría que con él podríamos solucionar buena parte de los problemas regulatorios que el derecho nos presenta. Y ello porque una de las principales preocupaciones del jurista austriaco era reconocer el derecho frente a otros tipos de reglas que reclaman también obediencia. Desde aquella perspectiva kelseniana son reglas jurídicas tanto el acto administrativo, la sentencia judicial, o la ley<sup>14</sup>, pero nadie se atrevería a pensar que aquella asignación común a la categoría de norma jurídica arrojaría muchos resultados regulatorios. Desde luego habrá exigencias que se deducen de esa categoría (curiosamente, la existencia de sanciones que hacen coercible esos deberes) pero tenemos conciencia que esa pertenencia común a la categoría de reglas jurídicas deja libre las particularidades de todas esas fuentes del derecho.

Pues bien, las sanciones en el ámbito del derecho administrativo poseen también esas particularidades. La dogmática, en efecto, ha percibido con evolutiva nitidez que no es lo mismo una sanción impuesta en el ámbito de un contrato administrativo, que una sanción disciplinaria, una sanción regulatoria o una sanción de policía. Y ello, no porque sean morfológicamente diversas (todas ellas son impuestas por la Administración para casos de infracción normativa) sino porque son sanciones que no tienen independencia de los contextos en donde actúan, tal como luego indicaremos. Las reglas en materia de función pública custodian bienes y valores muy distintos de los

<sup>13</sup> Para los conceptos jurídicos, la selección de sus atributos de forma tal de delimitar “la realidad contenida en una forma conceptual” lo que supondrá “elegir ciertos aspectos de la realidad y rechazar otros” DIEZ 2018, 171.

<sup>14</sup> KELSEN 2006, 37 y ss.

que se custodian en sanciones regulatorias que disciplinan monopolios naturales, que corrigen asimetrías informativas o que internalizan externalidades negativas, entre otras funciones. Las sanciones contractuales, por su parte, tienen poca similitud con las sanciones de policía. La clausura de un establecimiento por insalubre comparte muy poco con la multa derivada del incumplimiento de la obligación contractual de entrega de los bienes adquiridos por la Administración.

En efecto, en el ámbito contractual el contexto de aplicación de la sanción es el contrato. Al igual que los contratos civiles, la corrección (o legalidad) de la sanción, la estructura de interpretación de las obligaciones de conducta o la solución a los problemas derivados de la indeterminación de las cláusulas se encontrarán dentro del contrato e incluso, finalísticamente, mediante el imperativo de que se asegure la ejecución correcta de las obligaciones de servicio público contenidas en el contrato<sup>15</sup>.

En la sanción disciplinaria, por su parte, la regulación contiene una síntesis de valoraciones o bienes no presentes en las demás sanciones. Por un lado, este tipo de sanciones son una forma de construir jerarquía disciplinaria y dirección dentro de los servicios, pero también una forma de regular la estabilidad o flexibilidad de la función pública con todo lo que ello conlleva para la generación de burocracias sanas y expertas<sup>16</sup>.

Las sanciones regulatorias, por su parte, son sanciones que le entregan coercibilidad a obligaciones jurídicas que se enmarcan en mercados fallidos o que, ya no solo corrigen, sino que derechamente construyen mercados allí donde no los hay. Poco en común pueden tener estas reglas con una sanción como la expulsión del territorio nacional. En esta última, tal como sabiamente ha indicado la Corte Suprema deben considerarse para su imposición variables tan disimiles como la afectación de la sanción a los demás integrantes del núcleo familiar de modo tal de constituir a esta sanción como una técnica de aplicación residual<sup>17</sup>. Pero lo mismo no puede predicarse respecto de las sanciones regulatorias. Que reglas como aquellas que disciplinan monopolios naturales o mercados de servicios públicos liberalizados contengan sancio-

<sup>15</sup> “[E]s importante no olvidar que el proceso interpretativo de un contrato administrativo depende fundamentalmente de los términos y condiciones que se contienen en las bases de licitación y demás antecedentes integrantes de las mismas; todos los cuales se constituyen en el marco básico para cualquier proceso interpretativo y de aplicación del contrato”. MORAGA 2009, 206. En el mismo sentido, RICHER 2004, 209 y ss. Una perspectiva finalista general para observar las sanciones administrativas puede verse en CASINO 2018.

<sup>16</sup> En este sentido puede verse la referencia a los intereses en juego en el diseño de regímenes de función pública en VALDIVIA 2018, 106 y ss.

<sup>17</sup> En referencia a la expulsión, ha indicado la Corte Suprema que “de ejecutarse la medida, ciertamente ocasiona un daño no solo a nivel personal sino a nivel familiar atendido el tiempo de residencia en nuestro país y el contar con familia constituida, medida que perturbará su identidad familiar y nacional, afectando lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta...”. Corte Suprema Rol N° 394-2019.

nes que se comprendan como técnicas de *ultima ratio* es una contradicción en los términos<sup>18</sup>. Si esas reglas son las únicas que transforman en posible o decente a un mercado no tiene sentido que posean una lógica de aplicación restrictiva. De esta forma, en el ámbito contractual o en el ámbito regulativo las sanciones solo se entienden como formas de *enforcement* de las reglas de conducta<sup>19</sup>.

Por otra parte, debe considerarse que la metodología de mayor abstracción se construye con una cierta indeterminación o ambigüedad sobre la posición que ocupará el resultado de aquel proceso intelectual de abstracción. En efecto, queda siempre indeterminado si aquella *ratio* común es una propuesta descriptiva –y así, obtenida inductivamente– de las diversas sanciones presentes en el sistema jurídico, o, por el contrario, sería una imposición normativa con valor disciplinador para las demás fuentes jurídicas. Enfatizo a este respecto aquella incerteza del uso del resultado obtenido toda vez que la primera de las opciones conserva intacto el pedigree de las decisiones democráticamente obtenidas, pero, por lo mismo, es ineficiente como parámetro de control a esas mismas leyes, mientras que la segunda se concentra principalmente en esto último. *Ratio* común explicativa y *ratio* común como estándar de control son dos enfoques radicalmente distintos y no siempre claros en la doctrina.

En efecto, el actual tratamiento de aquellos principios jurídicos supuestamente deducidos de la asunción de que sanciones administrativas y sanciones penales comparten un origen común utiliza constantemente esta ambigüedad. En muchos casos, la dogmática hace simple referencia a la vigencia de determinados principios que rigen la actividad sancionatoria estatal y que se derivarían de la consideración del carácter de sanción de la imposición administrativa<sup>20</sup>, mientras que en otros se hacen esfuerzos para que aquellos mismos principios tengan algún correlato constitucional<sup>21</sup>.

En este último sentido, el relato constitucional de las sanciones administrativas solo ha podido ser construido luego de dar por afirmada, de manera simplemente estipulativa, la decisión sistémica de limitación especial de la potestad sancionadora. De esta forma, todo parece indicar que aquella limitación no es la que desde ya se derivaría de la regulación general del derecho administrativo –y que podría reconducirse al principio de legalidad tradicional y al problema de los espacios normativos que se disputan las fuentes jurídicas en cada país (ley y actos administrativos)– sino que lo afirma-

<sup>18</sup> Véase LETELIER 2017, 636 y ss.

<sup>19</sup> “Las sanciones administrativas son un instrumento privilegiado que el legislador ha puesto a disposición del regulador con el preciso objeto de asegurar el cumplimiento de los fines de política pública que aquel ha dispuesto”. GUILOFF y SOTO DELGADO 2015, 101. En un sentido similar, CAMACHO 2008, 61 y ss; ROMÁN 2010, 155 y ss; SOTO 2017, 287 y ss.; ALDUNATE y CORDERO QUINZACARA 2012, 337 y ss.; QUEZADA 2017; SALINAS 2019.

<sup>20</sup> ENTEICHE 2014.

<sup>21</sup> ROMÁN 2014.

do da cuenta de una limitación específica en materia sancionatoria. La sanción administrativa, podría decirse, debe ser impuesta con garantías distintas a aquellas que ya rigen la actuación administrativa generadora de efectos desfavorables en los ciudadanos. Dicha dificultad de imposición se derivaría –este es desarrollo argumentativo– por el hecho de imponer una *sanción* (como la penal) sin que sea relevante el tipo o relevancia de las obligaciones infringidas:

la potestad sancionadora de la Administración no es, en efecto, un compartimento estanco frente al Derecho penal, sino solo una manifestación específica del genérico *ius puniendi* del Estado; debiendo acomodarse, por tanto, a los principios clásicos del ordenamiento penal, en cuando manifestación típica e históricamente consolidada de la disciplina del referido *ius puniendi* en el marco de un Estado de Derecho<sup>22</sup>.

De esta forma, la aplicación de garantías penales –moduladas o no– encuentra su correlato constitucional (en su versión de garantías penales) solo una vez que se asimilan las administrativas a estas últimas. Dicha asimilación, no obstante, no es constitucional –o de serlo, lo es muy limitadamente, cuando se sujetan ambas al principio de legalidad (principio al cual también debe ajustarse todo acto administrativo) o a la necesidad de que su imposición se realice bajo un procedimiento legal– sino, tal como he indicado, deriva de una simple estipulación unificadora asumida como un marco de mayor abstracción que, en el mejor de los casos, derivaría de una suerte de “teoría general de las sanciones”, a su vez no explicativa de las sanciones que existen sino un teoría general normativa acerca de cómo ellas debiesen configurarse.

Como puede observarse, el método de mayor abstracción genera una afirmación no explicativa –con base inductiva– sino estructurante –basada en una premisa simplemente estipulativa– sobre la cual descansará todo el frágil edificio regulativo de las sanciones administrativas.

## II. La fractura entre reglas de conducta y reglas de sanción

La comprensión actual de las sanciones administrativas es, tal como he avanzado, una que entiende posible una fractura explicativa entre reglas de conducta y reglas de sanción.

Esta fractura, me parece, es una de las principales causas de los problemas de comprensión que actualmente tenemos en este tópico.

La posibilidad de un análisis teórico que separe las partes de una norma prescriptiva, constituye, naturalmente, un aporte en la comprensión morfológica de este tipo de normas. Von Wright, por ejemplo, llegó a distinguir 7 tipos de elementos de las prescripciones, a saber, carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto, ocasión, promulgación y sanción<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> SUAY 1992, 199.

<sup>23</sup> VON WRIGHT 1970, 87.

Desde otras perspectivas, algunos autores prefieren un análisis que descomponga la estructura normativa en regla de conducta y regla de sanción<sup>24</sup>. Otros, finalmente, prefieren la clásica estructura condicional o hipotética de las normas jurídicas que distingue entre la conducta, descrita genéricamente en el antecedente de la norma y la consecuencia jurídica debida, prescrita en el consecuente de la norma, típicamente una sanción. En este último caso, la estructura lógica de una norma puede representarse así: “si x, entonces Oy”, donde x es la conducta, y es la consecuencia y O indica que dicha consecuencia es obligatoria<sup>25</sup>. Estos análisis, sin embargo, no son contrapuestos. Todos ellos solo pretenden separar analíticamente elementos como los deberes y la sanción (o responsabilidad) para comprender de mejor manera la estructura lógica de las normas jurídicas.

Ahora bien, una atención excluyente en una de las partes de la norma (la sanción), cual sesgo de racionalidad, puede encapsular al estudioso en una realidad alterna de tal forma que le haga olvidar la pertenencia de aquella parte a un todo en la forma de suponer esferas de corrección que puedan construirse con independencia de las otras partes de la unidad.

La premisa que analizamos asume precisamente aquella suerte de independencia entre la regulación de las sanciones y la regulación de las obligaciones de conducta. Ejemplificando, esta premisa asume que lo que se diga de las sanciones aplicables a la infracción de las normas que regulan los deberes de las empresas monopólicas en materia de servicios sanitarios sobre información de costos de operación –que, por ser un servicio regulado, luego son utilizados para la fijación administrativa de la tarifa– no dice nada, o no tiene efectos en la propia regulación de aquel mercado donde intervienen esas obligaciones. De esta forma, cuando se propugna la aplicación de garantías penales a aquellas sanciones o cuando se analiza la proporcionalidad de las multas impuestas, ello no produce impacto en el respectivo mercado o su impacto no es una variable que deba ser analizada para resolver correctamente la regulación, bastando solo un estudio autárquico de aquellas reglas de sanción.

Este enfoque es insatisfactorio. El derecho –y sobre todo el derecho administrativo– está construido para dirigir las conductas humanas hacia óptimos sociales definidos democráticamente<sup>26</sup>. Esa regulación de conductas

<sup>24</sup> La separación entre regla de conducta y regla de sanción ha tenido especial éxito en el análisis de la norma penal. Véase HAFFKE 1995, 133 y ss.; MAÑALICH 2012, 571 y ss. Morfológicamente cierto análisis de la norma penal separa en los enunciados normativos la regla de conducta, esto es aquello que la norma manda o prohíbe, de la regla de sanción o consecuencia jurídica vinculada al cumplimiento (penal) de la conducta o su infracción. En el ámbito administrativo, la separación de ambas normas es, buena parte de las veces, espacialmente expresa toda vez que las reglas de sanción suelen ubicarse al final de los textos legales como regla de simple *enforcement* a toda infracción jurídica sectorial posible.

<sup>25</sup> KELSEY 1982, 84 y ss. y 115-116.

<sup>26</sup> Véase SCHMIDT-ASSMANN 2003, 27 y ss. También SCHMIDT-ASSMANN 2012, 43 y ss.

tiene como destinatario principal los ciudadanos y, desde luego, también la estructura estatal.

Existen muchas formas de hacer posible esa dirección de conductas. Una muy importante es mediante la imposición de obligaciones apoyadas en sanciones. Desde luego esta no es la única forma de lograr aquella dirección. Los incentivos, los premios o las recomendaciones son también medidas tendientes a dirigir conductas con éxitos y costos variables en aquella tarea y siempre dependientes del contexto en que dichas medidas actúan. Dicha decisión directiva es compleja y tremendamente variable. Países con más o menos recursos económicos, con administraciones sólidas o con burocracias débiles, en tópicos de mayor o menor importancia política, etc., tomarán decisiones diversas sobre cómo hacer que las empresas se comporten lealmente en la prestación de servicios públicos liberalizados<sup>27</sup>. “Un problema práctico –dice Majone– no se resuelve ofreciendo una solución teórica que no tome en consideración las limitaciones impuestas por el contexto” y continúa “Por tanto, es un error emplear criterios ideales en la evaluación o comparación de diversos instrumentos de las políticas; los criterios deben relacionarse con el contexto particular en el que se empleen los instrumentos”<sup>28</sup>.

Ahora bien, desde esta perspectiva directiva la medida de eficacia de una obligación está dada de forma inmediata por el respaldo final de sanciones. Pueden desde luego ocuparse formas más suaves de dirección, pero la amenaza sancionatoria debe estar siempre presente<sup>29</sup>. De hecho, en materia regulatoria, al ser la sanción una especie de precio por el incumplimiento, aquel que se encuentra en el dilema de cumplir o no cumplir se encuentra obligado a internalizar el valor posible o hipotético de la sanción para tener conciencia de la fuerza que la obligación (o regla de conducta) genera en su decisión<sup>30</sup>. La eficacia directiva de la obligación se encuentra –utilizando aquella palabra inglesa ya famosa tanto por su habilidad expresiva como por su dificultad en la traducción al castellano– el *enforcement* de la misma.

Una obligación sin sanción no es una obligación jurídica. Y ello no solo desde la bien conocida óptica kelseniana<sup>31</sup> sino que también desde una perspectiva económica. Solo una obligación sujeta a sanción puede considerarse un costo para su receptor y, en tanto tal, una obligación que impone una conducta minimizadora o neutralizadora de ese costo.

<sup>27</sup> Sobre el tipo de variables que debe considerarse al momento de analizar los mejores mecanismos de dirección de conductas, véase DENTE y SUBIRATS 2014, 73 y ss. Del mismo modo, STONE 2012, 269 y ss. Incluso en el derecho penal existen análisis funcionales sobre los diversos tipos de penas que debe aplicarse para diferentes infracciones. Al respecto SHAVELL 2000, 437 y ss. Con análisis similares véase COOK et al. 2013.

<sup>28</sup> MAJONE 2000, 161.

<sup>29</sup> Véase AYRES y BRAITHWAITE 1992, 19 y ss.

<sup>30</sup> “Where regulatory non-compliance occurs, sanctions can ensure that businesses that have saved costs by non-compliance do not gain an unfair advantage over businesses that are full compliant”. MACRORY 2006, 7.

<sup>31</sup> KELSEN 1982, 47 y ss.

En materia de sanciones contractuales y sanciones regulatorias el valor de la infracción (o el ahorro que la infracción puede proveer) es la que construye la medida de *enforcement*. Desde una perspectiva general, Kelsen ya había mostrado la unión entre regla de conducta y regla de sanción, su imposible disociación y la inmediata influencia de la segunda sobre la primera<sup>32</sup>.

La constatación del jurista vienés se hace evidente desde la mayoría de los estudios modernos sobre políticas públicas y derecho toda vez que ellos resaltan la importancia de los mecanismos de cumplimiento de reglas y la dependencia de la dirección de conductas, precisamente del tipo de sanciones elegidas. John Scholz, en un trabajo pionero de 1984, describía la relación Administración/regulado como una propia del análisis de la teoría de juegos en el clásico dilema del prisionero. Mientras los regulados desean minimizar los costos que le generan los efectos de la regulación, la Administración busca maximizar el cumplimiento de las reglas de conducta<sup>33</sup>. De ahí que la decisión acerca del mecanismo de *enforcement* de las reglas de conducta es simplemente la otra cara del cumplimiento de las mismas. En este punto, y desarrollando las ideas de Scholz, Ayres y Braithwaite en su texto sobre *responsive regulation* han entregado diversos insumos de política pública para elegir mecanismos de *enforcement* ante situaciones sectoriales diferentes<sup>34</sup>. Una obligación de conducta de entrega de antecedentes sometida solo a cartas de constatación de infracción o a planes de acompañamiento puede ser una excelente idea en determinados casos (obviamente siempre sujeto a sanción), pero, para otro tipo de obligaciones o para contextos diversos, la posibilidad de una sanción más drástica se hace mucho más necesaria.

En esta línea, regla de conducta y regla de sanción son, para el derecho administrativo, dos caras de la misma moneda. La regulación de las condiciones en que la infracción será posible no son otra cosa que la regulación de la obligación. Si para sancionar exigimos culpabilidad –en el más propiamente sentido penal de la expresión– ello quiere decir que lo que imponemos al exigir ese requisito para la infracción de una obligación determinada dista de ser una simple internalización de determinados costos para que un mercado funcione correctamente y sus intervinientes cumplan aquellas obligaciones. En efecto, si lo que queremos es construir deberes u obligaciones de aplicación general con el objeto de cargarlas en todos los participantes de un mercado con el fin que ellos transfieran su valor a sus usuarios pero, al mismo tiempo, les aseguren la eficacia general y completa de la regla, la exigencia

<sup>32</sup> “La distinción entre normas jurídicas que prescriben una determinada conducta y normas jurídicas que enlazan una sanción a la conducta contraria a esas normas suele articularse como una distinción entre normas primarias y secundarias, v. gr. ‘No debe robarse’, ‘Si alguien roba, debe ser castigado’. Pero la formulación de la primera norma es superflua, puesto que desde el punto de vista jurídico el no deber robar consiste solo en el deber ser sancionado enlazado a la condición de robar”. KELSEN 2018, 155.

<sup>33</sup> SCHOLZ 1984, 385 y ss.

<sup>34</sup> AYRES y BRAITHWAITE 1992.

de culpabilidad será un añadido ineficiente. La sanción, en este último caso, es simplemente parte de la carga regulatoria.

Lo mismo sucede con la descripción de conductas o lo que vulgarmente se ha dado en llamar la *tipicidad* de las sanciones administrativas, tomando desde luego el prestigio de dicho concepto en el derecho penal para trasplantarlo a lo administrativo. ¿Deben las reglas regulatorias (la de conducta) por ejemplo, ser descritas como si fuesen normas penales? La respuesta debe ser un rotundo no porque la vaguedad o la certidumbre son también formas distintas y legítimas de regulación en el ámbito del derecho administrativo. En contextos sólidamente competitivos las conductas infraccionales pueden estar descritas en lenguaje cerrado aún a riesgo de incurrir en problemas de infrainclusión. Ello porque el beneficio marginal que arrojaría la amplitud descriptiva en relación a la generación de competencia podría ser bajo. Por el contrario, en contextos de alta concentración de fallas de mercado puede ser razonable regular con lenguaje abierto aún a riesgo de sobreinclusión. Debido a que el contexto de funcionamiento del mercado puede ser altamente desventajoso para el usuario, es razonable que el operador deba mantenerse varios pasos atrás de la línea de infracción debido a la incerteza que le genera el concepto<sup>35</sup>.

Las necesidades de los sectores requieren formas diversas de *enforcement* toda vez que las reglas que estos imponen poseen estructuras y lógicas unificadas dentro de ese sector<sup>36</sup>. El derecho administrativo, en este punto, reclama y exige especialidad y complejidad<sup>37</sup>. Si la regla de conducta es diversa, si ella interviene en un escenario regulatorio particular, entonces no existe razón alguna para descartar que la manera en que jurídicamente se gestione la disuasión al incumplimiento sea también distinta<sup>38</sup>. Imposición obligacional y *enforcement* son, así, dos formas cooperativas de redactar la coercibilidad de una regla de conducta.

Pues bien, lo mismo puede decirse de la sanción administrativa en relación con la penal. Regular obligaciones de conducta en mercados regulados exclusivamente mediante sanciones penales es un error, pero no reservar la

<sup>35</sup> En el ámbito constitucional también puede optarse por regulaciones sobreinclusivas. La prohibición de tortura es un ejemplo de ello. Debido a que el concepto de tortura es indeterminado, aquel que no quiere ser sancionado deberá interpretar muchos tipos de actos como posiblemente incluidos en el concepto aún a riesgo de sobreinclusión. Eso le mantendrá muchos pasos atrás de la conducta infraccional efecto que es precisamente el querido por la regla. Al respecto, PARISI y FON 2009, 9 y ss.

<sup>36</sup> Un buen ejemplo de esta línea de investigación puede observarse en el reciente trabajo de CORDERO VEGA 2020, 240 y ss.

<sup>37</sup> Según Macrory, a quien se le encargó el estudio más completo en materia de reforma y mejoramiento sancionatorio en UK, expresaba: "They are [the reforms] to bring into them [the regulatory sanctioning regimes] the flexibility, efficiencies and responsiveness that can facilitates the full implementation of the Hampton agenda, resulting in better deterrence options for regulators, better compliance for business and better outcomes for society as a whole". MACRORY 2006, 36.

<sup>38</sup> Véase NORRIS y PHILLIPS 2011, 90 y ss.

sanción penal (junto a la administrativa) para las infracciones más graves sería también un error. Dice Macrory:

Considero que las multas son una forma de sanción que entrega más respuestas y es más apropiada que la sanción penal en muchos tipos de casos. La persecución penal, en cambio, debe ser reservada para infracciones graves a las obligaciones regulatorias tales como el incumplimiento premeditado, temerario o repetido<sup>39</sup>.

### III. La amenaza de la simplicidad principialista

La tercera premisa da cuenta de una especie de preferencia –no siempre explícitamente declarada– que la regulación de las sanciones se realice mediante una serie de principios jurídicos que actúan como fórmulas simplistas aplicables a todas las sanciones administrativas<sup>40</sup>. La premisa de unidad de tratamiento explicada en la primera parte de este estudio se concretiza mediante un específico parámetro cual es un tipo especial de norma jurídica caracterizada por su amplitud de sentido y constante exposición a la colisión con otros principios contradictorios<sup>41</sup>.

Una primera sorpresa funcional de esta premisa es la asunción de que imponer regulaciones basadas en principios o estándares amplios puede ser positivo para el sector a regular<sup>42</sup>. Es verdad que en la actual literatura no se logra vislumbrar una valoración positiva expresa sobre el uso de estos principios, pero de la facilidad con que son ellos extraídos y de aquella propensión

<sup>39</sup> NORRIS y PHILLIPS 2011, 47.

<sup>40</sup> Buena parte de la actual literatura sobre sanciones administrativas suele estructurarse –didáctica o normativamente– sobre una suerte de enumeración de principios que simplemente rigen el sector. Véase VERGARA BLANCO 2004, 137 y ss; CORDERO QUINZACARA 2014, 213 y ss, NAVARRO 2014, 17 y ss y OSORIO 2016, 103 y ss.

<sup>41</sup> Sobre esta conclusión aplicada al llamado principio de proporcionalidad, véase SOTO DELGADO 2017, 294 y ss.

<sup>42</sup> No podemos sino dejar a un lado aquellas reflexiones que, sobre la base de una aplicación principialista concluyen la completa inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria. Sobre esas reflexiones y los argumentos para enervarlas, véase CAMACHO 2008 67 y ss. “No cabe duda –sostiene acertadamente Cárcamo– que el derecho administrativo sancionador es una necesidad de la complejísima sociedad moderna. El potente y creciente desarrollo de los diversos campos de la economía, unido a la concentración de capitales en grandes empresas nacionales y transnacionales que intervienen e invierten fundamentalmente en áreas o mercados que se refieren a servicios básicos que son de la mayor importancia para el interés público, tales como salud, previsión, telecomunicaciones, electricidad, combustibles, mercado bancario, entre otros sectores, ha llevado necesariamente a que el Órgano Legislativo entregue a la Administración del Estado una serie de herramientas destinadas a fiscalizar en forma permanente que dichas actividades se realicen dentro de los cánones exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, a interpretar de manera vinculante las normas sectoriales aplicables en cada caso y a sancionar frente al incumplimiento de dichas reglas”. CÁRCAMO 2010, 11. En el mismo sentido, ALDUNATE y CORDERO QUINZACARA 2012, 337 y ss.

La crítica a la aplicación de principios jurídicos como técnica de general de regulación no es nueva. Al respecto, véase GARCÍA AMADO 2010, 129 y ss y 2015, 11 y ss. Del mismo modo, WEINBERGER 1992, 2017 y ss.

a la expansión del contenido regulatorio de ellos puede deducirse, sin demasiado riesgo al error, que detrás se da ese saldo evaluativo positivo<sup>43</sup>.

Ello, sin embargo, es incorrecto. Lo primero que debe necesariamente descartarse es que haya un *a priori* científico que prefiera una decisión regulatoria basada en reglas u otra basada en principios<sup>44</sup>. Muchas materias necesitadas de regulación administrativa pueden ser regladas tanto mediante normas cerradas como sujetas a normas abiertas, o, de otro modo dicho, mediante normas con mayor o menor grado de especificidad.

Del mismo modo debe descartarse que la regulación con baja especificidad (o mediante estándares o principios) sea necesariamente positiva.

La decisión acerca de nivel óptimo de especificación será, nuevamente, multivariable. Así como la precisión aporta seguridad jurídica, mayor predictibilidad del derecho, menores gastos judiciales, mayor rapidez de solución de casos y menos costos informativos, también posee problemas o costos asociados como mayores gastos en la formulación de la regla e ineficiencias derivadas de infrainclusión y de las barreras de conocimiento que estas generan<sup>45</sup>.

De esta forma la regulación óptima en el ámbito de sectores regulados dependerá exclusivamente del sector a regular y del tipo de aplicación regulatoria más frecuente que se espera de la norma<sup>46</sup>. En ese marco, habrá sectores sujetos a mayores grados de obsolescencia o donde la dirección de conductas requiera utilizar la apertura de una norma como forma específica de regulación<sup>47</sup>. Aquí, la regulación en base a principios será aconsejada y ella podrá ser expresamente dispuesta<sup>48</sup>. En otros contextos, en cambio, re-

<sup>43</sup> A propósito del principio de culpabilidad, supuestamente vigente en el ámbito de la sanción administrativa, sostiene López Menudo desde una perspectiva propiamente principialista: "Es evidente que acreditar la culpabilidad del infractor mediante una *probatio plena* a cargo de quien acusa puede suponer las más de las veces una exigencia leonina para la Administración, dado el carácter normalmente oculto de los factores constitutivos de la culpa y de los que son susceptibles de excluirla en un supuesto determinado. La mayoría de las veces a la Administración le será imposible acreditar la culpa en sí –compuesta de elementos volitivos de la persona difíciles de captar y valorar por un ajeno a ella misma– por lo que habrá de extremar la diligencia para que sus actuaciones y razonamientos lleven a la convicción de que la culpabilidad concurre". LÓPEZ 2008, 170.

<sup>44</sup> Sobre la distinción, véase PRIETO 1992, 32 y ss.

<sup>45</sup> PARISI y FON 2009, 4 y ss.

<sup>46</sup> Véase LUPPI y PARISI 2011, 43 y ss. Sobre criterios operativos para determinar la elección entre sanciones penales y administrativas, véase CID 1996 141 y ss.

<sup>47</sup> La preocupación por una regulación sancionatoria que se enfoque en la provisión de respuestas que consideren el contexto de la infracción y la eficiencia disuasoria de ella es siempre una opción correcta. Véase SOTO DELGADO 2016, 197 y ss. "La perspectiva funcional –sostiene este autor– exige que las sanciones administrativas sean diseñadas y aplicadas responsivamente. Esto significa que el regulador debe estar dotado de herramientas que le permita recorrer opciones que van desde la persuasión hasta la inhabilitación del administrado. Habrá de contar también con flexibilidad para escoger diversas estrategias regulatorias cuya intensidad pueda graduar. En fin, significa que las sanciones administrativas son un tipo de herramientas de cumplimiento del Derecho Administrativo". *Ibid.*, 218.

<sup>48</sup> Véase BALDWIN *et al.* 2012, 302 y ss.

sultará necesaria una regulación mucho más detallada como cuando existe completa claridad sobre el contexto de la conducta que se quiere evitar o motivar. Como puede verse, nuevamente la opción que mejor explica el contexto regulatorio es aquella que evita la simplicidad de una regulación común principialista y prefiere la complejidad regulatoria en la cual la normación en base a disposiciones jurídicas abiertas es solo una de entre varias alternativas regulatorias. Someter de esta forma aquella complejidad a la tosquedad del principio jurídico deprecia, otra vez, el contexto a regular.

Existe en este punto una frecuente apelación en orden a que de asumirse cualquier explicación del fenómeno jurídico sancionatorio que no se conduzca al lenguaje principialista como forma óptima de regulación jurídica ello conllevaría necesariamente una propuesta contraria a los derechos individuales y que se enfoca solo en mejorar la posición del ente público sancionador<sup>49</sup>. Dicha apelación, no obstante, debe ser enérgicamente rechazada. No debe olvidarse que la actividad sancionadora, en tanto productora de actos administrativos está sujeta a los mismos controles de juridicidad que todo acto de esta naturaleza. Dichas decisiones jurídicas serán controladas en orden a respetar la distribución competencial constitucional en la materia. Aquí se podrá analizar si obligación de conducta y mecanismo de *enforcement* han sido correctamente configurados desde la perspectiva de las fuentes jurídicas apelando al ya tradicional tópico de la teoría del derecho administrativo como es el de la reserva legal<sup>50</sup>.

Así, en un sistema de distribución competencial organizado sobre la base de la regla de dominio máximo legal, tanto ley como reglamento poseen ámbitos de regulación y el control judicial obliga a realizar ese control. Del mismo modo, y de modo general, la ley contiene mecanismos generales o especiales de impugnación de la decisión sancionatoria que otorgan las condiciones necesarias para que el juez controle –con el debido respeto a las garantías de la jurisdicción– la plena legalidad de la sanción. El control de la competencia del órgano administrativo para sancionar, el control procedimental (forma y procedimiento propiamente tal) de la decisión, el control de los motivos de la decisión, la revisión de los hechos, es decir, del elemento fáctico asentado por la Administración Pública constitutivo de la premisa fáctica sancionatoria, el control de la corrección de la premisa normativa, el control del derecho que la Administración asume como aplicable a los hechos, la extensión que ella le otorga a las cláusulas jurídicas, el control en la calificación jurídica de los hechos, esto es, el proceso de adscripción a los hechos acreditados de una calificación jurídica y el control del objetivo de la sanción o control de desviación de poder dan cuenta de una revisión intensa de los actos administrativos que dan garantías suficientes para obtener, al final del proceso, decisiones racionales y razonables. Desde esta perspectiva los con-

<sup>49</sup> El argumento en su más extrema radicalidad puede verse recientemente en SOTO KLOSS 2014, 39 y ss.

<sup>50</sup> Véase GUILOFF 2012, 127 y ss.

troles del acto administrativo no debieran diferenciarse de los controles de la sanción administrativa<sup>51</sup>.

Todo esto, sin embargo, no puede obstar a que si del contexto sancionatorio es posible esperar un sesgo en el ente administrativo que le impide ver con cierta objetividad las circunstancias del caso, ello permita adoptar decisiones de regulación que traten de corregir ese defecto de racionalidad. Siempre, no obstante, asumiendo que el resultado a conseguir con esa corrección no sea solo la disminución de los falsos positivos sino que, a lo menos en el ámbito regulatorio, el objetivo debe cubrir la disminución óptima de falsos positivos y negativos<sup>52</sup>.

### Epílogo. ¿Es necesaria una teoría general de las sanciones administrativas?

La crítica funcional a un tratamiento unitario y simplificador de la realidad sancionatoria administrativa impone necesariamente reflexionar sobre la pregunta acerca de la necesidad de una teoría general de las sanciones administrativas. Si han sido convincentes los ataques a aquella visión unificadora debiésemos necesariamente abordar si lo incorrecto es solo el contenido de aquella teoría general o, más extendidamente, la propia necesidad de una teoría general en este ámbito.

Desde luego este no es el momento de hacerlo, pero valga como epílogo las siguientes reflexiones finales:

1. Las críticas a la unificación conceptual confabulan necesariamente contra una perspectiva de análisis que pretenda encontrar utilidad en un tratamiento común a todas las sanciones administrativas.

2. La necesaria unión funcional entre norma de conducta y norma de sanción muestra –como ya lo ha exhibido categóricamente la teoría del derecho– la interrelación conceptual entre ambas realidades lo que necesariamente deteriora también aquella posibilidad teórica.

3. Unidas las sanciones con la regulación de los deberes jurídicos del sector, el contexto de explicación de las primeras se confunde con la teoría general de las normas, de forma tal que no se alcanza a vislumbrar la necesidad de separar su análisis de aquella teoría.

4. Las particularidades de la regulación económica, en cambio, si parecen reclamar la necesidad de un tratamiento general.

5. Puede entonces estudiarse la necesidad de una teoría general de las sanciones contractuales, o de las regulatorias, o de las disciplinarias o de las

<sup>51</sup> Véase QUEZADA 2017.

<sup>52</sup> Véase LETELIER 2018. Los tribunales ordinarios –seguramente por su contacto constante con casos concretos de regulación económica– han analizado los problemas sancionatorios con una óptica más comprensiva del sector regulado con menos apelación principialista. Véase ARACENA 2017 114 y ss.

de policía. En cambio, no parece útil ni interesante una teoría general aplicable a todo el fenómeno sancionatorio.

### Bibliografía citada

- Alcalde Rodríguez, E. (2009). Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa. En J. Arancibia y J. I. Martínez (eds.), *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (pp. 795-808). Legal Publishing.
- Aldunate, E. y Cordero Quinzacara, E. (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (39), 337-361.
- Alarcón, L. (2014). Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública* (195), 135-167.
- Aracena, P. (2017). Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile. *Revista de Estudios de la Justicia* (26), 96-144.
- Ayres, I., Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation*. Oxford University Press.
- Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation* (2ª Edición). Oxford University Press.
- Boettiger, C. (2009). El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Actualidad Jurídica*, 20, 577-596.
- Camacho, G. (2008). La potestad administrativa sancionadora en Chile. Luces y sombras. En VV.AA. *Ensayos jurídicos contemporáneos* (pp. 63-81). ARA.
- Cárcamo, A. (2010). La constitucionalidad y la necesidad del derecho administrativo sancionador correctivo en el complejo escenario económico moderno. *Gaceta Jurídica*, 363, 7-18.
- Casino, M. (2018). *El concepto constitucional de sanción administrativa*. CEPC.
- Cid, J. (1996). Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública* (140), 131-172.
- Cook, P., Machin, S., Marie, O. y Mastrobuoni, G. (2013). *Lessons from the economics of Crime*. MIT Press.
- Cordero Quinzacara, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador*. Legal Publishing.
- Cordero Vega, L. (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Ius et Praxis*, Año 26 (1), 240-265.
- Dente, B. Subirats, J. (2014). *Decisiones públicas*. Ariel.
- Diez, S. (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público*. Marcial Pons.
- Enteiche, N. (2014). Acerca de las sanciones administrativas en Chile. *Revista Actualidad Jurídica* (29), 229-238.
- García Amado, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Universidad Externado de Colombia.
- García Amado, J. A. (2015). *Iusmoralismos*. Cevallos.
- Guiloff, M., Soto Delgado, P. (2015). Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva", en: Bermúdez, Jorge; Ferrada, Juan Carlos; Pinilla, Francisco [coords.], *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago, Thomson Reuters), pp.101-124.
- Guiloff, Matías (2012). "Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25(1), 127-147.
- Haffke, B. (1995). El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En J. Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin* (pp. 129-138). Bosch.
- Huergo, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel.
- Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*. Transaction.

- Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas* (trad. Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Marcial Pons).
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (Roberto Vernengo, trad.). Universidad Nacional Autónoma de México (Obra original publicada en 1960).
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del Derecho* (Marcelino Rodríguez, trad.). Ariel (Obra original publicada en 1979).
- Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, 12(24), 662-689.
- Letelier, R. (2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXI(1), 209-229.
- Lopez, F. (2008). Principios del procedimiento sancionador. *Documentación Administrativa* (280-281), 159-193.
- Luppi, B. y Parisi, F. (2011). Rules versus standars. En F. Parisi (Ed.), *Production of Legal Rules* (pp. 43-53). Elgar.
- Macrory, R. (November 2006). Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report, November 2006. <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205164501/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>
- Majone, G. (2000). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. Fondo de Cultura Económica.
- Mañalich, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las "reglas del derecho penal" en el concepto de derecho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (12), 571-585.
- Mendoza Zúñiga, R. (2005). Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas y en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas. En E. Soto Kloss (Ed.), *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo* (pp. 127-153). Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás.
- Moraga, C. (2009). *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica.
- Navarro, E. (2014). La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En J. Arancibia y P. Alarcón (coords.), *Sanciones administrativas* (pp. 17-38). Thomson Reuters.
- Norris, J. y Phillips, J. (2011). *The Law of Regulatory Enforcement and Sanctions*. Oxford University Press.
- Osorio, C. (2016). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*. Thomson Reuters.
- Parada, J. (1972). El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. *Revista de Administración Pública*, 69, 41-93.
- Parisi, F. (2013). *The language of Law and Economics*. Cambridge University Press.
- Parisi, F. y Fon, V. (2009). *The economics of Lawmaking*. Oxford University Press.
- Prieto, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Quezada, F. (2017). *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley 19.880*. Librotecnia.
- Richer, L. (2004). *Droit des contrats administratifs* (4ª ed.). LGDJ.
- Roman, C. (2014). El debido procedimiento sancionador. *Revista de Derecho Público* (71), 183-214.
- Roman, C. (2010). El castigo en el derecho administrativo. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 155-171.
- Salinas Bruzzone, C. (2019). *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado*. Thomson Reuters.
- Schmidt-Aßmann, E. (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. En J. Barnes (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (2ª ed.). Global Law Press.
- Schmidt-Aßmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.
- Scholz, J. T. (1984). Voluntary compliance and regulatory enforcement. *Law & Policy*, 6(4), 385-404.

- Soto Delgado, P. (2017). Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. En A. Aguilera (Ed) y R. Figueroa (Dir.), *Anuario de Derecho Público 2017* (pp. 287-332). UDP.
- Soto Delgado, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. En *Ius et Praxis*, Año 22 (2), 189-226.
- Soto Kloss, E. (2014). Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración. En J. Arancibia y P. Alarcón (coords.), *Sanciones administrativas* (pp. 39-54). Thomson Reuters.
- Soto Kloss, E. (2005). La potestad sancionadora de la Administración, ¿Se adecua a la Constitución? En VV.AA. *Sanciones administrativas y derechos fundamentales* (pp. 29-49). Universidad Santo Tomás.
- Stone, D. (2012). *Policy Paradox* (3ª ed). W.W. Norton & Company.
- Shavell, S. (2000). El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión. En A. Roemer (comp.), *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 437-469). Fondo de Cultura Económica.
- Suay Rincón, J. (1992). Sanciones. En J. A. Santamaria y L. Parejo [Dirs.], *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (pp. 198-232). Centro de Estudios Ramón Areces.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Vergara Blanco, A. (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* (2), 137-147.
- von Wright, Georg Henrik (1970). *Norma y acción*. Tecnos.
- Weinberger, O. (1992). The conditio humana and the ideal of justice. En N. Maccormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law* (pp. 2017-222). Reidel.

### Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Rol 394-2019, de 15 enero 2019.
- Tribunal Constitucional. Rol 4012-17, 18 enero 2018.
- Tribunal Constitucional. Rol 2922-15, 29 septiembre 2016.



# Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica

Treated served water contained in sanitary  
installation: it's legal nature

Alejandro Vergara Blanco\*

Análisis de la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias. Primero, revisa la temática en las leyes, jurisprudencia y doctrina; además, muestra la cambiante praxis administrativa. Luego, ofrece un desarrollo dogmático sobre la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas, analizando las diversas fases de la actividad sanitaria y los vínculos jurídicos de las empresas sanitarias con sus instalaciones y los volúmenes de agua que escurren en ellas. Analiza en fin la vigente regulación que le asigna la condición jurídica de derrame a las aguas servidas tratadas abandonadas.

**Palabras clave:** Aguas servidas tratadas, Aguas residuales, Servicios sanitarios, Derrames de aguas (sanitarias), Tarifas sanitarias (tratamiento de aguas servidas y su reuso).

Analysis of the legal nature of the treated sewage contained in sanitary facilities. First, it reviews the subject matter in the laws, jurisprudence and doctrine; furthermore, it shows the changing administrative praxis. Then, it offers a dogmatic development on the legal nature of treated sewage, analyzing the various phases of sanitation activity and the legal links of sanitation companies with their facilities and the volumes of water that drain into them. Finally, it analyzes the current regulation that assigns the legal status of spillage to abandoned treated sewage.

**Keywords:** Treated sewage, Wastewater, Sanitation services, Water spills (sanitary), Sanitary rates (sewage treatment and its reuse).

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago de Chile. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl.

Artículo recibido el 25 de septiembre de 2020 y aceptado el 18 de diciembre de 2020.

## Introducción

### 1. Crónica de las aguas servidas: de negras y grises a tratadas

Las aguas servidas o residuales (antes de ser tratadas) son la combinación de uno o más de los siguientes componentes: efluentes domésticos, que incluyen aguas negras y grises; de establecimientos comerciales e instituciones; efluentes industriales, aguas lluvia y otras escorrentías urbanas; y escorrentías agrícolas, hortícolas y acuícolas. Si bien durante mucho tiempo estas aguas fueron consideradas un producto inutilizable y que por tanto no generaban mayor interés, desde hace algunos años las posibilidades de uso de este recurso, unido a la creciente necesidad de aumentar o gestionar mejor la oferta hídrica, han puesto a las aguas servidas en el tapete de la discusión en varios países<sup>1</sup>.

Desde que se construyeron las primeras redes de alcantarillado en el país, las empresas sanitarias comenzaron a recolectar las aguas servidas provenientes de viviendas, industrias y otros establecimientos, y hasta hace pocos años era una conducta tolerada que tales aguas servidas fuesen vertidas directamente al mar o a fuentes hídricas naturales, confundiendo las aguas servidas con las preexistentes en esos destinos. Ello hizo que el caudal de tales fuentes naturales se incrementara y que diversos particulares ubicados bajo el punto de descarga de las aguas servidas las usaran, complementando así los volúmenes asociados al ejercicio de sus respectivos derechos de aprovechamiento de aguas. Ahora bien, con el tiempo esta situación cambió pues, particularmente a partir del año 2000, la sofisticación e implementación de sistemas de tratamiento de aguas servidas más efectivos, a raíz de las exigencias ambientales, llevaron a las concesionarias sanitarias a tratar mayores volúmenes de aguas servidas y consecuentemente a dar otros usos a las mismas, reduciendo así los volúmenes de aguas servidas que previamente se vertían en los cauces<sup>2</sup>.

Pero hoy en día, según el último reporte del órgano administrativo sectorial, la cobertura de tratamiento de aguas servidas (respecto de la población conectada al alcantarillado, en territorios urbanos y concesionados) llega a la impresionante cifra del 99,98%; esto es, casi la totalidad de las aguas servidas son tratadas<sup>3</sup>.

Paro, existen diversos reportes indican que las aguas servidas tratadas constituyen una fuente complementaria de agua que no ha sido empleada con la masividad que debiera en nuestro país<sup>4</sup>, especialmente dada su po-

<sup>1</sup> Cfr.: WWAP (PROGRAMA MUNDIAL DE EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE LAS NACIONES UNIDAS) 2017, 17.

<sup>2</sup> Véase también la constatación en: DÍAZ DE VALDÉS 2015, 52-53; LARRAÍN 2015, 125-126; PERALTA 2015, 163-164 y PERALTA 2020, 109-122.

<sup>3</sup> Véase SISS 2020 [*Informe de Gestión del sector sanitario 2019*], 31. Ofrece igualmente un gráfico de la evolución de la cobertura urbana de tratamiento de aguas servidas: desde el 86,90% en 2010 al 99,98 % en 2028 y 2019. Igualmente, en página 33 ofrece un gráfico que posiciona a Chile en el primer lugar de cobertura en tratamiento de aguas servidas urbanas, a nivel mundial.

<sup>4</sup> Véase INECON 2010 y DIAGUA 2019.

tencialidad de complementar y mejorar la oferta hídrica. A las dificultades propias de su puesta a punto desde el punto de vista de su depuración, cabe agregar en nuestro país la ausencia de una regulación específica y de un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Este trabajo tiene por objetivo aportar en ese sentido: revisar el estado de la cuestión en la legislación, jurisprudencia y doctrina; también observar la praxis administrativa, esto es, de los órganos administrativos sectoriales. Sin perjuicio de ofrecer un desarrollo u opinión concreta sobre la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas.

## 2. Aguas servidas tratadas como nuevos recursos de aguas

Las aguas servidas una vez tratadas constituyen (o, mejor, podrían constituir) una relevante fuente complementaria de aguas; pero como se dice más arriba ha sido escasamente empleada en la práctica<sup>5</sup>. Esto último es la lamentable realidad a nivel mundial pues, salvo los países desarrollados, una proporción mayoritaria de las aguas residuales se vierten al ambiente sin un tratamiento apropiado, generando daños en la salud humana, actividades económicas, calidad del agua y en los ecosistemas<sup>6</sup>. Sin embargo, se está denotando un cambio de paradigma en la gestión de aguas residuales, ya que hoy se acepta de modo generalizado que las aguas servidas tratadas constituyen una fuente potencialmente asequible y sostenible no solo de agua sino también de energía, nutrientes, materia orgánica y otros subproductos<sup>7</sup>.

De acuerdo con informes internacionales especializados en este campo, uno de los principales elementos para la implementación de esta fuente complementaria de aguas es contar con marcos jurídicos y regulatorios apropiados, que propicien una institucionalidad en que la autoridad sectorial tenga conocimientos técnicos y de gestión, sea autónoma y esté dotada de potestades para implementar normas y lineamientos idóneos. Asimismo, se debe promover la transparencia, disponibilidad de información y un enfoque flexible y progresivo<sup>8</sup>. En Chile no hay una normativa que fomente y consagre estándares para la implementación del reúso de aguas residuales tratadas, lo cual ha llevado a que surjan diversas interpretaciones por parte de los involucrados, particularmente en torno a la titularidad de aguas residuales tratadas<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> LARRAÍN 2015, 126. En similar sentido, precisando que debe incentivarse el reúso de aguas servidas tratadas, ver BALLIVIAN 2018, 19-20.

<sup>6</sup> En efecto, los países de ingresos altos tratan alrededor del 70% de las aguas residuales generadas; proporción que cae a un 38% en aquellos de ingresos medio-altos, a un 28% en los de ingresos medio-bajos y al 8% en los de ingresos bajos. Consolidando esos datos puede concluirse que, en total, el 80% de las aguas residuales vuelven al medio ambiente sin un tratamiento apropiado. Cfr.: WWAP (PROGRAMA MUNDIAL DE EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE LAS NACIONES UNIDAS) 2017, 9.

<sup>7</sup> WWAP, 1 y 17. En similar línea, ver también, en un estudio de su potencialidad en Chile, FUNDACIÓN CHILE 2016, 20-23.

<sup>8</sup> WWAP, 6. En una orientación similar, para el caso de Chile, y añadiendo la importancia de incorporar tecnologías de tratamiento avanzado, ver FUNDACIÓN CHILE 2016, 35, y 2018, 24-25.

<sup>9</sup> FUNDACIÓN CHILE 2016, 36-37, y 2018, 24-25 y 38-39.

### 3. El actual conflicto sobre las aguas servidas tratadas

Desde que el tratamiento de las aguas servidas se hizo más generalizado y masivo en nuestro país las empresas sanitarias vieron la posibilidad de *re-utilizar* dichas aguas, producto de lo cual disminuyó el volumen de aguas servidas que antes eran vertidas en cauces naturales o artificiales. Como consecuencia de ello, quienes hacían uso de esas aguas antes vertidas por las empresas sanitarias (especialmente, agricultores), comenzaron a cuestionar la legitimidad de la disposición (en sentido jurídico y material) de tales aguas servidas una vez tratadas pues, a su juicio, las concesionarias sanitarias estaban obligadas a verter las aguas servidas una vez tratadas al cauce respectivo, entre otras razones porque, a su entender, esos usuarios dispondrían de derechos a aprovechar tales aguas. De lo anterior se deriva que, en algunos casos, el uso de tales aguas ha desatado conflictos entre empresas sanitarias y agricultores (dado que estos últimos habrían sido, en algunos ríos, los tradicionales usuarios de las aguas servidas *no* tratadas).

El conflicto se ha producido entonces por el *reúso* de esas aguas servidas que ahora son tratadas. El debate jurídico se ha centrado en los dos siguientes aspectos: *i)* en discutir la posibilidad de que las concesionarias sanitarias puedan disponer (en sentido amplio del término) de dichas aguas servidas una vez tratadas, esto es, reusándolas en los fines que estimen pertinentes, ya sea cediéndolas a terceros para que ellos las utilicen en diversas actividades (industriales, mineras, agrícolas, entre otros); y, *ii)* en la supuesta obligación de tales concesionarias de restituir al cauce natural correspondiente las aguas sobrantes del proceso sanitario, una vez tratadas, dado que los usuarios (agricultores usualmente), ubicados aguas abajo del punto de descarga, sostienen tener el derecho a emplearlas, producto de una antigua práctica consistente en utilizar tales aguas residuales (que antes no eran tratadas, pero que ahora lo son) como un *derrame*. En ambos casos está en entredicho *la propiedad* de los volúmenes de aguas una vez tratadas: ¿son de propiedad de la empresa sanitaria que ha tratado esas aguas servidas?

Existe un tercer actor, o grupo de actores, usualmente silenciosos, en esta materia y que no siempre son recordados: es el caso de los usuarios finales de las zonas de concesión sanitaria en las que se tratan las aguas servidas; al respecto cabe recordar que: *i)* ellos son quienes consumen las aguas, primero distribuidas como *potables*, y luego recolectadas como *servidas*; *ii)* además, esos usuarios son quienes, en definitiva, por medio de las tarifas, financian el tratamiento de las aguas servidas que, una vez tratadas, las concesionarias sanitarias pueden disponer.

### 4. Praxis administrativa, jurisprudencia y doctrina

El descrito arriba es el *factum* y cabe contrastarlo tanto con la *praxis* administrativa y jurisprudencial como con la regulación y doctrina. Si bien el organismo administrativo sectorial ha emitido pronunciamientos en la materia, se evidencian cambios de criterio. El último caso judicial resuelto por la Corte Suprema se suscitó en 2011, precisamente como consecuencia de un acto

emitido por la autoridad sectorial: de ahí la relevancia que le doy en este trabajo a esa *praxis* administrativa. Lo anterior, unido a un panorama legal escueto sobre este asunto, ha contribuido seguramente a frenar el auge de la utilización de aguas residuales en nuestro país, lo que debiese ser motivo de preocupación legislativa, pues la ausencia de reglas explícitas o sistemáticas fomenta esta perplejidad.

Este trabajo contiene un estado de la cuestión desde la perspectiva jurídica a través de dos apartados principales: primero, reviso la temática en las fuentes más tradicionales de derecho y en la *praxis* administrativa; en seguida, realizo un desarrollo dogmático, basado en las respuestas regulatorias, lo que me permite ofrecer un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas.

### Primera Parte:

#### Aguas servidas tratadas ante las fuentes del derecho y la *praxis* administrativa

Observo primero la materia desde la perspectiva de tres fuentes del derecho: ley, jurisprudencia y doctrina. Agregó además una crónica de la *praxis* administrativa.

##### I. Escuetas bases legales conexas con las aguas servidas tratadas

No existe en la legislación vigente una regulación especial sobre la reutilización o reuso de las aguas servidas *tratadas*. De ahí que cabe observar las regulaciones más genéricas sobre las aguas que escurren por las instalaciones sanitarias (entre esas, las *servidas* y las *servidas tratadas*). Si bien existen normas del DFL N° 382 de 1982, *Ley general de servicios sanitarios* (en adelante, LGSS) relativas a las instalaciones sanitarias (que analizo en la segunda parte de este trabajo), por su conexión con las aguas servidas tratadas, cabe revisar desde ya algunas reglas atinentes: una, sobre el abandono de las aguas servidas; otra, sobre las tarifas asociadas a la disposición o venta de las aguas servidas; y, en fin, la protección penal de tales aguas.

##### 1. *Las aguas servidas abandonadas como derrames*

Una de las claves del sistema legal vigente en la materia es el art. 61 LGSS que prescribe:

Para los efectos de lo dispuesto en el Título V del Código de Aguas, entiéndase que los prestadores de servicios sanitarios abandonan las aguas servidas cuando estas se evacúan en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce natural o artificial, salvo que exista derecho para conducir dichas aguas por tales cauces, redes o instalaciones<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Esta disposición fue introducida a la LGSS por el art. 26 letra b) de la Ley N° 18.902, de 1990, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. En algunos textos refundidos de la LGSS

Existe, como se ve, un reenvío a la figura de los derrames, regulados en el Código de Aguas (en adelante, CA), lo que reviso en la segunda parte de este trabajo. Ahora bien, no obstante que este precepto legal constituye un claro reconocimiento de esta propiedad y facultad de disposición de las aguas servidas tratadas por parte de las empresas sanitarias, han surgido controversias, que también reviso más adelante.

## 2. *Las aguas servidas tratadas en la tarificación sanitaria*

La regulación tarifaria relativa a los denominados “servicios relacionados o no regulados” contiene un relevante antecedente normativo, el que permite una mejor determinación de la naturaleza jurídica de los derechos de los concesionarios sanitarios respecto a las aguas servidas tratadas que se encuentran en sus instalaciones. Si bien, en principio, pareciera que las concesionarias sanitarias deben tener como único objeto la producción y distribución de agua potable o la recolección y disposición de aguas servidas, la ley las autoriza expresamente para puedan realizar otras “prestaciones relacionadas con dichas actividades” (como señala el art. 8 inc. 2° LGSS). Tales *servicios relacionados (o no regulados, como también se los califica)* son, entonces, aquellos distintos a la actividad principal y central de las empresas sanitarias, a saber: la producción y distribución de agua potable; o recolección y disposición de aguas servidas (según la enumeración taxativa del art. 5 LGSS). Son servicios relacionados o no regulados, por ejemplo: la venta de agua potable a granel o cruda a clientes no regulados; la venta de servicios de tratamiento de riles; la venta de asesoría técnica y de mantención en materia de agua potable rural; la venta de servicios de laboratorio; y, precisamente, *la venta de aguas servidas tratadas*. Todos estos servicios se realizan habitualmente por las concesionarias sanitarias al amparo del citado art. 8 inc. 2° LGSS<sup>11</sup>.

Respecto a estas prestaciones relacionadas, conforme a lo que se determine en el estudio tarifario definitivo que elabora la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) para cada empresa sanitaria y a lo que se consigne en el decreto tarifario respectivo, se consagra una fórmula de descuento a los clientes o usuarios de los servicios sanitarios. Así el art. 8 inc. 2° del DFL N° 70, de 1988, que contiene la *Ley de tarifas de servicios sanitarios (LTSS)*, se refiere a tales *servicios no regulados*, disponiendo:

Sin perjuicio de lo anterior si por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, estos permitieran también satisfacer, total o parcialmente,

---

[y en el sitio [www.bcn.cl/leychile](http://www.bcn.cl/leychile), hasta el 10 de diciembre de 2020] se incluye erróneamente la expresión “normal” en lugar de “natural” (decía: “cauce normal o artificial” en lugar de “cauce natural o artificial”). Dicho sitio [www.bcn.cl/leychile](http://www.bcn.cl/leychile), en todo caso, siempre ofreció la expresión correcta en el art. 26 letra b) de la Ley N° 18.902, de 1990, la que así aparece en el Diario Oficial en que se publicó esta última ley, de 27 de enero de 1990. Algunos oficios y textos ofrecen igualmente de modo erróneo este texto.

<sup>11</sup> Cuyo texto es el siguiente: “[T]endrán como único objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos indicados en el artículo 5° de esta ley, y demás prestaciones relacionadas con dichas actividades”.

demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador, se deberá considerar solo una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determinará en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados.

En otras palabras, si bien el caso de la *venta de aguas servidas tratadas* no constituye un servicio regulado (como los cuatro servicios enumerados taxativamente en el art. 5 LGSS) se trata, según la ley, de un servicio que pueden prestar las concesionarias legítimamente; a tal tipo de servicios se los califica como *no regulados* y son reconocidos en las reglas tarifarias. Más adelante me refiero a la praxis administrativa sobre la condición tarifaria de esta venta de aguas servidas tratadas, y a la natural conclusión que cabe derivar de ello: si es posible vender tales volúmenes de aguas es porque la concesionaria sanitaria es propietaria de ellos.

### 3. *Protección penal de las aguas que escurren en las instalaciones sanitarias, como propiedad privada*

La ley penal reafirma la propiedad que se tiene sobre los volúmenes de agua que se extraen desde la fuente natural y que se conducen dentro de la infraestructura que comprende el sistema sanitario; en efecto, el art. 459 N° 1 del Código Penal tipifica el delito de *“usurpación de aguas”* entre los delitos contenidos en su Título IX, *Crímenes y simples delitos contra la propiedad*. Una de las hipótesis de usurpación de agua contenidas en esa norma es la apropiación de aguas ajenas. Dice el art. 459 N° 1 del Código Penal:

Sufrirán penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:

1. Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; (...); de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de estas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.

El tipo penal se refiere expresamente a la extracción de aguas *“ajenas”* desde obras que integran la infraestructura del ciclo sanitario, protegiendo así al dueño de los volúmenes de aguas. Este tipo penal es coherente con la consideración de tales volúmenes de agua como de propiedad del dueño de las instalaciones que las contienen, pues el uso privativo de estos volúmenes de agua corresponde a su dueño, y cualquiera otro que ejecute actos tendientes a apropiarse de esos volúmenes sufrirá las penas que indica la ley.

Este tipo penal es una indudable manifestación de la propiedad sobre las aguas que se conducen por las infraestructuras de aguas, y entre ellas la sanitaria; si no hubiera propiedad sobre esas aguas, el Código Penal no habría tipificado este delito precisamente entre aquéllos contra la propiedad (contra *“derechos ajenos”*).

## II. Jurisprudencia sobre la naturaleza de las aguas servidas tratadas

La temática de la titularidad y naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas ha originado alguna conflictividad, específicamente entre empresas sanitarias y quienes aducen ser titulares de una suerte de derechos de aprovechamiento sobre las aguas servidas; se argumenta que tales empresas sanitarias tendrían la obligación de evacuar las aguas servidas a la fuente natural en que tradicionalmente se han evacuado (lo que impediría su venta a terceros que paguen por tales aguas servidas tratadas). Solo existen tres pronunciamientos de la Corte Suprema, en casos de 1996, 1998 y 2011, los que reviso. Algunos de estos casos no suelen incorporarse en los análisis, seguramente por no aparecer en las bases de datos jurisprudenciales; de ahí la relevancia de revisarlos con algún detalle y así rescatarlos y ponerlos nuevamente a la luz.

### 1. Caso Salas con Essan (1996)<sup>12</sup>

El caso surge a partir de un llamado a licitación pública internacional efectuado por Essan S.A. para disponer de las aguas servidas de la ciudad de Calama. Frente a ello, un particular interpuso un recurso de protección, argumentando ser dueño de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas superficiales de la Quebrada de Quetena, proveniente de las aguas servidas de la ciudad de Calama, el cual habría sido constituido por la DGA y estaría inscrito a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces de Calama. Por su parte, Essan S.A argumentó que su objeto social es producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer de aguas servidas. Para ello es titular de diversos derechos de aprovechamiento. Añade que las aguas servidas de la ciudad de Calama constituyen derrames, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61 LGSS, por lo que les son aplicables los artículos del Código de Aguas que se refieren a estos, lo que lleva a cuestionar la legitimidad del supuesto derecho de aprovechamiento del recurrente. Este recurso de protección fue acogido, dejando sin efecto la referida licitación internacional, por las siguientes consideraciones:

- i) Señala la Corte que el recurrente es titular de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas de la Quebrada de Quetena, el que se encuentra inscrito y vigente; y que las pretensiones de Essan S.A. constituyen una grave perturbación o amenaza a dicho derecho, protegido en el art. 19 N° 24 inciso final Constitución. Todo cuestionamiento a la legitimidad del título de este derecho debe ser objeto de un juicio de lato conocimiento.

<sup>12</sup> Título resumido del caso *Salas Montes, Patricio con Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.* (1996): Corte Suprema Rol 191-96; confirma sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 9943-95. La sentencia de la Corte de Apelaciones está publicada en: C. Antofagasta, 26 diciembre 1995, R., vol. VII. La sentencia de la CS está publicada en: C. Suprema, 26 marzo 1996, R., vol. VII. También fueron publicadas en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1996), 1, pp.107-120.

ii) Agrega que el art. 61 LGSS no puede significar un derecho de aprovechamiento, y pese a que el suministro de agua potable es un servicio público, ESSAN S.A. no puede actuar arbitrariamente y en contra de derecho inscrito.

iii) Señala, en fin, que a través del citado art. 61 LGSS solo puede entenderse en qué momento ocurre el abandono de las aguas servidas tratadas por parte de las empresas sanitarias, esto es, cuando las evacúan en las redes o instalaciones de otro prestador o si se confunden con las aguas de cauce natural o artificial.

La Corte Suprema se limitó a confirmar dicha sentencia, sin incorporar nuevos fundamentos a su decisión.

## 2. Caso Salas con MOP (1998)<sup>13</sup>

Como continuación del caso anterior, en febrero de 1997 se presentó en la Corte de Apelaciones de Santiago un nuevo recurso de protección por parte de Salas Montes, ahora en contra del Ministerio de Obras Públicas, sosteniendo que se habrían visto afectados sus derechos con la dictación del Decreto Supremo N° 1.096, de 30 de diciembre de 1996, que declaró formalizadas las concesiones sanitarias de Essan S.A. Este recurso fue rechazado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de septiembre de 1997, fallo que fue posteriormente confirmado por la Corte Suprema con fecha 12 de febrero de 1998. Dicha sentencia analiza la cuestión de la titularidad de las aguas servidas<sup>14</sup>. Luego, en sus considerandos 14°, 15° y 16°, se expone sobre aspectos generales de las concesiones sanitarias, para luego examinar en detalle “la cuestión de la titularidad de las aguas que escurren en las instalaciones de los concesionarios sanitarios” (consid.15°, *ab initio*), distinguiendo las situaciones que se dan durante la producción y distribución de agua potable; durante el consumo particular; durante la recolección de aguas servidas; y, en fin, “después de la recolección” (consid.15°, e), concluyendo que:

Quando la concesionaria abandona voluntariamente dichas aguas, estas pasan a constituir un derrame, situación jurídica que se encuentra

<sup>13</sup> Título resumido del caso *Salas Montes, Patricio con Ministerio de Obras Públicas* (1998): Corte Suprema, Rol 3464-97, que confirma sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 832-97.

<sup>14</sup> Así, en su considerando 13 anuncia dicho análisis de fondo:

Que, como ya se ha dicho, el actor conduce la hipótesis de que la ausencia de verificación de la condición de dueña de los derechos de agua de la empresa sanitaria solicitante fue lo que permitió que, mediante el Decreto Supremo recurrido, se vulneraran los derechos de aprovechamiento de aguas del recurrente, que le habrían sido otorgados válidamente por una resolución de la Dirección General de Aguas y que se encontraban reconocidos e inscritos. Ello da mérito para detenerse en este punto con el fin de efectuar un análisis global de esta materia, y examinar la cuestión de la titularidad de las aguas que escurren en las instalaciones de los concesionarios sanitarios, con el propósito de delimitar someramente la pertenencia de los derechos de aprovechamiento de las aguas provenientes de las aguas servidas de la ciudad de Calama, respecto de los cuales discrepan los contendientes.

regulada en los artículos 43 a 45 del Código de Aguas y 61 del DFL 382 (consid.15, *in fine*)<sup>15</sup>.

Todo lo cual lleva a los sentenciadores a concluir:

Que en virtud de las reflexiones que preceden no resulta apropiado, por ser un hecho en disputa, aceptar sin mayor discusión la tesis del actor sobre la inexistencia de derechos de la empresa concesionaria Essan S.A. sobre las aguas servidas provenientes de la ciudad de Calama (consid. 17°).

Fluye de esta sentencia que:

i) el concesionario sanitario que desee reutilizar las aguas servidas que escurren por sus instalaciones en otro sitio, podría conducir esas aguas a través de un cauce natural o artificial ajeno, para lo cual solamente necesitaría de un permiso de utilización del cauce natural (consid. 16°, párr. 2°);

ii) la producción de estos derrames no es obligatoria o permanente y el uso por terceros de los derrames no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce, pues son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción (consid. 16°, párr. 3°); y,

iii) para obligar al titular de las aguas de derrame a producir un derrame, el interesado en utilizar esas aguas solo puede hacerlo mediante un título convencional (consid. 16°, párr. 3° *in fine*).

### 3. *Caso Junta de Vigilancia con Superintendencia (2011)*<sup>16</sup>

Este caso se origina en una demanda interpuesta en contra de la SISS por diversas organizaciones de usuarios de aguas de la última sección del río Mapocho. Además, intervinieron como terceros coadyuvantes: de la demandante, la Confederación de Canalistas de Chile y, de la demandada, Aguas Andi-

<sup>15</sup> La Corte, en su considerando 14, dice expresamente seguir el trabajo de doctrina de VERGARA 1996, cuya influencia es notoria en su texto. Así, señala en su considerando 16 lo siguiente:

Que, en cuanto a este último punto [esto es, el derrame], cabe considerar que el concesionario mantiene la disposición de las aguas servidas y la propiedad de ellas y solo deja de tenerlas cuando abandona las aguas servidas al evacuarlas en redes o instalaciones de otro prestador o cuando ellas se confunden con las aguas de cauce natural o artificial (artículos 61 del DFL N° 382 y 43 del Código de Aguas). / De esta situación se deriva, entonces, que si el concesionario sanitario quiere reutilizar esas aguas servidas en otro sitio, podría conducir esas aguas a través de un cauce natural o artificial ajeno, para lo cual solamente necesitaría de un permiso de utilización del cauce natural. / Como la producción de estos derrames no es obligatoria ni permanente (artículo 45 del Código de Aguas) y el uso por terceros de los derrames no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce, pues son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción (artículo 54 del Código de Aguas), para obligar al titular de las aguas de derrame a producir un derrame, el interesado en utilizar esas aguas solo puede hacerlo mediante un título convencional (artículos 46 y 55 inc. 1° del Código de Aguas).

<sup>16</sup> Título resumido del caso: *Junta de Vigilancia de la Última Sección del Río Mapocho y otros con Superintendencia de Servicios Sanitarios*: Sentencias de 2004, 2008 y 2011: i) 29 Juzgado Civil de Santiago Rol 994-2003; ii) Corte de Apelaciones de Santiago Rol 9556-2004; y, iii) Corte Suprema Rol 1419-2009.

nas S.A.; dato que vale la pena consignar pues es indicativo de las posiciones de los actores en conflicto. Lo que se solicitaba en la demanda era:

i) que se declarara la nulidad de las instrucciones contenidas en los Ordinarios de la SISS, N<sup>os</sup> 1422, de 1995; 587, de 1996; 767, de 1999; y 196, de 2002; pues en ellos la SISS señaló que el concesionario de recolección y disposición se hace dueño de las aguas servidas que recolecta y trata mientras no las abandone en alguna de las formas establecidas en el art. 61 LGSS;

ii) que se declarara que la SISS debía interpretar y aplicar dicho artículo en el sentido que la LGSS no confiere dominio sobre las aguas servidas a los prestadores sanitarios de recolección y disposición de ellas.

Al contestar la demanda, la SISS señala que los oficios impugnados constituyen un mero parecer de la autoridad que no vincula en modo alguno a quienes hicieron las consultas que los originaron, y que no concede o extingue derechos de ninguna especie. Añade que ella no ha dictado instrucciones que faculten a las empresas sanitarias para disponer de las aguas servidas tratadas, como tampoco ha asignado propiedad o facultado su comercialización.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda en cuanto a declarar nulas las instrucciones contenidas en los oficios citados, ya que esa interpretación tenía un alcance que puede ser considerado como generador de una situación jurídica nueva. Sin embargo, la demanda fue rechazada en cuanto a la otra pretensión, esgrimiendo que el problema del dominio de las aguas depuradas no era abordable en ese juicio, ya que tal dominio solo puede entregarse a una persona de conformidad a los procedimientos, requisitos y solemnidades previstos en la ley. En contra de esta sentencia se dedujo recurso de apelación, cuyo fallo la revocó en cuanto acogió la demanda en el aspecto señalado y la confirmó en lo demás. Este fallo fue objeto, a su vez, de recursos de casación en la forma y en el fondo, los que fueron rechazados por la Corte Suprema. Lo pretendido por los demandantes era que los sentenciadores determinaren el verdadero sentido y alcance de algunas normas legales, específicamente del art. 61 LGSS, lo cual fue denegado por considerarse contrario a la naturaleza de la función judicial, correspondiendo que sea otro Poder del Estado el que interprete de modo general las normas que permitan establecer el dominio de las aguas servidas tratadas.

De ese modo, en este caso la jurisprudencia no emitió pronunciamiento de fondo sobre el asunto, esto es, sobre la naturaleza de las aguas servidas tratadas.

### III. Las aguas servidas tratadas ante la doctrina

Existen algunas publicaciones sobre la materia en nuestro medio. La posición jurídica casi unánime en dichas publicaciones considera que los volúmenes de aguas servidas tratadas constituyen una propiedad de las concesionarias sanitarias que trataron dichas aguas. Salvo un trabajo reciente, de un abogado y actual funcionario de la SISS, del que doy noticia más adelante, que esgrime ahora una posición discrepante.

La mayoría de los autores que se han referido a la naturaleza de la aguas servidas tratadas lo han hecho en el sentido de sostener las siguientes ideas principales: que los concesionarios de servicios sanitarios son propietarios de las aguas servidas tratadas que se contienen en sus instalaciones; que pueden disponer de ellas, por ejemplo, para su reuso por parte de terceros; que no tienen obligación de restituirlas a una fuente natural; y que esa relación de dominio solo cambia cuando deciden voluntariamente abandonarlas en otro lugar, a partir de lo cual tienen la categoría jurídica de un "derrame", regulado en el Código de Aguas<sup>17</sup>. No ha habido propiamente una discusión doctrinaria al respecto, pues los autores son coincidentes en las conclusiones (con la salvedad de una reciente publicación que se cita *infra*) y la atención principal ha estado centrada en reafirmar la propiedad de los concesionarios sanitarios sobre los volúmenes de aguas que escurren en sus instalaciones. La sostenida posición uniforme observada en la doctrina, entonces, es que las aguas extraídas de la fuente natural y que escurren por sus instalaciones son de propiedad privada de la empresa sanitaria. Así:

a) En los trabajos doctrinales específicos sobre el tema de las aguas servidas, los autores coinciden en la conclusión, aunque en algunos casos difieren de los fundamentos para llegar a ella:

i) por una parte, se considera que la captación y descarga de tales volúmenes de aguas en las instalaciones sanitarias es un elemento definitorio. En efecto, una vez que la empresa sanitaria extrae o capta el agua desde la fuente natural, en virtud de un derecho de aprovechamiento legítimamente constituido o reconocido, y mientras tal agua se encuentre dentro de las instalaciones de dicha empresa -canalizaciones artificiales- se está frente a un bien de carácter privado, perteneciente a la empresa sanitaria correspondiente<sup>18</sup>. Se agrega que "...en cuanto al vínculo jurídico del concesionario sanitario con esas aguas, debe quedar claro lo siguiente: mientras ellas permanecen en sus instalaciones sanitarias, la posesión, titularidad y dominio de las aguas corresponde a la empresa sanitaria que es propietaria de tales instalaciones. Por lo tanto, la concesionaria puede asumir cualquier actitud de un propietario con estas aguas: consumirlas ella misma, con o sin tratamiento previo, o simplemente abandonarlas." De ahí que bajo este predicamento, la regla sobre los derrames sanitarios contenida en el art. 61 LGSS es coherente con lo anterior<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sobre ello, pueden verse, por ejemplo, VERGARA 1995, 1996 y 1998; AYLWIN 1995; JAEGER 2003; DÍAZ DE VALDÉS 2015; LARRAÍN 2015; y BALLIVIAN 2018. Existen, igualmente, informes en derecho, de diversos especialistas, acompañados a los expedientes de las causas citadas antes, que no se citan aquí.

<sup>18</sup> Véase VERGARA 1996, 36-39.

<sup>19</sup> VERGARA 1998, 444-469. Así también AYLWIN 1995, 166.

ii) Por otra parte, otros autores ligan la propiedad de los concesionarios sobre los volúmenes de aguas tratadas como una “extensión” de sus derechos de aprovechamiento de aguas<sup>20</sup>. Ese sería el elemento definitorio.

b) A la misma conclusión global (de que esos volúmenes de aguas son de propiedad de los concesionarios, como titulares de derechos de aprovechamiento de aguas) cabe llegar a partir de los desarrollos de autores de doctrina de derecho de aguas. En efecto, un relevante autor de la disciplina de derecho de aguas afirmaba en 1995 que cuando las aguas son extraídas del cauce natural e ingresan a un canal particular, para su uso excluyente, pierden la calidad de bien público y pasan a constituir un bien económico<sup>21</sup>. Agregando que al constituirse y ejercerse el derecho de aprovechamiento sobre tales aguas opera la “desafectación” del agua de su original carácter de bien público<sup>22</sup>. Como puede apreciarse, fluye de esta posición que los titulares de derechos de aguas (como es el caso de las concesionarias sanitarias) se hacen dueños de las aguas que escurren por sus instalaciones, a partir del momento en que, ejerciendo su derecho de aprovechamiento, las extrae de su fuente natural de origen.

c) La tesis contraria, en que se niega la propiedad de las aguas servidas tratadas por las concesionarias, no ha sido objeto de ejercicios doctrinarios estrictos (salvo informes, escritos judiciales en los casos analizados y el trabajo que cito abajo).

d) Cabe consignar un reciente texto, de difícil clasificación, cuyo autor es un antiguo funcionario de la SISS, el que solo ahora se distancia de la doctrina mayoritaria descrita (citándola muy parcialmente) y muestra una opinión muy distinta a la que había manifestado anteriormente el órgano sectorial: la SISS<sup>23</sup>. Afirma ahora que “no parece encontrar cabida, por no existir un

<sup>20</sup> Así: JAEGER 2003, 472, para quien las concesionarias sanitarias están facultadas para consumir totalmente las aguas por el carácter de consuntivo de sus derechos; y, además, no estarían obligadas a devolver esas aguas a las fuentes naturales. Durante todo el proceso, las concesionarias pueden disponer de las aguas con plena libertad. También lo concluye así: DÍAZ DE VALDÉS 2015, 65.

<sup>21</sup> FIGUEROA 1995, 18-19.

<sup>22</sup> FIGUEROA 1992, 31-32 y FIGUEROA 1995, 26. Si perjuicio de que el concepto de desafectación que el autor usa aquí no es el sólito en la doctrina de bienes públicos; pero se entiende lo que desea concluir con ello: que las aguas son apropiadas por el titular del derecho de aprovechamiento una vez captadas.

<sup>23</sup> Se trata de PERALTA 2020. Este texto anuncia en su título referirse al “régimen de las aguas servidas tratadas”, pero sin perjuicio de contener diversos antecedentes sobre la materia, obtenidos de diversas fuentes, no ofrece el autor propiamente un análisis jurídico, con el método, exhaustividad, fundamentos y argumentaciones propios de un texto doctrinario. Se restringe a aportar informaciones generales (muchas de ellas bien útiles) y a realizar algunas afirmaciones sobre la materia discutida, que se transcriben más adelante, en nota, contenidas en las tres últimas páginas de su texto. Este autor en PERALTA 2015 informa que es “Fiscal de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, Superintendente Subrogante”; ahora en su texto de 2020 dice: “desde 1990 a 2017 Fiscal de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y actual abogado de la misma Fiscalía”, lo que es relevante consignar pues entonces es evidente que dicho autor, como importante funcionario, ha participado en las decisiones de la SISS sobre la materia, las que no han sido siempre consistentes, como se revisa más adelante, en Tablas 1 y 2. En efecto, si se ob-

precedente judicial o legal, la afirmación de que las empresas sanitarias son 'dueñas' del agua servida tratada"<sup>24</sup>, olvidando curiosamente el autor la sentencia del caso *Salas Montes con MOP* (1998), de la que damos noticia *supra* y que él mismo cita<sup>25</sup>. Realiza además afirmaciones de *lege ferenda*, ajenas a todo método jurídico y sin apego con la *lege data*, las que podrían ser de interés discutir, pero ello no es posible pues ese autor no consigna los fundamentos de sus afirmaciones, como es sólito en todo texto de doctrina<sup>26</sup>.

#### IV. Crónica de las aguas servidas tratadas en la *praxis* administrativa

Agrego una crónica de la *praxis* administrativa, la que si bien no es estrictamente una fuente del derecho, sí suele ser relevante en la modelación de las conductas de los *incumbentes*; esto es, las interpretaciones que sobre la materia han ofrecido los órganos administrativos con competencias en el ámbito administrativo de los servicios sanitarios y de las aguas<sup>27</sup>. Observo esa *praxis* administrativa tanto en lo relativo a la condición de derrames a que la ley sujeta a las aguas servidas tratadas, como a su tratamiento tarifario.

##### 1. *La cambiante posición del órgano administrativo sectorial*

La SISS es el organismo ordenador del servicio público de agua potable y saneamiento prestado por empresas sanitarias que disponen de una concesión para ello. El asunto de las aguas servidas tratadas ha sido objeto de análisis y labores interpretativas en tal sede, observándose claramente dos etapas en su postura (la que ha sido cambiante, sin que entre medio haya habido un cambio legislativo o regulatorio sobre la materia): i) una primera fase,

---

serva el oficio ord. N° 3508, de 2008 (que junto al pie de firma tiene las siglas DPA [David Peralta Anabalón]), sostiene enfáticamente que las aguas servidas son de titularidad de las concesionarias sanitarias; luego en 2010, el oficio ord. N° 2725 (que tiene las mismas siglas DPA junto al pie de firma), de 2011, cambia de posición y dice que no cabe afirmar que las concesionarias son dueñas de esas aguas o que la SISS no puede declararlo así; pero ahora en 2020, en su trabajo PERALTA 2020 el mencionado Fiscal de la SISS radicaliza su segunda posición hasta llegar a decir que esa propiedad sería "inconstitucional".

<sup>24</sup> PERALTA 2020, 158.

<sup>25</sup> Vid. PERALTA 2020, 141.

<sup>26</sup> Afirma PERALTA 2020, que no caben en esta materia "fines puramente mercantiles, que no fueron confesados al constituir la concesión" (p.158); señala que "la supuesta condición de que el concesionario sea dueño del agua es incompatible con la Constitución y la ley" (p.159), afirmación insólita no solo por estar desnuda de fundamento (el autor no los aporta, fuera de la pura afirmación), sino por no haber sido dicha en ninguna ocasión anterior ni por él mismo ni por nadie en doctrina. Dicho autor se contradice con su trabajo de 2015, p.160, en que se refiere a las operaciones no reguladas (que es el caso de las ventas de aguas tratadas), en que señalaba que "permiten a los concesionarios hacer explotación de ellas", según una práctica tarifaria de la SISS que él conoce a la época como Fiscal de la SISS. Pero de un modo inusitado, ahora, lo considera "incompatible con la Constitución y la Ley". Cierra su texto de 2020 con la siguiente arenga: "cualquier beneficio que de ellas provenga [de las aguas servidas tratadas] debe servir para beneficiar a toda la comunidad" (p.159), lo que parece más propio de la arena política que de un análisis estricto de la regulación vigente.

<sup>27</sup> Contiene una crónica bien completa de esta *praxis*: DÍAZ DE VALDÉS 2015. Por su parte, PERALTA 2015 y 2020 solo ofrece referencias parciales.

que se mantuvo hasta junio de 2011; y ii) una segunda fase, iniciada en julio de 2011.

a) Primera fase: categórico reconocimiento por la SISS de un amplio derecho de propiedad y disposición de las empresas sanitarias sobre las aguas servidas. La SISS sostuvo durante muchos años que los concesionarios sanitarios tenían facultades de disposición amplias sobre las aguas servidas tratadas, cuestión que solo variaba cuando ellos decidían abandonar tales aguas, instante en que pasaban a constituir un derrame, en los términos regulados por el Código de Aguas. En este primer período, que se extendió hasta junio de 2011, la SISS afirmó de modo consistente y generalizado que los concesionarios sanitarios como propietarios de los volúmenes de aguas contenidos en sus instalaciones tenían absolutas facultades de disposición de las aguas servidas. Un resumen de sus argumentos se ofrece en la Tabla 1.

Tabla 1: Criterio de la SISS sobre aguas servidas tratadas hasta junio de 2011 (Extractos de oficios).

<p><b>Ordinarios SISS N° 1422, de 1995; N° 767, de 1999; N° 3508, de 2008; N° 3404, de 2010; y N° 2312, de 2011:</b> Las aguas servidas que los concesionarios sanitarios abandonan al final del proceso tienen la naturaleza jurídica de un derrame, por lo cual su producción es enteramente voluntaria, no existiendo caracteres de obligatoriedad ni permanencia que exigir a esa conducta. Implica una mera tolerancia, es precaria, no genera ningún derecho o posesión, no pudiendo adquirirlo el receptor del derrame ni siquiera por prescripción.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 1422, de 1995:</b> Aun cuando esta afirmación deriva de disposiciones que están fuera del ámbito competencial de la SISS, y no constituyendo, por ende, una interpretación legitimada por el artículo 4 c) de la Ley N° 18.902, tal aseveración resulta esencial para las actividades que este organismo debe fiscalizar.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 470, de 2001; N° 3404, de 2010; y N° 2312, de 2011:</b> El uso y descarga de aguas servidas que hace el usuario del servicio público a las instalaciones del concesionario sanitario, no transforma a dichas aguas en bienes nacionales de uso público. Mientras permanezcan en tales redes o instalaciones del concesionario, son de propiedad de este último.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 196, de 2002; N° 2179, de 2007; N° 3404, de 2010; y N° 2312, de 2011:</b> Se entiende que hay abandono de las aguas servidas por parte de este prestador sanitario cuando tales aguas se evacúan en las redes o instalaciones de otro prestador, o si se confunden con las de un cauce natural o artificial, salvo que haya derechos para conducir esas aguas por las referidas redes, instalaciones o cauces. Cuando ocurre la mencionada confusión, el concesionario sanitario pierde los derechos sobre las aguas tratadas evacuadas.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 1422, de 1995; y N° 3404, de 2010:</b> Ahora bien, no hay norma alguna que obligue a las empresas sanitarias a abandonar las aguas servidas; por lo tanto, todo derecho de aprovechamiento que pudo haberse otorgado por acto de autoridad sobre esas aguas es esencialmente precario, pues depende de la voluntad de dichas empresas.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 2312, de 2011:</b> En ese contexto, el concesionario sanitario puede decidir dónde verter las aguas servidas, de lo cual dependerá el tratamiento que deberá hacerse. No tiene sustento señalar que existe obligación de descargar las aguas, y, a mayor abundamiento, un derecho de aprovechamiento de los regantes sobre esas aguas servidas.</p>

**Ordinarios SISS N° 1543, de 2008; N° 2693, de 2008; N° 3508, de 2008; y N° 3404, de 2010:** Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que, de acuerdo a lo establecido en el respectivo decreto de concesión sanitaria, el concesionario sanitario de disposición debe descargar las aguas servidas tratadas en un cuerpo receptor determinado, debiendo identificarse el punto de descarga, para controlar que el tratamiento se efectúe cumpliendo los requisitos y normas correspondientes. Ahora bien, ello no implica comprometer la descarga de volúmenes predefinidos, por lo que parte de tales caudales pueden usarse para otros fines, debiendo obtenerse las autorizaciones sanitarias y ambientales procedentes. El punto de descarga es relevante para verificar el cumplimiento de la calidad de los servicios del concesionario sanitario, no originando ningún compromiso en relación a los usuarios ubicados bajo el punto de descarga en el cuerpo receptor.

**Ordinarios SISS N° 1422, de 1995:** El carácter de derrame de las aguas servidas abandonadas por los prestadores sanitarios no implica que dichos prestadores puedan definir libremente cómo utilizar las aguas, sino que deben hacerlo sujetándose a la normativa vigente. Esta exige diversas autorizaciones, de la SISS, del Servicio de Salud correspondiente y de los organismos ambientales, entre otros.

**Ordinarios SISS N° 587, de 1996; N° 1029, de 1998; N° 767, de 1999; N° 196, de 2002; N° 2179, de 2007; N° 1543, de 2008; N° 2693, de 2008; N° 3508, de 2008; N° 3404, de 2010; y N° 2312, de 2011:** En otros términos, el concesionario sanitario trata las aguas para darles el destino que considere conveniente, siempre que cumpla la normativa que corresponda. Por ende, mientras no las abandone, formen parte de su patrimonio, son de su entera propiedad, pudiendo usar, gozar y disponer de ellas con las limitaciones legales, principalmente focalizadas en proteger la salud de la población.

**Ordinarios SISS N° 587, de 1996; N° 196, de 2002; N° 1543, de 2008; N° 2693, de 2008; N° 3508, de 2008; y N° 3404, de 2010:** El concesionario de disposición de aguas servidas tiene como principal obligación el tratamiento de las mismas, siendo su comercialización una actividad relacionada y no obligatoria. En el evento que decidiera comercializar esas aguas, el precio por tal operación podría pactarse libremente entre las partes involucradas, no estando sujeta a régimen tarifario, regulación ni requieren aprobación o pronunciamiento de la SISS.

**Ordinarios SISS N° 2179, de 2007; y N° 1543, de 2008:** Es decir, resulta del todo admisible que un tercero, distinto del concesionario de disposición de aguas servidas, aproveche las aguas tratadas antes de que se produzca su abandono, lo cual se regulará a través de un contrato suscrito entre ambos.

**Ordinarios SISS N° 617, de 1993; N° 1029, de 1998; N° 196, de 2002; N° 2179, de 2007; N° 2693, de 2008; N° 3508, de 2008; N° 3404, de 2010; N° 1500, de 2011; y N° 2312, de 2011:** El costo del tratamiento de las aguas servidas es asumido por los usuarios de los servicios de agua potable y alcantarillado, mediante las tarifas asociadas a tales servicios. Ahora bien, si el concesionario sanitario negocia con terceros sus aguas servidas tratadas, compartiendo las instalaciones de los servicios regulados, ello debe rebajarse del aludido costo, mediante una compensación, que debe considerarse en el proceso de fijación de tarifas. De lo contrario, el concesionario sanitario se favorecería injustamente.

*Fuente: elaboración propia*

*b) Segunda fase: ambivalencia en cuanto al dominio y disposición de las aguas servidas tratadas por las empresas sanitarias.* La SISS cambia en julio de 2011 su postura en torno a la propiedad y a las facultades de disposición de las aguas servidas tratadas, señalando que, en sus pronunciamientos pre-

vios, no había atribuido propiedad de tales aguas a favor de las empresas sanitarias, cuestión que –ahora dice– no podía hacer por encontrarse fuera de su competencia. Sin perjuicio que la SISS ha reiterado este criterio en sus oficios posteriores sobre la materia, ninguno de ellos ha sido tan categórico como aquellos en que, previamente, el mismo órgano sostenía la propiedad y disposición de las empresas sanitarias sobre las aguas servidas tratadas. La SISS comienza una etapa en que introduce elementos dubitativos en torno a la propiedad y disposición de las aguas servidas tratadas, sobre lo cual se había pronunciado con total asertividad en el sentido contrario, hasta esa fecha. No obstante, debe advertirse que ninguno de los actos emitidos en esta nueva fase tiene la firmeza de los pronunciamientos anteriores de la SISS sobre este mismo asunto, y que a partir de julio de 2011 se vieron debilitados. Un resumen de estos nuevos argumentos se ofrece en la Tabla 2.

Tabla 2: Criterio de la SISS sobre aguas servidas tratadas desde julio de 2011 (Extractos de oficios)

<p><b>Ordinarios SISS N° 2725, de 2011; N° 4228, de 2011; y N° 2935, de 2012:</b> Cuando el usuario paga en su tarifa por el servicio de tratamiento de aguas servidas, está financiando su depuración para que esas aguas se devuelvan al medio sin contaminación o en condiciones compatibles con el cuerpo receptor respectivo. No es un propósito de dicha tarifa que tal tratamiento sirva para propósitos distintos de los señalados en la concesión. Por ello, los concesionarios de disposición de aguas servidas deben descargar tales aguas en el cauce natural o artificial, cuando corresponda, según lo establecido en el decreto de concesión.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 2725, de 2011; N° 4228, de 2011; y N° 4875, de 2011:</b> Sin perjuicio de lo anterior, el concesionario sanitario, antes de abandonar las aguas servidas tratadas, podrá usarlas en los fines propios de las concesiones sanitarias, a través de la infiltración de napas y/o posterior reutilización de tales aguas para reiniciar el ciclo sanitario.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 2725, de 2011; N° 4228, de 2011; y N° 4875, de 2011:</b> La SISS no puede interpretar que los concesionarios sanitarios son dueños de las aguas servidas tratadas, pues el artículo 61 del DFL 382 no es constitutivo de derechos ni otorga competencia a la SISS para emitir una declaración en esa dirección. La mencionada disposición solo se pronuncia sobre la entrega o abandono de aguas servidas entre prestadores para su tratamiento o para su descarga a un cauce natural o artificial, y para explicar ello utiliza la figura de los derrames del Código de Aguas.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 4875, de 2011; N° 2935, de 2012; y N° 831, de 2016:</b> Si el decreto de concesión sanitaria fija un punto de descarga de aguas servidas tratadas en un cuerpo receptor, la SISS no puede reconocerles a las empresas sanitarias la posibilidad de dar otros destinos a esas aguas, que contravengan dicho decreto.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 4228, de 2011:</b> A partir del Ordinario SISS N° 2725/2011 (emitido el 4 de julio de 2011), las empresas sanitarias no pueden destinar sus aguas servidas tratadas a un destino diverso del especificado en la concesión de disposición.</p>
<p><b>Ordinarios SISS N° 4875, de 2011; N° 2935, de 2012; y N° 831, de 2016:</b> Sin embargo, es posible modificar los términos de la concesión y cumplir las exigencias normativas y ambientales que tal modificación conlleva.</p>

<p><b>SISS et al., 2015, pp. 6 y 9-13:</b> En este mismo contexto, a través del Ordinario N° 1041, de 2015, la SISS remitió al Ministerio de Obras Públicas un informe titulado "Reúso de aguas servidas tratadas", elaborado por un equipo interministerial (Ministerios de Energía, Medio Ambiente, Minería, Agricultura, Obras Públicas e Interior, además de la SISS). En este documento se señala que, con posterioridad a la emisión del Ordinario N° 2725, de 2011, la SISS no se ha pronunciado sobre actos de comercialización de aguas servidas tratadas por parte de los concesionarios sanitarios; salvo para precisar que no pueden desconocerse los negocios de ese tipo que hubieren comenzado antes del aludido pronunciamiento (4 de julio de 2011). Asimismo, y dando cuenta de la falta de claridad sobre la materia, se mencionan tres posibles escenarios para fijar una política al respecto, implicando, dos de ellos, cambios legales que debieran introducirse en la regulación.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 2309, de 2015:</b> Sin perjuicio que la SISS ha ratificado el Ordinario SISS N° 2725/2011 en dictámenes sucesivos, las aseveraciones de estos últimos han sido menos enfáticas. Así, por ejemplo, ha señalado que la reutilización de las aguas para riego agrícola o de áreas verdes no es contradictorio con lo manifestado en el Oficio 2725, de 2011; que se requerirán, por cierto, las autorizaciones ambientales y sanitarias correspondientes, y, además, tener acceso a aguas servidas tratadas, aplicar el tratamiento requerido para cumplir las condiciones exigidas en el reúso y poder conducir esas aguas hasta el lugar en que se producirá dicho reúso.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 1027, de 2 de abril de 2018:</b> Luego, en lo relativo a la obligación de dar a las aguas servidas tratadas el destino habilitado en la concesión, la SISS afirma que ello no significa necesariamente la obligación de descargar las aguas servidas tratadas, de un modo continuo y perpetuo, en un punto y curso de agua específico.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 2381, de 4 de julio de 2018:</b> Respecto a un proyecto de reutilización de aguas servidas tratadas en el riego de espacios públicos en la ciudad de Antofagasta, se advirtió que, antes de proceder a tal operación, se debía presentar la solicitud y todos los antecedentes necesarios para habilitar un nuevo punto de descarga y reúso de aguas.</p>
<p><b>Ordinario SISS N° 4278, de 28 de noviembre de 2018:</b> Por último, se ha señalado que las aguas residuales tratadas deben ser descargadas por las empresas sanitarias en los puntos fijados en su decreto de concesión, generándose un derrame o abandono una vez que se produce tal descarga; los derechos de aprovechamiento de que deben disponer los prestadores del servicio sanitario son consuntivos, por lo que no están obligados a restituir aguas, que mantienen el objeto y condición a que están destinadas mientras no se abandonen, no correspondiendo a la SISS asociar un título de propiedad sobre ellas.</p>
<p><b>PERALTA 2015 [como Fiscal de la SISS], p.164:</b> No existe ningún antecedente indubitado, que no sea la posición del propio interesado, para sostener que es dueño absoluto y excluyente de las aguas servidas tratadas.</p>

Fuente: elaboración propia.

## 2. Potestades interpretativas de la Superintendencia

Ha sido el mayor desarrollo y auge del tratamiento de las aguas servidas, y su eventual reúso, lo que ha gatillado la conflictividad y el cambio de postura de la autoridad. Mientras este tratamiento no era significativo, como se observa en la Tabla 1, la SISS postulaba abiertamente la propiedad de los concesionarios sanitarios sobre las aguas servidas tratadas, propiedad que no se perdía sino hasta el abandono de esas aguas en los términos del art. 61 LGSS. Cuando aumentó el volumen de aguas servidas tratadas, y, consecuentemen-

te, sus posibilidades de uso, como una alternativa a su simple descarga o abandono, aparecieron las controversias sobre el dominio de tales volúmenes de aguas servidas tratadas. Y fue en ese escenario en que la SISS, como se observa en la Tabla 2, intentando “aclarar” su cambio de postura (justificar, en verdad), señala (véase el oficio ordinario N°2725/2011) que su rol interpretativo “no permite generar situaciones nuevas, crear o imponer gravámenes que la ley no establece, por lo que, en ese entendido, no pudo haber sostenido en oficios previos que los concesionarios sanitarios son dueños de las aguas servidas que tratan”.

A este respecto, entonces, cabe recordar los alcances de las potestades interpretativas de la SISS, pues ello permite definir las reales implicancias de tales oficios interpretativos.

a) Rol y potestades de la SISS. La SISS es el servicio público descentralizado al que le corresponde la fiscalización, verificación de cumplimiento, control e inspección de toda la institucionalidad sanitaria del país (arts. 1 y 2 Ley N° 18.902, de 1990, que Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios). El jefe superior de este organismo es el Superintendente de Servicios Sanitarios, entre cuyas funciones se encuentran las de administrar el servicio y dictar las instrucciones requeridas para sus fines; proponer normas técnicas sobre diseño, construcción y explotación de servicios sanitarios y descarga de residuos líquidos industriales; cumplir las prescripciones de la LGSS y de la LTSS; cuidar que los entes fiscalizados cumplan las disposiciones legales y reglamentarias, y las normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones de la SISS, pudiendo interpretar toda esta normativa (según lo autoriza el art. 4 letra c) de la Ley N° 118.902, de 1990)<sup>28</sup>.

b) Alcances y límites de la potestad interpretativa de la SISS. En el caso de los pronunciamientos de la SISS, estamos frente a actos administrativos, los cuales, en consideración a tal calidad, carecen de la virtualidad para producir cambios en la regulación sectorial, y son limitados sus efectos en la actuación y en las relaciones jurídicas adoptadas por particulares en conformidad a la normativa del sector sanitario. Materia esta, de derecho administrativo general, en la que no abundo en este trabajo; pero que cabe tener presente.

<sup>28</sup> Dice tal norma: “Corresponderá al Superintendente: c) Cumplir lo dispuesto en los decretos con fuerza de ley N°s 70 y 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, y velar por el cumplimiento por parte de los entes fiscalizados, de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales. Esta facultad comprende también la de interpretarlas”.

### 3. *Tratamiento tarifario de las aguas servidas tratadas ante la propia SISS*

Al respecto, existe una práctica usual en la ejecución de la ley de tarifas (la que podría ser incluso fuente de derecho: como costumbre administrativa), dado que en los procesos tarifarios se suelen descontar las cantidades obtenidas por los concesionarios en la “venta” a terceros de agua servida tratada.

Esta práctica es generalizada. Recientemente la autoridad sanitaria ha declarado que el criterio consiste en “distribuir en partes iguales los ingresos que las sanitarias obtienen por estos negocios no regulados [de venta de aguas servidas tratadas], ya que la normativa obliga a compartir con los usuarios residenciales una parte de lo que estas actividades adicionales generen y eso se hace rebajando la tarifa regulada que las concesionarias cobran. Ese porcentaje hoy se cobra caso a caso”<sup>29</sup>.

Lo anterior es indicativo: por una parte, de un reconocimiento de la legitimidad de tal negociación (sin perjuicio de los descuentos), y de la naturaleza de tales aguas (en que tales concesionarios actúan como propietarios, al venderlas; pues solo un propietario puede vender legítimamente a terceros una cosa). Aplicaciones concretas de ello puede encontrarse en los periódicos Informes tarifarios de las concesionarias sanitarias<sup>30</sup>.

### 4. *Las interpretaciones de Contraloría*

Existen pocos dictámenes del órgano contralor en esta materia; sus principales lineamientos han sido los que se mencionan en la Tabla 3. Como se observa, existe una referencia a los oficios de la SISS, de los cuales damos crónica más arriba.

<sup>29</sup> Declaración del Superintendente de Servicio Sanitarios en la prensa, en reportaje sobre las aguas servidas tratadas. Diario *El Mercurio*, 20 de diciembre de 2020, cuerpo B, p. 16.

<sup>30</sup> Por ejemplo, puede consultarse el Informe tarifario final de la concesionaria sanitaria Aguas Chañar S.A., para el período 2014-2019. Cfr.: Estudio determinación de tarifas 2014-2019. Informe final. Documento central. Anexo 6: fórmulas tarifarias. Febrero de 2014 está disponible en: <http://www.siss.gob.cl/586/w3-propertyvalue-6385.html> (fecha de consulta: 15 de enero de 2020). Allí, en el capítulo 21, titulado “descuento por la provisión de servicios no regulados”, y, particularmente, en el apartado 21.2 (Identificación de prestaciones no reguladas), se consigna la siguiente definición y reconocimiento:

Venta de A[gua] S[ervida] Tratada: Este servicio corresponde a aguas servidas tratadas vendidas a terceros. Son un subproducto de la etapa de tratamiento de aguas servidas. Para efectuar este servicio se utiliza la infraestructura correspondiente a la planta de tratamiento y el emisario.

No conozco un trabajo que haya realizado una recopilación de todos los decretos tarifarios, que muestre todos los casos en que se reconoce este servicio no regulado.

Tabla 3. Criterios de la Contraloría sobre aguas servidas tratadas y tarifas

<p><b>Dictamen N° 34.219, de 2009:</b> No todos los negocios jurídicos relacionados a la actividad sanitaria son un servicio público, de modo que no requieren desarrollarse previa concesión. En ese ámbito, las transferencias de aguas servidas por parte de un concesionario sanitario a un tercero no necesitan autorización de la SISS, por encontrarse fuera de su ámbito competencial.</p>
<p><b>Dictamen N° 35.169, de 2013:</b> i) La definición del dominio o propiedad de las aguas servidas tratadas no tiene regulación expresa en la normativa sanitaria, por lo que ello debe determinarse conforme a las reglas del Derecho común. ii) La potestad interpretativa de la SISS no puede tener por objeto definir la propiedad de las aguas servidas, ni sus dictámenes ser invocados como títulos de dicha propiedad. iii) Las empresas sanitarias tienen como objeto único el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos dirigidos a producir, distribuir, recolectar y disponer aguas servidas, y las prestaciones relacionadas con esas actividades. En este entendido, los oficios N°s 587 (1996), 767 (1999) y 196 (2002) no se ajustan a Derecho. No obstante, ello no afecta la validez de los actos de disposición de aguas servidas tratadas que realizaron los concesionarios sanitarios.</p>

Fuente: elaboración propia

### 5. Interpretación de la Dirección General de Aguas sobre derrames sanitarios

La Dirección General de Aguas (DGA), en un fundado Oficio, emitido a petición del Contralor General de la República, ha sostenido una opinión respecto de la condición jurídica de las aguas servidas mientras permanezcan en las instalaciones del concesionario sanitario. En tal oficio se ofrece un detallado análisis de las distintas etapas del ciclo sanitario y de la titularidad de las instalaciones sanitarias<sup>31</sup>; ofrece cuatro conclusiones, que transcribo en la Tabla 4:

Tabla 4: Conclusiones de la Dirección General de Aguas sobre la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas (2011)

<p>i) "Mientras las aguas permanecen en las instalaciones sanitarias, su posesión, titularidad y dominio corresponde a la empresa sanitaria propietaria de tales instalaciones;</p>
<p>ii) las aguas que el usuario final consume y deriva en calidad de servidas a los alcantarillados, constituyen un verdadero derrame;</p>
<p>iii) Al tener tales aguas la calidad de derrames y ser vertidas en las instalaciones sanitarias de las concesionarias de recolección y de disposición, pueden estas disponer libremente de las mismas como propietarias que son; y</p>
<p>iv) Tal como lo establece el artículo 61 del DFL N° 382, de 1988, estas aguas de derrame que las concesionarias de recolección y disposición utilizan como propietarias por el hecho de estar en sus instalaciones, se entenderán abandonadas por estas solamente cuando se evacúen en las redes de otro prestador o se confundan con las aguas que escurren en cauces naturales o artificiales, en el lugar que estimen conveniente".</p>

Fuente: elaboración propia.

<sup>31</sup> Este oficio se distancia de JAEGER 2003 y está en la misma línea de análisis de VERGARA 1995 y 1998, en cuanto se refiere a dos derrames sucesivos: uno, del usuario (en las instalaciones sanita-

Para ese órgano administrativo, entonces, mientras las aguas servidas estén en un cauce artificial de dominio privado, como es el caso de las instalaciones sanitarias, son de propiedad del concesionario, pudiendo usar, gozar y disponer libremente de ellas. Si dichas aguas se evacúan fuera de tales instalaciones (en las redes de otro prestador o en cauces naturales o artificiales), solo en ese momento se entienden abandonadas, y pasan a ser, jurídicamente, un derrame, por lo que cabe observar la normativa del Código de Aguas sobre este punto (arts.43 a 46 y 53 a 55)<sup>32</sup>.

## Segunda Parte:

### Naturaleza jurídica y disposición de las aguas servidas tratadas

Para analizar la naturaleza jurídica de las aguas servidas tratadas y su posibilidad de ser objeto de actos de disposición por parte de las concesionarias sanitarias cabe revisar, previamente, la regulación de los activos de todo concesionario sanitario y la aplicación al sector, por el legislador, de la figura más general del derrame, mutando aquí en *derrame sanitario*<sup>33</sup>. La hipótesis, que queda comprobada al final de este análisis, es que los volúmenes de aguas servidas, ya sea que estén tratadas o no tratadas, devienen de propiedad de los concesionarios sanitarios por una razón principal: por tratarse de aguas contenidas en sus instalaciones; es lo que analizo en primer lugar. En seguida, la regla legal contenida en el art. 61 LGSS consistente en considerar derrame a las aguas servidas es una confirmación legal de lo anterior. De ahí que la regulación vigente considera que las aguas servidas tratadas son de propiedad del concesionario sanitario por esas dos razones. Se trata, entonces, de revisar el régimen jurídico de estas aguas servidas tratadas en esos dos instantes del ciclo sanitario: i) mientras ellas están en las instalaciones sanitarias; y ii) en el momento en que ellas son abandonadas en un cauce natural.

#### I. Naturaleza de las aguas contenidas en las instalaciones sanitarias

En este caso, debemos fijar primero la atención en la regulación de dos activos de todo concesionario sanitario: su infraestructura y los derechos de aprovechamiento de aguas; ambos permiten extraer volúmenes de aguas desde fuentes naturales e introducirlos a las instalaciones sanitarias. Para probar la hipótesis según la cual las aguas servidas tratadas son de propiedad de los concesionarios sanitarios, cabe revisar si la legislación le asigna a los volúmenes de aguas servidas, ya sea que hayan sido tratadas o no, una naturaleza jurídica específica. Para ello debo analizar el ciclo completo de la actividad sanitaria, paso a paso; al final de lo cual podremos confirmar la hipótesis.

---

rias: los alcantarillados); otro, de la concesionaria sanitaria (en las redes de otro prestador o en cauces naturales o artificiales). Véase el desarrollo detallado de ambos derrames, *infra*, Segunda Parte.

<sup>32</sup> Ordinario DGA N° 595, de 2001 [no 575, como erróneamente registra PERALTA 2020, 145].

<sup>33</sup> En esta parte sigo el esquema de VERGARA 1995 y 1998 en que se le presta relevancia a la titularidad de las instalaciones sanitarias para definir la naturaleza jurídica de los volúmenes de agua que escurren en ellas.

### 1. *Cinco fases de la actividad sanitaria: Su contenido*

El servicio público prestado en nuestro país por las empresas sanitarias comprende cinco fases específicas: producción; distribución y consumo de agua potable (en que la concesionaria sanitaria pone a disposición de los usuarios el producto principal de su actividad); y, recolección y disposición de aguas servidas (en que tales aguas, luego de ser usadas por los usuarios, retornan a las instalaciones del concesionario sanitario para su debido tratamiento).

a) Bienes afectos a toda concesión sanitaria. Una empresa concesionaria, ya sea que actúe respecto a la totalidad de las fases de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas, o solo en algunas de estas prestaciones, es propietaria de los bienes afectos a la concesión, ejerciendo también una especial titularidad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas con que se ejecutan los referidos servicios de agua potable y saneamiento (siendo, por lo general, dueña, arrendataria o comodataria de los mismos).

b) Naturaleza de las instalaciones sanitarias: Propiedad de las concesionarias. A pesar de que aún quedan algunas disposiciones en la LGSS que siguen refiriéndose a las instalaciones sanitarias como bienes "públicos", las instalaciones sanitarias son bienes privados, de dominio de las concesionarias sanitarias. Ello queda de manifiesto expresamente, por ejemplo, en los arts. 45 ("las redes del prestador") y 61 LGSS ("las redes o instalaciones de otro prestador").

Asimismo, tal calidad privada deriva de la naturaleza jurídica de las referidas instalaciones. Ellas, de acuerdo a la conceptualización proporcionada por el art. 36 CA, son "cauces artificiales", y, por ende, de propiedad del concesionario sanitario, según se especifica a continuación para cada etapa del servicio de agua potable y saneamiento:

i) instalaciones de producción. En cuanto a las instalaciones en la producción de agua potable, no existe en la ley una definición de las mismas. Comprenden todas aquellas obras necesarias para la captación de las aguas en la fuente natural, los cauces artificiales, la infraestructura de producción o potabilización de las aguas, y aquellas que conectan con las instalaciones de distribución.

ii) instalaciones de distribución. Respecto a las instalaciones de distribución de agua potable, el art. 53 letra e) LGSS, según el cual las redes de distribución son aquellas a las que se conectan las instalaciones domiciliarias de agua potable.

iii) instalaciones de recolección. Sobre las instalaciones de recolección de aguas servidas, también existe una definición legal, en el art. 53 letra f) LGSS, según el cual son aquellas a las que se empalman las instalaciones domiciliarias de alcantarillado de aguas servidas.

iv) instalaciones de disposición o tratamiento. En fin, lo propio ocurre con las instalaciones de recolección y disposición de aguas servidas, hasta la última fase e infraestructura sanitaria, en que se evacúan las aguas tratadas a cauces naturales o artificiales o a otros sitios.

Esta propiedad privada del concesionario sanitario sobre las mencionadas cuatro especies de instalaciones es un aspecto relevante del problema jurídico abordado en este trabajo, pues de este dominio se desprenden consecuencias indudables en cuanto a la condición jurídica de las aguas, potables o servidas, que escurren por tales instalaciones sanitarias.

## 2. *Titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas vinculados a la prestación de servicios sanitarios*

Para llevar adelante el servicio sanitario de producción de agua potable es necesario, según la ley, ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas (arts. 12 N° 3 y 18 N° 3 letra a) LGSS). De acuerdo a la naturaleza de los derechos de aguas en Chile, es necesario que estos sean consuntivos, de ejercicio permanente y continuos (en casos excepcionales, podrían ser ejercicio eventual). Conforme lo señala expresamente el art. 13 CA: “[d]erecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad”. Estos se contraponen a los derechos no consuntivos, que según el art. 14 inciso 1° CA, son aquellos que permiten “emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho”. Del concepto de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo, podemos extraer los siguientes elementos esenciales:

i) se faculta a su titular a consumir totalmente las aguas; se trata de una facultad, no de una obligación de consumirlas, pudiendo entonces abandonarlas una vez utilizadas, si así lo deseara dicho titular; y,

ii) Las puede consumir en cualquier actividad, pudiendo darles el uso que estime, disponiendo totalmente de ellas.

De ese modo el concesionario podrá extraer legítimamente aguas desde fuentes naturales y así depositarlas en sus instalaciones de producción y distribución de agua potable.

## 3. *Propiedad de los volúmenes de agua contenidos en las instalaciones sanitarias. Revisión en cada fase del ciclo sanitario*

a) *Volúmenes contenidos en las instalaciones de producción de agua potable.* Por lo tanto, si la concesionaria sanitaria ha podido extraer legítimamente aguas, a través del ejercicio de sus derechos de aprovechamiento de aguas, lógico resulta concluir que, durante la fase de producción del agua potable, el volumen extraído de la fuente natural es de propiedad de la empresa sanitaria titular del respectivo derecho de aprovechamiento, el cual forma parte integrante de su patrimonio. Además, como reviso *supra*, respecto

de la integridad de esos volúmenes de aguas existe protección penal (art. 459 N° 1 CP).

*b) Volúmenes contenidos en las instalaciones de distribución de agua potable.* Una vez que las aguas quedan aptas para el consumo humano, son conducidas por redes de agua potable hasta los domicilios particulares de los usuarios. Para llevar adelante el servicio sanitario de distribución, la ley no exige ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas, sino solo la existencia de una concesionaria de producción que abastezca el área geográfica respectiva (art. 18 N° 3 letra b) LGSS). No obstante, en todo caso, es indispensable tener la disposición jurídica de volúmenes de agua, ya sea directa (cuando la concesionaria lleva adelante los dos servicios sanitarios, de producción y distribución, lo hace utilizando las aguas a que tiene derecho según sus títulos), o indirectamente (celebrando convenios de compra o arriendo de derechos de agua e interconectándose con una concesionaria de producción de agua potable. Hasta este momento, las aguas están bajo la posesión de la concesionaria, y como escurren dentro de sus propias instalaciones, son de su propiedad, ya que, desde que comenzó el proceso de producción de agua potable, han dejado de estar en una fuente natural. Tales instalaciones son de dominio privado de las concesionarias sanitarias, y, mientras las aguas permanecen en un cauce artificial privado (en este caso, usualmente dentro de una tubería) son, lógicamente, de disposición y dominio privados, pudiendo tal titular usar, gozar y disponer de ellas; y, tratándose de derechos consuntivos, consumirlas completamente.

*c) Volúmenes de agua durante el consumo de los usuarios del servicio.* La disposición total de las aguas se produce, en el caso de un concesionario de distribución, a través de la prestación de este servicio, poniendo el agua potable a disposición del usuario final, quien podrá, a su vez, consumirla total o parcialmente. Según la ley (art. 10 inciso 4° LGSS), el concesionario de distribución, salvo resolución fundada de la SISS, ha de ser a la vez concesionario de recolección de aguas servidas, servicio este al que no se puede negar (art. 33 LGSS), ni tampoco evitar el usuario (art. 39 LGSS). Por lo tanto, una vez entregadas las aguas por el concesionario y usadas por sus clientes, estos las descargan a los alcantarillados e infraestructuras sanitarias de propiedad del concesionario. La titularidad, posesión y dominio de las aguas, mientras están bajo el uso del consumidor final, obviamente corresponden a este, quien puede consumirlas totalmente. Ahora bien, este usuario debe descargar las aguas que no consuma en las instalaciones de alcantarillado de propiedad del concesionario de recolección. La mutación de la naturaleza de tales aguas se produce en el instante en que ellas quedan fuera de la esfera de su dominio, al ser descargadas y hacer contacto con las instalaciones del concesionario de recolección.

*d) Volúmenes contenidos en las instalaciones de recolección de aguas servidas.* Cuando el consumidor final vuelve a depositar las aguas servidas en las instalaciones de alcantarillado (lo que está obligado a hacer con las

aguas que no consuma y que sean servidas, según el art. 3º LGSS), la titularidad, posesión y dominio de esas aguas pasa en plenitud al concesionario sanitario, desde el momento en que este las reciba en instalaciones de su propiedad. Las aguas que consume cada usuario y que deriva como "servidas" a los alcantarillados constituyen un verdadero "derrame", que recibe el concesionario de recolección. Esta expresión representa la calificación jurídica del *abandono* que hace el usuario de las aguas servidas en las instalaciones de la concesionaria sanitaria. En efecto, el legislador califica de derrames, en los arts.43 a 46 y 53 a 55 CA, a todo abandono que el titular de derechos de aprovechamiento o dueño de un predio realice de ciertas aguas; del mismo modo, en el artículo 61 LGSS se asimila a esa calificación jurídica el abandono que el concesionario sanitario realiza de las aguas servidas en fuentes naturales u otros sitios. De ahí que podamos calificar de derrame el abandono que los usuarios realizan de las aguas servidas en las instalaciones de recolección. De donde se deriva el título de adquisición de propiedad de esos volúmenes por el concesionario sanitario, desde que se produce tal abandono.

*e) Volúmenes contenidos en las instalaciones de tratamiento de aguas servidas.* Las aguas servidas deben ser entregadas a servicios sanitarios de disposición o de tratamiento, y, solo una vez que estas aguas cumplan los requisitos sanitarios que fije la ley, podrían ser evacuadas en fuentes naturales o libremente dispuestas por los titulares de tales concesiones y propietarios de tales volúmenes de aguas.

Un concesionario sanitario de disposición, al ser dueño de las instalaciones, y subsecuentemente, tener la disponibilidad jurídica de las aguas recibidas en sus instalaciones de disposición, puede tratarlas y luego disponer jurídicamente de ellas.

El título por el cual un concesionario de disposición o tratamiento recibe en sus instalaciones las aguas servidas puede ser la interconexión con instalaciones de una concesión de recolección, de la cual es también titular; o, en el caso que sea ajena, cuando la interconexión es convenida o dispuesta administrativamente, surge de los derechos de sus concesiones, o del convenio de interconexión o disposición administrativa, respectivamente. Si la interconexión con otro concesionario es material, y no regulada ni contractual ni administrativamente, las aguas servidas se reciben a título de derrame.

Una vez recibidas estas aguas, por el título que sea, constituyen volúmenes de agua contenidos en obras artificiales de disposición o tratamiento, que son de dominio privado, del mismo modo que tales instalaciones. Estas aguas tratadas en ningún caso pueden ser objeto de concesiones a favor de terceros, por no ser jurídicamente aguas disponibles en fuentes naturales (arts.3 y 22 CA).

#### 4. *Las aguas contenidas en las instalaciones sanitarias como propiedad de las concesionarias sanitarias*

Como se ve, luego de este ejercicio de revisión paso a paso del *factum* de los servicios sanitarios, y las cinco fases de su ciclo, queda en evidencia que para definir la naturaleza jurídica de los volúmenes de agua que escurren o están contenidos en esas instalaciones, no basta argumentar que ello es únicamente una derivación de la titularidad de unos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos<sup>34</sup>, pues si bien tales derechos son necesarios y exigidos por la regulación sanitaria, y que lo más usual es que los concesionarios obtengan las aguas extrayéndolas desde fuentes naturales en ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, no cabe descartar la posibilidad de que esos concesionarios puedan obtener volúmenes de aguas a partir de su compra a terceros. De ahí que cabe observar este otro elemento del *factum*: las aguas están contenidas en unas instalaciones de propiedad privada, y eso tiene consecuencias jurídicas definitorias: se deriva para el contenido (las aguas) la misma naturaleza de la titularidad privada del continente (las instalaciones): su propiedad.

Así, es esencial para definir la naturaleza jurídica de los volúmenes de aguas contenidos en las instalaciones sanitarias definir previamente la naturaleza de esas instalaciones; y como está fuera de toda discusión la propiedad privada de esas instalaciones, las aguas siguen esa misma condición. De todo lo anterior surge que todas las aguas contenidas en instalaciones sanitarias son de propiedad de las concesionarias sanitarias, no solo porque lo más usual es que sean extraídas legítimamente desde fuentes naturales, y apropiadas por aquellas, sino porque *además* están *contenidas* en sus instalaciones, y mantendrán esa naturaleza mientras se mantengan contenidas en tales instalaciones, en cualquier condición material: crudas, potabilizadas, servidas (negras o grises) o tratadas, según sea la fase del ciclo sanitario en que se encuentren.

En fin, una evidente confirmación de la propiedad de las concesionarias de estas aguas servidas tratadas la ofrece la práctica tarifaria al reconocer la legitimidad de la venta de tales aguas; sin perjuicio de lo paradójal que la SISS ha mantenido una conducta bien ambivalente, en el tiempo, en sus oficios interpretativos (de todo lo cual ofrezco una crónica en la Primera Parte).

#### II. El abandono de las aguas servidas tratadas: derrames sanitarios

El derrame es una institución de derecho de aguas<sup>35</sup> que ha sido incorporada a la regulación sanitaria por el art. 61 LGSS para precisar el momento y lugar del abandono de las aguas servidas; regulación esta que no es sino una confirmación más de todo lo que venimos diciendo en cuanto a la naturaleza de esas aguas.

<sup>34</sup> Como lo sostienen JAEGER 2003, 472 y DÍAZ DE VALDÉS 2015, 65.

<sup>35</sup> Véase el trabajo más completo sobre la materia: VALENZUELA 1960, 281-340.

Cabe recordar que las *aguas servidas* son aquellas que son recolectadas por las empresas concesionarias sanitarias desde instalaciones de los usuarios finales; tales aguas luego son sometidas a tratamiento (depuración) y devienen *aguas tratadas*. De ahí que la expresión *aguas servidas tratadas*, dice relación con aquellas que han sido objeto no solo de recolección sino además de un proceso de tratamiento por el concesionario sanitario.

La revisión de la regulación de los derrames en el Código de Aguas a raíz del reenvío que efectúa el art. 61 LGSS, nos permite confirmar la naturaleza jurídica de las aguas servidas objeto de ese derrame, tratadas o no, antes y después del abandono respectivo.

#### 1. *Abandono de aguas servidas por parte del concesionario sanitario*

En efecto, el art. 61 LGSS regula la figura del abandono de las aguas servidas por el concesionario sanitario mediante un reenvío al CA. Esta norma fue introducida a la LGSS por el art. 26 letra b) de la Ley N° 18.902, de 1990. De la historia legislativa de este precepto<sup>36</sup>, queda en evidencia que el fundamento para introducir la regla del derrame sanitario fue la definición de un momento y lugar del abandono de los volúmenes de aguas tratadas, a partir del cual se altera la naturaleza jurídica de las mismas; hay así un antes y un después. La regla da por supuesta la existencia de un derrame; de ahí la referencia al Título V del Código de Aguas, y de la necesidad de tener a la vista la regulación que dicho código establece respecto de los derrames. Todo lo cual servirá para encontrar y confirmar, a la vez, la respuesta que se busca en este trabajo: definir la naturaleza jurídica de los volúmenes de aguas que escurren por las instalaciones sanitarias, hasta antes de que se produzca ese abandono.

Los derrames son, en general (según su regulación en el Código de Aguas), aquellos volúmenes de aguas que se abandonan por parte de su propietario, fruto del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas, después de su uso, a la salida del predio. La generación de estos derrames no es obligatoria ni permanente, por lo que su uso por parte de terceros constituye un acto de mera tolerancia del titular del derecho que los produce, no confiriendo posesión al que las recibe, de lo cual se deriva que su uso no da origen a prescripción alguna. Todo derecho, gravamen o servidumbre sobre derrames solo puede constituirse a beneficio de terceros a través de un título, el cual, para producir efectos, deberá constar en instrumento público e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente<sup>37</sup>.

La legislación sanitaria (LGSS), entonces, asimila la situación de las aguas servidas tratadas resultantes del proceso sanitario, con aquella de las aguas que el titular de un derecho de aprovechamiento abandona después de su uso, fuera del inmueble o predio en que ellas se utilizan (que es el caso

<sup>36</sup> La escasa historia legislativa puede verse transcrita en JAEGER 2003, 470-471.

<sup>37</sup> Véase artículos 43 a 46 y 53 a 55 del Código de Aguas y VALENZUELA 1960.

de los derrames regulados en el Código de Aguas). En ambos casos (tanto del que tiene volúmenes de aguas en su predio como del concesionario sanitario que tiene volúmenes de aguas servidas), entonces, se produce una relación *previa* de dominio o propiedad respecto de esos volúmenes de aguas, *antes de su abandono*. Así la regulación vigente les da el mismo tratamiento jurídico a estas dos hipótesis de estos dos sujetos de derechos:

i) al titular del derecho de aprovechamiento de aguas (que es regido por el Código de Aguas), quien de acuerdo a su regulación es dueño de los volúmenes de aguas que ha captado desde una fuente natural para su uso en cualquier actividad o destino, mientras estas aguas se mantengan en sus instalaciones<sup>38</sup>; y,

ii) al concesionario sanitario (que es regido por el art. 61 LGSS) quien de acuerdo a la regulación sanitaria (que hemos desarrollado en la Primera Parte de este trabajo) es dueño de los volúmenes de aguas servidas que los clientes o usuarios de los servicios sanitarios depositan en sus instalaciones.

Ambas regulaciones, el Código de Aguas y la LGSS, entonces, *presuponen* el dominio de los volúmenes de aguas que son objeto de abandono o derrame. La circunstancia o conducta que marca el término de la vinculación de propiedad sobre tales aguas es su abandono físico, lo cual, en el caso de los prestadores sanitarios, ocurre en las circunstancias que se explicitan en el transcrito art. 61 LGSS. Antes del abandono físico de esas aguas, por ende, dicho prestador puede perfectamente consumir tales aguas o disponer de ellas en la forma que estime conveniente, siempre que se cumplan las disposiciones sectoriales o medioambientales correspondientes. Así, por ejemplo, podrá vender o ceder a cualquier título un determinado volumen de aguas servidas tratadas a un tercero quien, a su vez, podrá reusar esas aguas en el destino que desee, cumpliendo, evidentemente, las normas que resulten aplicables.

## 2. *Concepto y elementos de los derrames sanitarios*

Como digo antes, el art. 61 LGSS se refiere a una figura propia del Derecho de Aguas (los derrames), aplicada al sector sanitario. Esta se encuentra regulada en el Título V del Libro I del Código de Aguas. El art. 43 CA dispone que:

Constituyen derrames las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio.

Se presume el abandono de estas aguas desde que el dueño del derecho de aprovechamiento hace dejación de ellas, en los linderos de la propiedad, sin volver a aprovecharlas.

De esta definición se pueden observar los elementos del derrame sanitario:

<sup>38</sup> Hipótesis de adquisición de volúmenes que sintetiza muy bien FIGUEROA 1992 y 1995, citado *infra*. Ello, salvo en el caso excepcional de los titulares de derechos de aguas no consuntivos, quienes deben devolver esos volúmenes de aguas. Vid. art. 14 CA.

a) *El abandono*. El elemento de la esencia de un derrame es el abandono de las aguas. Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), abandono, en su acepción jurídica, corresponde a la “Renuncia sin beneficiario determinado, con pérdida del dominio o posesión sobre cosas que recobran su condición de bienes nullius o adquieren la de mostrencos”. Esto es, el abandono presupone el dominio de las aguas de quien las derrama.

b) *Instante y lugar del abandono*. El art. 43 CA establece cuándo se produce el abandono, señalando que ello ocurre desde que el dueño de los volúmenes de aguas lo deja o libera las aguas, sin volver a aprovecharlas. En el caso particular de los derrames sanitarios, el propio art. 61 LGSS indica los supuestos de hecho que implican un abandono de las aguas servidas tratadas por parte del prestador sanitario: cuando se evacúan en las redes o instalaciones de otro prestador o cuando se confunden con las aguas de un cauce natural o artificial, salvo que dicho prestador tenga el derecho a conducir tales aguas servidas por tales cauces, redes o instalaciones, circunstancia en que se mantendría su propiedad privada sobre las mismas. Antes de tal momento, permanecen bajo la disposición jurídica absoluta del concesionario sanitario, y son aguas de su propiedad.

c) *Ausencia de obligación del abandono*. Lo anterior es, además, consecuencia de que la producción de estos derrames no es obligatoria ni permanente para el concesionario sanitario (art. 45 CA). Al contrario, puede libremente dejar de evacuar tales aguas en el cauce natural en que tradicionalmente lo hacía; e incluso puede seguir vaciándolas en el mismo cauce natural, pero ya no en carácter de derrames, sino para conducir las hacia otro cauce, en donde disponer de ellas, para lo cual simplemente necesita un permiso de utilización del cauce natural (arts. 39 y 40 CA). Tal ausencia de obligatoriedad en la producción de derrames está confirmada, además, por el art. 54 CA<sup>39</sup>:

Solo un título convencional directo entre el concesionario sanitario, generador de los derrames, y el interesado en utilizar las aguas derramadas, podría obligar al primero a producirlos, según lo disponen expresamente los arts. 46 y 55 CA. Por lo tanto, no basta ni el goce inmemorial (art. 55 inciso 1° CA) ni otro título distinto de la convención de las partes (art. 46 CA) para imponer una obligación al respecto. Estas disposiciones excluyen toda posibilidad de conferir legalidad a cualquier otro título que no sea la convención en este sentido; consecuentemente, es ilegal todo acto de autoridad que pretende crear un título de aprovechamiento sobre las aguas de derrame que un concesionario sanitario puede producir según su propia voluntad.

d) *Libre disponibilidad de los volúmenes de aguas*. Una última característica de todo derrame de aguas producido por los concesionarios sanitarios

<sup>39</sup> Dicho art. 54 CA señala: “El uso por tercero de derrames, no constituye gravamen o servidumbre que afecte al predio que los produce. Son actos de mera tolerancia que no confieren posesión ni dan fundamento a prescripción”.

fluye del estatuto legal a que lo sujeta el Código de Aguas, por remisión expresa del art. 61 LGSS: ningún otro título, incluido el acto de autoridad, puede limitar la libre disposición que le corresponde a un concesionario sanitario sobre las aguas de derrame producidas en el marco de su actividad sanitaria.

### 3. *Consecuencias de la propiedad de las aguas servidas tratadas*

Dos consecuencias caben destacar:

a) *No existe obligación de abandonar las aguas.* Para que el agua servida, tratada o no, llegue a constituir un derrame es esencial el abandono de las aguas por parte del prestador sanitario, abandono que es de su total voluntad, no estando obligado a hacerlo ni a verter aguas servidas tratadas en los cauces, a menos que ello forme parte de los compromisos o deberes ambientales que haya adquirido en el marco de un proceso de evaluación de impacto ambiental. Los concesionarios sanitarios no tienen obligación de descargar las aguas servidas en un determinado cuerpo receptor; como se dice más arriba, ello deriva de lo siguiente:

i) del derecho de propiedad de las empresas sanitarias sobre los volúmenes agua que escurren en sus instalaciones, los cuales, desde el momento en que se encuentran en obras artificiales (como son las instalaciones sanitarias), son un bien de dominio privado; no se trata, por tanto, de agua disponible en fuentes naturales, que es cuando esta tiene el carácter de bien nacional de uso público.

ii) de la naturaleza jurídica voluntaria de los derrames y de la precariedad asociada por la propia ley a la utilización de las aguas de derrame por parte de terceros.

b) *Improcedencia de constituir derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames.* La propia legislación se ha encargado de precisar que las evacuaciones o descargas de aguas servidas por parte de los concesionarios sanitarios (art. 61 LGSS) constituyen un derrame. Ello origina, en lo inmediato, la aplicación de los arts.43 a 55 CA, en que se regula la mencionada figura jurídica y sus consecuencias. La circunstancia de que el concesionario sanitario evacúe las aguas servidas a un cauce natural es una actuación totalmente voluntaria de su parte. En efecto, dicho concesionario, como propietario de las aguas servidas que se encuentran en sus instalaciones, podría dejar de hacer esa evacuación y dar otro destino a esas aguas, para lo cual, obviamente, deberá cumplir las normativas específicas que correspondan. La obligación de producir o generar estos derrames sanitarios, entonces, no existe en nuestro ordenamiento<sup>40</sup>. En ese contexto, no es procedente que sobre las aguas que son objeto de derrames sanitarios se constituyan o reconozcan derechos de aprovechamiento<sup>41</sup>. Simplemente, porque dichas aguas

<sup>40</sup> VERGARA 1995, 139; y, JAEGER 2003, 468-471.

<sup>41</sup> Afirmando ello, y cuestionando la legalidad de una resolución constitutiva de un derecho de aprovechamiento sobre aguas servidas de la ciudad de Calama, ver AYLWIN 1995, 165-166. En idéntico sentido, ver JAEGER 2003, 469 y 471-472; y, DÍAZ DE VALDÉS 2015, 54.

no están disponibles, en los términos exigidos por los arts. 22 y 141 inciso final CA. Y si un acto de autoridad otorgara dichos derechos, como efectivamente ha ocurrido en algunos casos en la práctica<sup>42</sup>, cabe asociar dos efectos inmediatos a tal acto constitutivo: su nulidad, por quebrantar las mencionadas disposiciones del Código de Aguas; y su inoponibilidad frente a terceros, particularmente respecto a quien produce los derrames, pues tal producción depende de su voluntad<sup>43</sup>.

## Conclusión

1° Las fuentes legales reafirman el derecho de dominio y de libre disposición de las aguas servidas tratadas por parte de los concesionarios sanitarios; la doctrina mayoritariamente postula ese criterio, si bien con algunos matices en su argumentación; la jurisprudencia judicial ha sido escasa, y el último pronunciamiento concreto sobre la materia de fondo es de 1998, en que sigue la línea de la legislación y doctrina mayoritaria. La praxis administrativa ofrece criterios discordantes o cambia sus posturas en el tiempo. Una práctica administrativa concreta de reconocimiento de esta propiedad es por lo demás el tratamiento tarifario habitual de las ventas de volúmenes de aguas servidas tratadas, las que son consideradas legítimos “servicios no regulados” de las concesionarias sanitarias.

2° Las empresas sanitarias son dueñas de los bienes afectos a la concesión (principalmente, instalaciones sanitarias), y son también titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas con que prestan los servicios de agua potable y saneamiento, los cuales, según la ley, son de carácter consuntivo. De acuerdo a esto último, los concesionarios sanitarios pueden consumir totalmente las aguas extraídas desde la fuente natural y no están obligadas a restituir volumen alguno a dicha fuente. Todas las aguas contenidas en instalaciones sanitarias son de propiedad de las concesionarias sanitarias, no solo porque lo más usual es que sean extraídas legítimamente desde fuentes naturales, y apropiadas por aquellas, sino porque *además* están *contenidas* en sus instalaciones, y mantendrán esa naturaleza mientras se mantengan contenidas en tales instalaciones, en cualquier condición material: crudas, potabilizadas, servidas (negras o grises) o tratadas, según sea la fase del ciclo sanitario en que se encuentren. Una consecuencia de esta propiedad es la protección penal respecto de las aguas contenidas en las instalaciones sanitarias.

3° El dominio o propiedad de las aguas servidas tratadas por parte de las empresas sanitarias solo se altera en el momento en que ellas las abandonan. Ese abandono, se produce cuando las aguas servidas se evacúan en las redes o instalaciones de otro prestador o cuando se confunden con las aguas de un cauce natural o artificial, salvo que dicho prestador tenga el derecho a

<sup>42</sup> Véase casos Corte Suprema Rol 191-96 y Corte Suprema Rol 3464-97, descritos al inicio de este trabajo.

<sup>43</sup> Véase un desarrollo de esta hipótesis y sus consecuencias en: VERGARA 1995, 140-142.

conducir tales aguas servidas por esos cauces, redes o instalaciones, circunstancia en que se mantendría su propiedad privada sobre las mismas.

4° No es procedente que se constituyan derechos de aprovechamiento sobre las aguas que son abandonadas como derrames sanitarios, pues ellas no son aguas jurídicamente disponibles. Sin perjuicio de ello, si llegare a otorgarse un derecho de aprovechamiento a su respecto, este sería nulo e inoponible a terceros, especialmente al productor del derrame respectivo (concesionaria sanitaria).

### Bibliografía citada

- Aylwin, T. (1995). Posibilidad jurídica de las empresas de servicios sanitarios de usar, gozar y disponer de las aguas servidas evacuadas en sus redes de alcantarillado. *Revista de Derecho de Aguas*, VI, 161-166.
- Ballivian, P. (2018). Reúso de aguas servidas tratadas: desafíos en la regulación para un uso eficiente del recurso hídrico. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* (2), 1-21.
- Derecho e Ingeniería del Agua (Diagua) (2019). *Desarrollo de un modelo regulatorio-institucional-financiero que viabilice el reúso de aguas residuales en Chile*. CORFO.
- Díaz de Valdés, J. (2015). Aguas servidas. Análisis jurídico de su dominio y uso. *Actas de Derecho de Aguas* (5), 51-66.
- Figuroa Del Río, L. (1992). Estatuto jurídico de las aguas. Evolución histórica y cultural. *Derecho en la Región*. Universidad de Talca, I (1), 25-36.
- Figuroa Del Río, L. (1995). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Ediciones Universidad Gabriela Mistral.
- Fundación Chile (2016). *Diagnóstico del potencial de reúso de aguas residuales en la Región de Valparaíso*. Fundación Chile.
- Fundación Chile (2018). *Claves para la gestión de aguas residuales rurales*. Fundación Chile.
- Jaeger, Pablo (2003). Naturaleza jurídica y propiedad sobre las aguas servidas, tratadas o no, que se viertan a los cauces naturales. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2), 465-472.
- Inecon S.A. (2010). *Diagnóstico del potencial de reúso de aguas servidas tratadas en Chile*.
- Larraín, C. (2015). 25 años de la legislación sanitaria. *Actas de Derecho de Aguas* (5), 113-133.
- Peralta, D. (2015). Nuevas fuentes de agua que surgen de los servicios sanitarios. *Actas de Derecho de Aguas* (5), 157-164.
- Peralta, D. (2020). *El régimen de las aguas servidas tratadas en Chile*. Ediciones jurídicas de Santiago.
- SISS (Superintendencia de Servicios Sanitarios) (2020). *Informe de Gestión del sector sanitario 2019*. Superintendencia de Servicios Sanitarios. [http://www.siss.gob.cl/586/articulos-17955\\_recurso\\_1.pdf](http://www.siss.gob.cl/586/articulos-17955_recurso_1.pdf)
- SISS et al., (Superintendencia de Servicios Sanitarios) (2015). *Reúso de aguas servidas tratadas*. [Elaborado por un equipo interministerial (Ministerios de Energía, Medio Ambiente, Minería, Agricultura, Obras Públicas e Interior, además de la SISS)].
- Valenzuela, F. (1960). De los derrames de aguas. En A. Hederra y C. Vergara (Dir.), *Comentarios al Código de Aguas* (Tomo I, pp. 281-340). Editorial Jurídica de Chile.
- Vergara, A. (1995). Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales. *Revista de Derecho de Aguas*, VI, 129-142. [=VERGARA 1998, Tomo II, pp. 444-469]
- Vergara, A. (1996). ¿De quién son las aguas que escurren por las instalaciones sanitarias? *Revista del Abogado* (7), 36-39.
- Vergara A. (2017). ¿De quién son las aguas que escurren por las instalaciones sanitarias? *Derecho de aguas: Identidad y transformaciones*. Ediciones UC.
- Vergara, A. (1998). *Derecho de aguas* (T II). Editorial Jurídica de Chile.

WWAP (Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas) (2017). *Aguas residuales: el recurso desaprovechado. Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos 2017*. UNESCO.

### Jurisprudencia citada

*Salas Montes, Patricio con Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.* (1996): Corte Suprema, 26 marzo 1996 (Rol 191-96), que confirma sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 26 diciembre 1995 (Rol 9943-95).

*Salas Montes, Patricio con Ministerio de Obras Públicas* (1998): Corte Suprema, 12 febrero 1998 (rol 3464-97), que confirma sentencia Corte de Santiago, 30 septiembre 1997 (rol 832-97).

*Junta de Vigilancia de la Última Sección del Río Mapocho y otros con Superintendencia de Servicios Sanitarios*: Sentencias de 2004, 2008 y 2011: i) 29 Juzgado Civil de Santiago, 9 de agosto de 2004 (Rol 994-2003); ii) Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de diciembre de 2008 (Rol 9556-2004); y, iii) Corte Suprema, 17 de mayo de 2011 (Rol 1419-2009).

### Normas legales citadas

Decreto N° 382 de 1982 [con fuerza de ley]. Ley general de servicios sanitarios. 30 de diciembre de 1988. D.O. N° 33.410.

Decreto N° 70 de 1988 [con fuerza de ley]. Ley de tarifas de servicios sanitarios. 30 de marzo de 1988. D.O.

Ley N° 18.902 de 1990. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 8 de enero de 1989. D.O. N° 33.581.

Código de Aguas [CA]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 29 de octubre de 1981 (Chile).

Código Penal [CP]. 12 de noviembre de 1874 (Chile).

Constitución Política de Chile [Const.]. Art. 19 N° 24 inc. final. 22 de septiembre de 2005 (Chile).

# Sobre la responsabilidad civil de los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones, en el marco del ejercicio de una servidumbre eléctrica

On the civil liability of electrical operators in the field of safety of the facilities, in the framework of the exercise of an electrical easement

Adolfo Wegmann Stockebrand\*

El presente artículo tiene por objeto abordar el problema del régimen jurídico al que se encuentra sujeta la responsabilidad civil de los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones, en particular, en lo que dice relación con los deberes establecidos en el artículo 139 de la Ley General de Servicios Eléctricos y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, y cómo estas normas se vinculan con los deberes impuestos en los artículos 56 y 57 de la misma ley, al dueño de un predio gravado con servidumbre eléctrica.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, operadores eléctricos, seguridad, servidumbre eléctrica.

The purpose of this article is to address the problem of the legal regime to which the civil liability of electrical operators is subject in terms of the safety of electrical systems, specially in relation to the duties established in article 139 of the General Law of Electrical Services and other regulatory provisions that complement it, and how these rules are related to the duties imposed in articles 56 and 57 of the same law, to the owner of a property taxed with electrical easement.

**Keywords:** civil liability, electrical operators, safety, electrical easement.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Licenciado en Derecho, Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Civil y Derecho Romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl.

Artículo recibido el 2 de junio de 2020 y aceptado el 3 de diciembre de 2020.

## Introducción

Al margen de la interesante discusión doctrinaria suscitada en nuestro país en los últimos años en torno el valor del derecho civil y, en particular, del código del ramo, como constitutivo de un derecho común incluso en el ámbito administrativo, la que abarca desde el reconocimiento de tal calidad<sup>1</sup> hasta la calificación de la misma como un residuo histórico<sup>2</sup>, pasando por la reciente tesis, según la cual el verdadero derecho común para Chile sería la dogmática jurídica y no un cuerpo normativo concreto<sup>3</sup>, lo cierto es que en el contexto del así llamado derecho administrativo económico existen sectores más o menos amplios en los cuales, a falta de normativa especial, la aplicación principal o subsidiaria del derecho civil resulta indispensable. Un ejemplo de ello es el objeto del presente estudio, a saber, el problema de la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad civil de los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones, en el marco del ejercicio de una servidumbre eléctrica, particularmente en lo que concierne a sus relaciones con el dueño del predio sirviente.

### I. El deber de mantención de la seguridad en las instalaciones eléctricas

#### 1. La seguridad como idea directriz del marco regulatorio de los servicios eléctricos

Como es sabido, la normativa chilena sobre servicios eléctricos se encuentra inspirada en ciertas ideas directrices, calificadas en doctrina como principios del derecho eléctrico<sup>4</sup>, que les otorgan algunos caracteres esenciales, a saber: calidad, continuidad, obligatoriedad, regularidad, confiabilidad y seguridad.

En lo que respecta a la seguridad, esta se encuentra estrechamente vinculada con la noción de confiabilidad. En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 225 r) de la Ley General de Servicios Eléctricos<sup>5</sup> ("LGSE"), se entiende por confiabilidad aquella "cualidad de un sistema eléctrico determinada conjuntamente por la suficiencia, la seguridad y la calidad de servicio". Por consiguiente, la confiabilidad incluye la suficiencia, esto es, según la letra s) del mismo artículo, el "atributo de un sistema eléctrico cuyas instalaciones son adecuadas para abastecer su demanda"; la seguridad, vale decir, de acuerdo a la letra t) de este artículo, la "capacidad de respuesta de un sistema eléctrico, o parte de él, para soportar contingencias y minimizar la pérdida de con-

<sup>1</sup> Cfr. BERMÚDEZ 2012, 65 y ss.

<sup>2</sup> VERGARA 2010, 74.

<sup>3</sup> En este sentido recientemente MEJÍAS 2018, 621 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. VERGARA 2018a, 63 y ss.; VERGARA 2018b, 144 y ss.

<sup>5</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 4 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), de 2006.

sumos, a través de respaldos y de servicios complementarios"; como también la calidad de servicio, en los términos de la letra u)<sup>6</sup>.

Así las cosas, aunque el art. 225 r) LGSE incluye la seguridad dentro del concepto más amplio de confiabilidad, lo cierto es que aquélla merece ser tenida como una idea directriz autónoma del marco regulatorio de los servicios eléctricos, en la medida que lo irradia axiológicamente. De hecho, la preservación de la seguridad del servicio forma parte de los principios de la coordinación de la operación del sistema eléctrico nacional, conforme al numeral primero del art. 72-1 LGSE.

Ahora bien, de un atento análisis de la normativa sectorial resulta que la idea de seguridad en ella contenida no es unívoca, sino que se desdobra en dos nociones distintas, aunque mutuamente complementarias: si por una parte el art. 225 t) LGSE recién mencionado se refiere directamente a exigencias de seguridad del servicio dirigidas a todos los segmentos del sistema eléctrico, esto es, a la confiabilidad de los subsistemas de generación, transporte y distribución, donde el mayor riesgo a conjurar es la interrupción del suministro eléctrico<sup>7</sup>, otras normas de la LGSE, en particular, en lo que concierne al objeto del presente trabajo, su art. 139 y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, encuentran su *ratio* más bien en un intento de minimizar el riesgo de accidentes y consiguientes daños a las personas o a las cosas. Todo lo cual, por cierto, tiene importantes consecuencias en materia de responsabilidad patrimonial de los operadores por daños sufridos por terceras personas o cosas ajenas por eventuales defectos en la mantención de las instalaciones eléctricas.

## 2. Deberes de los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones. Interpretación administrativa y judicial

Analicemos las normas atinentes a la cuestión planteada. El precepto fundamental en la materia es el art. 139 LGSE, que dispone lo siguiente:

[1] Es deber de todo concesionario de servicio público de cualquier naturaleza mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas, de acuerdo a las disposiciones reglamentarias correspondientes. [2] En iguales condiciones de seguridad se deberán encontrar las instalaciones de energía eléctrica de uso privado. [3] Las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores serán sancionadas con las multas que establezca previamente el reglamento.

<sup>6</sup> El artículo 225 u) LGSE define la calidad como un "atributo de un sistema eléctrico determinado conjuntamente por la calidad del producto, la calidad del suministro y la calidad de servicio comercial, entregado a sus distintos usuarios o clientes". Por ende, se trata de un concepto que engloba distintos aspectos de la prestación del servicio de parte de los operadores eléctricos a los usuarios o clientes, que puede desglosarse en "calidad del producto" según el art. 225 v) LGSE; "calidad del suministro" de la letra w) del mismo artículo; y "calidad de servicio comercial", definida en la letra x) de este artículo.

<sup>7</sup> Cfr. SEPÚLVEDA 2010, 80.

En cuanto a las disposiciones reglamentarias aludidas en la norma recién citada, la primera que debe ser tomada en consideración es el art. 205 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos<sup>8</sup> ("RLGSE"), el cual, en términos igualmente genéricos, establece que:

es deber de todo operador de instalaciones eléctricas en servicio, sean de generación, transporte o distribución, y de todo aquel que utilice instalaciones interiores, mantenerlas en buen estado de conservación y en condiciones de evitar peligro para las personas o daño en las cosas.

Evidentemente, este deber consiste en un *facere*, sin que se explicite qué significa en concreto mantener las instalaciones en tales condiciones y, por tanto, cuál es el contenido específico de tal deber, circunstancia que también trae consigo cierta ambigüedad en cuanto al estándar de diligencia a emplear, la cual se plasma, como veremos, en la interpretación administrativa y judicial de los preceptos citados.

Otras disposiciones reglamentarias ofrecen más detalles respecto a cómo ha de cumplirse este deber de seguridad, estableciendo que el operador debe cortar o podar especies arbóreas, e incluso a derribarlas, cuando puedan afectar la seguridad de las líneas. Así, el art. 206 RLGSE señala en su inciso primero que:

las especificaciones técnicas de todo proyecto eléctrico, así como su ejecución, operación y mantenimiento, deberán ajustarse a las normas técnicas y reglamentos vigentes. En especial, deberán preservar el normal funcionamiento de las instalaciones de otros concesionarios de servicios públicos, la seguridad y comodidad de la circulación en las calles, caminos y demás vías públicas, y también la seguridad de las personas, las cosas y el medio ambiente.

En relación con ello, el art. 214 del mismo reglamento dispone en su inciso primero que:

los operadores de instalaciones eléctricas deberán contar con personal de emergencia para la reparación de fallas que afecten la continuidad o la calidad del suministro, que produzcan riesgo a la seguridad de las personas o daño en las cosas, que obstruyan las vías públicas o que dificulten el tránsito normal de las personas y vehículos. Por su parte, el art. 218 establece que "los operadores de instalaciones eléctricas deberán incluir en sus programas de mantenimiento la poda o corte de los árboles que puedan afectar la seguridad de sus instalaciones, utilizando técnicas adecuadas para preservar las especies arbóreas (...).

Más recientemente, el Reglamento de Seguridad de las Instalaciones Eléctricas destinadas a la Producción, Transporte, Prestación de Servicios Complementarios, Sistemas de Almacenamiento y Distribución de Energía

<sup>8</sup> Decreto N° 327 del Ministerio de Minería, de 1997.

Eléctrica<sup>9</sup> (“RSIE”) contiene en su Título II normas sobre “Responsabilidades” de los operadores de instalaciones eléctricas, disponiendo en su art. 4° que “los propietarios u operadores de todo tipo de instalaciones eléctricas, serán responsables de dar cumplimiento a las normas de seguridad establecidas en la ley, en la reglamentación vigente y en las normas técnicas sobre la materia”. Asimismo, señala en su art. 5° que:

toda instalación eléctrica deberá ejecutarse de acuerdo a un proyecto técnicamente concebido, el cual deberá asegurar que la instalación no presente riesgos para las personas o las cosas, cumpliendo además con las condiciones de eficiencia, y mantenimiento, establecidas en la normativa vigente.

Finalmente, cabe hacer presente que el art. 2° de la Ley N° 18.410, de 1985, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“LSEC”), faculta a dicho organismo para “fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad para verificar que la calidad de los servicios que se preste a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas”. En el ejercicio de tales funciones, la SEC ha dictado normativa especial, que vincula a los operadores eléctricos en virtud del art. 223 LGSE<sup>10</sup>, en concreto, los Oficios Circulares N° 2.824 de 2013, N° 2.999 de 2015, y, especialmente, N° 26.035 de 2017, que imparte Instrucciones sobre Mantenimiento de Instalaciones, Corte y Poda de Árboles en las Proximidades de Líneas Eléctricas (“Oficio Circular”).

Pues bien, el Oficio Circular, vinculando las dos nociones de seguridad antes señaladas, esto es, por una parte, la seguridad del servicio, identificada con la confiabilidad del suministro eléctrico, y, por la otra, la seguridad de las personas y las cosas, señala en su numeral 2.2 lo siguiente:

Como condición inherente al deber que tienen las empresas de dar un suministro continuo, de calidad y seguro, se distingue el deber de mantener las instalaciones. Este deber se consagra en el artículo 139 de la ley (...). El deber de mantener implica ejecutar las acciones orientadas a conservar una continuidad y seguridad de suministro, monitoreando y gestionando aquellas situaciones que impidan brindar dicha continuidad o bien identificando los

<sup>9</sup> Decreto N° 109 del Ministerio de Energía, de 2017.

<sup>10</sup> El art. 223 LGSE establece en su inciso segundo lo siguiente: “Es responsabilidad de los propietarios de todo tipo de instalaciones eléctricas el cumplir con las normas técnicas y reglamentos que se establezcan en virtud de la presente ley; el no cumplimiento de estas normas o reglamentos podrá ser sancionada por la Superintendencia con multas y/o desconexión de las instalaciones correspondientes, en conformidad a lo que establezcan los reglamentos respectivos”. Por otra parte, conforme al art. 72-6 LGSE, corresponde al Coordinador Eléctrico Nacional exigir a los operadores el cumplimiento de la normativa técnica y los requerimientos técnicos que instruya. Sobre las facultades de este organismo y, en especial, sobre su régimen de responsabilidad, véase PARADA 2019, 85 y ss.

riesgos que la amenacen para luego ejecutar acciones destinadas a mitigarlos o resolverlos (...).

En cuanto al deber de revisión de franja y roce de líneas con árboles situados dentro de aquélla o en sus inmediaciones, su sentido y alcance es fijado con minucioso detalle en el numeral 2.2(ii) Oficio Circular, que en lo sustancial dispone que el operador debe revisar y despejar las especies arbóreas existentes en la franja de seguridad de sus líneas conforme con sus respectivos planes de roce o planes de acción, teniendo presente además, las obligaciones contenidas en las respectivas resoluciones de calificación ambiental; despeje, tala o poda que está asociado especialmente a la eliminación de un peligro que pueda afectar a esas instalaciones para los efectos de otorgar un suministro eléctrico continuo. Adicionalmente, el operador debe revisar y gestionar la remoción de riesgos de árboles que, a su juicio, representen un riesgo inminente para la línea y la continuidad del servicio, no agotándose esta obligación en la franja de seguridad, sino que extendiéndose a los árboles vecinos o próximos que puedan constituir una amenaza o riesgo para las instalaciones. A partir de esto, la SEC deduce que el operador tiene el deber de vigilar permanentemente que, en el recorrido de la línea, no existan especies arbóreas cuya altura y condición evidente, constituyan una real amenaza, peligro o riesgo para la instalación y, en consecuencia, para la continuidad de suministro, todo ello acorde con los planes de roce de la empresa y los planes de acción propuestos a la misma SEC, siendo la gestión del riesgo de seguridad de la línea de responsabilidad del operador de la instalación perturbada.

Así, en la interpretación de la SEC, del art. 139 LGSE se desprenderían deberes específicos como, por ejemplo, el de revisar y gestionar la remoción de las especies arbóreas presentes en la franja de seguridad y en sus inmediaciones, conforme con los respectivos planes de roce, muy especialmente cuando haya un riesgo inminente para las instalaciones y la continuidad del servicio. Lo anterior, en el contexto de un deber de vigilancia permanentemente, de lo que podría concluirse que la gestión de esta clase de riesgos es de exclusiva responsabilidad del operador<sup>11</sup>.

Llegados a este punto, hay que destacar la circunstancia que tanto la normativa legal y reglamentaria como la interpretación administrativa y judicial, cuando discurren sobre la responsabilidad del dueño del predio sirviente, aluden únicamente a posibles perturbaciones al libre ejercicio de la servidumbre o peligros a la seguridad del servicio y, por ende, del suministro eléctrico continuo, sin referencia alguna a daños que eventualmente pudieran producirse en las personas o en las cosas. Si, por una parte, el art. 56 LGSE impone al propietario del suelo un deber de tolerancia, consistente en "permitir la entrada de inspectores y trabajadores debidamente identificados para efectuar trabajos de reparación, bajo la responsabilidad del concesiona-

<sup>11</sup> Esto es particularmente relevante cuando no se trata simplemente de plantaciones o algunos árboles en la franja de servidumbre, sino que derechamente de bosques. Al respecto véase MACHUCA 2017, 135 y ss.

rio a quien dichas líneas pertenecen”, el art. 57 LGSE, por la otra, le impone un deber de abstención, en cuanto:

no podrá hacer plantaciones, construcciones ni obras de otra naturaleza que perturben el libre ejercicio de las servidumbres establecidas por esta ley (...). Si infringiere esta disposición o sus plantaciones o arboledas crecieren de modo que perturbaren dicho ejercicio, el titular de la servidumbre podrá subsanar la infracción a costa del dueño del suelo.

Como puede apreciarse, ninguno de los preceptos transcritos alude a una responsabilidad patrimonial directa del dueño del predio sirviente por los daños que eventualmente pudieran sufrir terceras personas o cosas a raíz de su infracción normativa.

Distinto es el caso de los operadores eléctricos, cuyos deberes de mantención de las líneas se vinculan explícitamente tanto a la seguridad del suministro eléctrico como a evitar peligro de daño a personas y cosas. A partir de lo anterior, es posible sostener que de las dos nociones de seguridad que informan la normativa eléctrica, mientras las infracciones a los arts. 56 y 57 LGSE que pudieran imputarse al dueño del predio sirviente, son tomadas en consideración únicamente como un riesgo a la continuidad del suministro energético, las infracciones en las que pueda incurrir un operador eléctrico también son consideradas (y sancionadas) en la medida que pueden dar lugar a perjuicios a terceras personas o a cosas ajenas.

Si se lee conjuntamente y se intenta una interpretación armónica del art. 139 LGSE, los arts. 205, 206 y 218 RLGSE, los arts. 4° y 5° RSIE y el numeral 2.2 Oficio Circular, en una primera aproximación, estos preceptos parecerían endosar al operador de instalaciones eléctricas la obligación de evitar los daños producidos por la inobservancia por parte del dueño del predio superficial del deber de abstención contenido en el art. 57 LGSE o, incluso, una suerte de obligación de supervigilancia respecto del cumplimiento de este último. Tanto es así que la Corte Suprema, en un fallo relativamente reciente, ha resuelto que el deber que recae sobre los operadores eléctricos en materia de revisión de la franja y de roce de las líneas de árboles a la luz de lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria y, en especial, en el Oficio Circular, no requiere gestionar una autorización previa, sino que basta con lo dispuesto en la LGSE, como asimismo, que los operadores tienen el deber de efectuar directamente las obras de despeje, remoción o corte de los árboles que representen un peligro para la seguridad de las líneas, lo que podría dar a entender que, en última instancia, la responsabilidad es del operador y no del dueño del predio sirviente<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Corte Suprema. Rol N° 14853-2018, c. 12°: “Que, en el referido Oficio Circular N°26.035, de 15 de diciembre de 2017, la Superintendencia ha instruido a las empresas en el sentido que la obligación de revisión de la franja y de roce de las líneas de árboles comprende también la obligación de despeje de la misma, que implica ‘retirar toda la vegetación o también el material que con ocasión de incendios pueda afectar la seguridad de la línea’, facultando a la empresa para que intervenga en la vecindad y retire toda la vegetación o material, sin necesidad de

En una línea interpretativa similar, se ha establecido que, si bien la negativa del dueño del terreno superficial a que trabajadores de la concesionaria puedan efectuar obras de reparación constituye un acto ilegal y arbitrario por vulnerar los arts. 56 y 57 LGSE, los operadores de instalaciones eléctricas no solo están facultados para realizar trabajos de mantenimiento de las líneas, sino que se encontrarían “principalmente obligados a ello”, lo que pareciera deja entrever que, ante todo, sería un deber de estos últimos mantener las instalaciones en buen estado de conservación y en condiciones de evitar peligro para las personas o daño en las cosas, con independencia del comportamiento ilegal del dueño del predio sirviente<sup>13</sup>. Así, según la comprensión de la corte sobre la normativa sectorial de los servicios eléctricos, la infracción de los arts. 56 y 57 LGSE por parte del dueño del terreno superficial no representaría en sí misma un obstáculo serio para que el operador pueda cumplir su deber de revisión de la franja de servidumbre, que eventualmente la despeje e, incluso, que proceda a la remoción de los árboles que representen un riesgo inminente para la línea y la continuidad del servicio, aun contra la voluntad del propietario del predio sirviente, ya que bastaría la autorización de ingreso otorgada por las normas referidas.

Consecuencialmente, cabe sostener que tanto la interpretación judicial como administrativa del marco jurídico de los servicios eléctricos se inclinan por negar a los operadores la posibilidad de alegar eficazmente, por ejemplo, que un incendio se provocó por el contacto de las líneas de distribución con ramas de árboles que no deberían haber estado allí si el dueño del predio sirviente hubiese cumplido el deber de abstención impuesto en el art. 57 LGSE o, al menos, no entorpecido las obras de reparación conforme al art. 56 LGSE. Para nuestro máximo tribunal, los operadores eléctricos no solo están facultados, sino que se encuentran principalmente obligados a ejecutar “todas las labores que resulten necesarias” para la mantención de las instalaciones.

---

gestionar la autorización respectiva, conforme con lo preceptuado en el artículo 57 del D.F.L. N°4/20.018, Ley General de Servicios Eléctricos y con las disposiciones contenidas en la Norma de Seguridad N°5 E.N. 71 para Instalaciones de Corrientes Fuertes. Asimismo, de lo expuesto se puede colegir que, para los efectos de realizar estos trabajos conservativos de la seguridad de la línea de media tensión, resulta suficiente la autorización de ingreso que se encuentra contenida en la propia Ley General de Servicios Eléctricos, que se deriva de lo preceptuado por sus artículos 51 y 56”.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 15276-2018, c. 5°: “Que, entonces, de este panorama normativo básico se desprende razonablemente que las empresas concesionarias no solo están facultadas, sino que se encuentran principalmente obligadas, a ejecutar todas las labores que resulten necesarias para la mantención de las servidumbres eléctricas de que son titulares, y si bien la ley habla de ‘reparación’, lo cierto es que esta actividad debe entenderse incluyendo, como es lógico, la conservación de las instalaciones, única forma en que estas funcionen en situación de garantizar el servicio de utilidad pública que importa el transporte y suministro de electricidad”.

### 3. Deberes del propietario del predio sirviente. Interpretación administrativa y judicial

En lo que respecta al propietario sirviente, como ya se adelantó, el art. 57 LGSE consagra la prohibición de hacer plantaciones, construcciones u obras de otra naturaleza que perturben el libre ejercicio de las servidumbres establecidas por dicha ley, de modo que la infracción de esta disposición autoriza al operador a subsanarla a costa del dueño del suelo. Asimismo, en caso de que sea necesario efectuar trabajos de reparación o poda, el art. 56 LGSE le impone el deber de permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar tales trabajos, bajo la responsabilidad del operador, para lo cual tiene derecho al pago de una indemnización por el tránsito a que estos trabajos den lugar<sup>14</sup>. Así las cosas, la delimitación de deberes y responsabilidades entre una y otra parte exige un esfuerzo hermenéutico, en orden a armonizar los preceptos legales y reglamentarios citados.

No cabe duda de que la presencia de vegetación cerca de líneas de distribución de energía eléctrica constituye por sí misma un riesgo para la seguridad del servicio, debido al potencial contacto de ramas de árboles o arbustos con cables. De ahí que el Oficio Circular disponga en su numeral 2.2(ii) que, si bien la gestión del riesgo de seguridad de las líneas es responsabilidad del operador de la instalación perturbada, conforme con los planes de roce y planes de acción exigidos por la SEC, a la luz de lo establecido en el artículo 57° de la LGSE:

es responsabilidad del propietario del inmueble colindante con instalaciones eléctricas no hacer construcciones o plantaciones, ni dejar crecer arboledas que, por sus condiciones, se transformen en un riesgo para el servicio público de distribución y/o transmisión, y en caso que, no obstante lo anterior, estas se detecten, contribuir a la expedita eliminación o mitigación del riesgo.

Asimismo, con respecto a construcciones ubicadas bajo las líneas eléctricas en contravención a la normativa, el numeral 2.2(i) Oficio Circular, luego de establecer que es deber de los operadores monitorear permanentemente sus líneas, a fin de adoptar medidas para evitar que se construya bajo ellas, dispone que:

(...) conforme lo dispone el artículo 57° de la LGSE, también es obligación del dueño del predio sirviente, no realizar construcciones que puedan perturbar el libre ejercicio de la servidumbre de la empresa, por lo que, de constatare tanto la construcción como la perturbación, esto podría ser calificado y tratado administrativamente como una infracción

<sup>14</sup> El art. 69 N° 3 LGSE establece en favor del dueño del predio sirviente el derecho a que se le pague "una indemnización por el tránsito que el concesionario tiene derecho a hacer para los efectos de la custodia, conservación y reparación de las líneas (...)". Sobre los regímenes de acceso y tránsito al predio sirviente véase últimamente DÍAZ 2018, 41 y ss.

por parte del propietario del predio o bien, del poseedor que se repute como dueño.

Como puede apreciarse, la SEC alude explícitamente al carácter de infracción administrativa de la inobservancia por parte del dueño del predio sirviente del deber especial de abstención consagrado en el art. 57 LGSE, de lo que en principio podría resultar su responsabilidad patrimonial directa por los daños que ello pudiera ocasionar.

De esta guisa, la vulneración del deber especial de abstención contenido en el art. 57 LGSE respecto del dueño del suelo podría representar –ciertamente en la medida que se provoque un daño– una hipótesis de ilícito civil en la modalidad de culpa infraccional, es decir, una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (la ley, un reglamento, un oficio circular, etc.)<sup>15</sup>, cuestión esta última en la que nos detendremos en el acápite siguiente. La Corte Suprema ha fallado en consecuencia<sup>16</sup>.

Abona lo dicho el Ordinario N° 195 de la Dirección Regional de la Araucanía de la SEC, de 21 de junio de 2019 (“Ordinario 195”), en el cual, a propósito de la inobservancia del art. 57 LGSE por parte de una empresa forestal propietaria de un predio gravado con servidumbre eléctrica, se estableció que hay obligaciones y responsabilidades:

que asisten tanto a las empresas eléctricas como al dueño de los predios en que se ubican árboles cercanos a las redes eléctricas (...) contexto en el cual se instruyó verbalmente al administrador del predio la tala de los árboles, o la adopción de cualquier otra medida forestal que permitiera eliminar la condición de riesgo (...) lo que a la fecha no se ha cumplido (...) en este contexto, se debe tener presente que la normativa eléctrica (...) resulta aplicable tanto a los operadores de redes eléctricas como a los propietarios de plantaciones, por tanto, en este caso existe un claro incumplimiento por parte del propietario de los árboles respecto de la normativa eléctrica referida (...).

A mayor abundamiento, en lo que pareciera representar una jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales superiores de justicia, se ha fallado que la negativa injustificada a permitir a trabajadores del operador eléctrico el ingreso al predio sirviente para realizar obras de mantención y reparación, amén de dar lugar a una infracción al mencionado art. 56 LGSE, constituye una acción ilegal y arbitraria que afecta el derecho de propiedad del operador sobre las instalaciones eléctricas y, se podría agregar, su derecho de propiedad sobre la servidumbre, en virtud de lo dispuesto en el art. 19 N° 24

<sup>15</sup> Cfr. BARROS 2020, T 1, 104.

<sup>16</sup> Véase Corte Suprema Rol. N° 34224-2017, c. 11°.

de la Constitución Política de la República ("CPR"), precepto que reconoce la propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales<sup>17</sup>.

Por cierto, no hay que olvidar que lo expuesto precedentemente se presenta en el contexto de las limitaciones que impone al dueño del suelo la constitución de una servidumbre, inherente a la concesión eléctrica<sup>18</sup>. En la medida que el gravamen de la servidumbre consiste en el deber que tiene el dueño del predio sirviente de tolerar ciertos actos de uso por parte del dueño del predio dominante<sup>19</sup>, o de abstenerse de ejecutar ciertas facultades inherentes al dominio<sup>20</sup>, su constitución no puede significar –al menos en principio– imponer al propietario del suelo la ejecución de actos positivos (idea expresada en el viejo aforismo *servitus in faciendo consistere nequit*), no obstante lo dispuesto en el art. 823 del Código Civil ("CC")<sup>21</sup>. En este sentido, es muy importante destacar que la servidumbre eléctrica es un derecho real limitado sobre un predio en el cual se encuentran instalaciones eléctricas que no son del dueño del suelo y, por ende, una limitación al dominio, pero no una

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, Corte Suprema Rol N° 14853-2018, c. 15°: "(...) aparece con toda claridad que la negativa de la recurrida a franquear el ingreso de los trabajadores de la actora al predio en el que se instala, o por el que pasa el tendido eléctrico de cuya mantención es responsable la empresa recurrente, resulta ilegal, desde que contraviene el texto expreso de las disposiciones recién citadas. Asimismo, esta conducta puede ser reprochada de caprichosa y contraria a la razón o buen juicio, teniendo en vista que la normativa legal y reglamentaria se orienta al aseguramiento de las personas y cosas, y a la protección del medioambiente, del cual la propia recurrida resulta beneficiaria, de modo que debe ser también calificada de arbitraria", como asimismo, que "la conducta desplegada por la recurrida, indicada en el motivo precedente, importa una acción de autotutela, en virtud de la cual la recurrente se ha visto en la imposibilidad, de manera imprevista e inconsulta, de cumplir con su obligación legal de dar mantenimiento al tendido eléctrico, esto es, de realizar las labores de inspección y mantenimiento que la ley le impone en aras de asegurar la integridad del oleoducto y de evitar los riesgos de incendio forestal que involucra la existencia de vegetación y otros materiales combustibles en la franja de seguridad del tendido eléctrico". En términos casi idénticos la misma corte, en sentencias de la misma fecha y de roles correlativos Corte Suprema Rol N° 14854-2018, c. 12°, Corte Suprema Rol N° 14855-2018, c. 14°, Corte Suprema Rol N° 14856-2018, c. 15°, y Corte Suprema Rol N° 14857-2018, c. 15°, y en sentencia Corte Suprema Rol N° 115-2018, c. 10°. Véase también Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 7093-2013 c. 10° y 11°: "Que de acuerdo a lo que se ha expresado, la negativa de la recurrida de impedir el acceso a su predio del personal de la Cooperativa recurrente, para realizar las labores ya indicadas, resulta ilegal pues infringe las disposiciones antes consignadas, que son las que regulan la situación ocurrida en estos autos, vale decir, aquella de mantener la seguridad de redes de tendido eléctrico que atraviesan terrenos de terceros (...). Que el acto arbitrario e ilegal ya descrito afecta el legítimo ejercicio del derecho de propiedad de la recurrente sobre sus instalaciones eléctricas (...)". En términos similares la misma corte, en sentencias. Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 6990-2017, Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 6948-2017 y Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 867-2018.

<sup>18</sup> Véase art. 2° N° 4 LGSE.

<sup>19</sup> En la especie, el predio dominante consistiría en la instalación eléctrica, que si bien no constituye un inmueble por naturaleza, sí lo es por adherencia o destinación, según el caso.

<sup>20</sup> Cfr. ALESSANDRI et al. 2016, 181.

<sup>21</sup> Cabe hacer presente que si bien el art. 823 CC se refiere en su inciso segundo a la posibilidad de que las servidumbres positivas impongan al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, el ejemplo allí aludido, esto es, la hipótesis descrita en el art. 842 CC, no corresponde propiamente a una servidumbre.

desmembración del mismo. Lo dicho significa que la constitución de una servidumbre eléctrica no trae consigo que el propietario del predio sirviente pierda las facultades inherentes a su derecho de dominio (*ius utendi, ius fruendi* e *ius abutendi*: facultades de uso, goce y disposición), sino simplemente la carga de ejercerlas dentro de los límites que le impone el gravamen<sup>22</sup>.

Con todo, si bien la servidumbre no impone en principio deberes positivos, sino solo negativos (tolerancia de actos ajenos o abstención de actos propios), ello ha de ser armonizado con la regla contenida en el art. 828 CC, en cuanto a que el titular de una servidumbre tiene derecho a todos aquellos medios que razonablemente sean necesarios para ejercerla<sup>23</sup>. De ahí que en situaciones concretas el dueño del predio sirviente sí podría, indirectamente, estar obligado a "hacer algo" a favor del titular de la servidumbre, en cuanto los medios necesarios para ejercerla supongan cierto grado de cooperación activa de parte del primero y no meramente pasiva. Un ejemplo de lo dicho sería, precisamente, la prohibición al propietario del predio sirviente de hacer plantaciones, construcciones u obras de otra naturaleza que perturben el libre ejercicio de la servidumbre (art. 57 LGSE), lo que indirectamente puede traer consigo la obligación de podar, talar o demoler lo ya plantado o construido y, por consiguiente, un "hacer". Lo anterior, en cuanto aplicación especial en materia de servicios eléctricos del principio general establecido en el art. 830 CC, según el cual el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo, y sin perjuicio de que, en todo caso, las obras indispensables para ejercer la servidumbre son de cargo del que la goza (art. 829 CC).

De lo expuesto precedentemente resulta que existe cierta complementariedad o correlatividad, como ha sostenido la Corte Suprema, entre la observancia del dueño del predio sirviente de los deberes de tolerancia y abstención que le impone el gravamen legal, por una parte, y las obligaciones que la LGSE impone al operador eléctrico en materia de seguridad de las instalaciones, en el marco del ejercicio de una servidumbre eléctrica, por la otra<sup>24</sup>. En efecto, el cumplimiento por parte del propietario del suelo de los deberes establecidos en la ley en materia de servidumbres, y muy especialmente en los arts. 56 y 57 LGSE como especificación del deber general contenido en el art. 830 CC, representa una condición indispensable para el cumplimiento por parte del operador eléctrico de su obligación de manten-

<sup>22</sup> EVANS 2006, 109. Cfr. PEÑAILILLO 2019, 1260 y ss.; CORRAL 2020, 515 y ss.

<sup>23</sup> Art. 828 CC: "El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título". Cfr. ALESSANDRI *et al.* 2016, 191.

<sup>24</sup> Corte Suprema. Rol N° 14853-2018, c. 10°: "Que, para los efectos del cumplimiento de dichas obligaciones, la misma ley ha dispuesto, en su artículo 56, una correlativa que pesa sobre el dueño del predio sirviente de la servidumbre contemplada en el artículo 51 de la sobredicha ley, de permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar las labores de reparación".

ción contenida en el art. 139 LGSE y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, todo lo cual exige un esfuerzo hermenéutico en orden a delimitar los respectivos ámbitos de responsabilidad civil de una y otra parte, según se trata a continuación.

## II. Régimen de responsabilidad civil aplicable a los operadores eléctricos en el contexto descrito

Como ya se expuso, tanto la normativa legal y reglamentaria como la jurisprudencia administrativa y judicial analizadas, cuando discurren sobre las infracciones del dueño del predio sirviente a los arts. 56 y 57 LGSE, aluden únicamente a posibles perturbaciones al libre ejercicio de la servidumbre o peligros para la seguridad del suministro eléctrico continuo, sin referencia alguna a daños patrimoniales o extrapatrimoniales que eventualmente pudieran producirse. En cambio, cuando se ocasiona un daño a las personas o las cosas, se tiende a atribuir la responsabilidad al operador eléctrico, incluso cuando ello se debe a un entorpecimiento por parte del dueño del suelo a las labores de mantención de las instalaciones del operador.

Pues bien, a falta de normativa especial en materia de responsabilidad civil de los operadores eléctricos, esta ha de quedar sometida al régimen jurídico común, esto es, al contenido en el Título XXXV "De los delitos y cuasidelitos" del Libro Cuarto del Código Civil (arts. 2314 ss. CC), el cual comienza estableciendo el principio básico aplicable en la materia, al disponer que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito" (art. 2314 CC.). Expresa en lo esencial la misma idea el inciso primero del art. 2329 CC, según el cual "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta".

Sin que pretendamos presentar una exposición sistemática de los requisitos de la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno, lo que ciertamente excede los márgenes del presente trabajo, cabe tener presente desde ya que, para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos, a saber: (i) una acción u omisión, siendo especialmente relevante esta segunda hipótesis en supuestos en los que una persona se encuentra en la necesidad de observar determinados deberes de conducta impuestos por una norma<sup>25</sup>; (ii) antijuridicidad de esta acción u omisión, la cual puede llegar a ser presumida en eventos de culpa

<sup>25</sup> La configuración de supuestos de responsabilidad por omisión es, en principio, más fácil en materia civil que en materia penal, ya que la dogmática civil entiende que basta con que el agente haya tenido cierto deber de conducta general o especial emanado del ordenamiento jurídico que le impone una posición de garante, aunque sea en términos más bien difusos o, al menos, no suficientemente tipificados, lo que no siempre equivaldrá a los casos de "posición de garante" en sentido estricto de que trata la dogmática penal, como ocurre, por ejemplo, en la hipótesis contenida en el art. 494 N° 14 del Código Penal. Cfr. CORRAL 2013, 114-115.

infracional<sup>26</sup>; (iii) nocividad, vale decir, provocación de un daño cierto, real y efectivo (no puramente incierto, hipotético o eventual); (iv) causalidad, lo cual exige complementar el análisis de la causalidad natural (elemento meramente fáctico) con criterios normativos que permitan sostener que un determinado hecho o daño debe imputarse como efecto de una conducta<sup>27</sup>; y (v) culpabilidad, esto es, un juicio de reproche personal al autor, el cual puede fundarse en una conducta dolosa (con intención positiva de dañar) o culposa (negligente), donde el estándar de cuidado exigido es el ordinario, que se contrapone a la culpa leve, que es la culpa sin otra calificación del art. 44 CC<sup>28</sup>.

De la exigencia de estos cinco elementos copulativos como base de la constitución de una obligación de indemnizar perjuicios en sede extracontractual de acuerdo al derecho común en la materia, se desprende como corolario que solo en ámbitos especialmente diferenciados por el legislador, la culpabilidad no forma parte de la estructura del régimen de responsabilidad. Se trata de la así llamada responsabilidad civil estricta u objetiva, la cual por regla general encuentra su fundamento en el aprovechamiento pecuniario de una actividad riesgosa o susceptible de causar daños, normalmente de gran magnitud<sup>29</sup>. Solo en estas hipótesis, que suponen texto legal expreso, sin que puedan inferirse o desprenderse de una interpretación extensiva o aplicación analógica de regímenes especiales<sup>30</sup>, como tampoco de una aplicación demasiado laxa o derechamente torcida de situaciones en las cuales se admite la presunción de culpa, como ocurre en el marco de la culpa infraccional, puede afirmarse que el estándar de cuidado empleado por el agente es irrelevante, y que la conexión causal entre una acción u omisión antijurídica y el daño basta por sí sola para configurar la obligación indemnizatoria.

En el evento de considerarse que el operador eléctrico ha incumplido sus deberes de mantención de las instalaciones establecidos en el art. 139 LGSE y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, nos enfrentaríamos, precisamente, a una hipótesis de culpa infraccional, vale decir, la contravención de ciertos deberes de cuidado “tipificados”<sup>31</sup>. La inobservancia de estos deberes permite construir un supuesto de culpa presumida por omisión, ya que del mismo modo como cuando el daño es provocado

<sup>26</sup> Como señala CORRAL 2013, 114-115, cuando la infracción a un deber de conducta “tipificado” (así llamada infracción contravencional) provoca un daño, “el tipo infraccional funcionará a la vez como tipo de la responsabilidad sancionatoria y de la responsabilidad civil. Es decir, la tipificación prevista para contravencionales servirá también como factor indiciario de la antijuridicidad de la responsabilidad civil anexa a la infraccional”.

<sup>27</sup> Cfr. CORRAL 2013, 186.

<sup>28</sup> Así se desprende del inciso tercero del art. 44 CC: “(...) Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve (...)”. Al respecto, véase por todos BARROS 2020, T I 86.

<sup>29</sup> Exposiciones de conjunto en BARROS 2020, T I 469 y ss.; CORRAL 2013, 214 y ss.

<sup>30</sup> Hay texto expreso en este sentido, por ejemplo, en materia responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados con ocasión de un accidente aéreo (Ley N° 18.916, Código Aeronáutico), o daños provenientes del uso de instalaciones nucleares (Ley N° 18.302, sobre seguridad nuclear). Cfr. DÍAZ 2007, 79 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. BARROS 2020, T I 104.

por una conducta positiva, la infracción de un deber de actuar impuesto por una norma jurídica es suficiente para presumir la culpa en cuanto criterio de imputación subjetiva de responsabilidad.

En efecto, cuando un daño se produce como consecuencia de la infracción de alguna norma legal o administrativa, se considera en doctrina que el acto en principio sería ilícito y, por tanto, eventualmente desencadenante de responsabilidad extracontractual (en la medida que sea causa directa de un daño indemnizable), sin que sea necesario entrar en otras calificaciones; la declaración de ilegalidad de la conducta lleva implícita una declaración de culpabilidad, porque como expresa un autor, lo ilegal siempre lleva el sello de la culpa<sup>32</sup>. Lo dicho significa que la apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria, si este último tiene por causa la violación de una obligación determinada contenida en una ley o reglamento<sup>33</sup>. Luego, hay lugar a la culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que se estimaron necesarias para evitar un daño.

Como ya se vio, la seguridad de las instalaciones eléctricas se encuentra sujeta a una muy detallada regulación de base técnica, por lo que se puede asumir que la observancia de las normas legales y reglamentarias es, por lo menos, un indicio de diligencia<sup>34</sup>. En cambio, el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de estas normas trae consigo en la práctica una inversión de la carga probatoria, en el sentido de que se trataría de un indicio de negligencia. Del mismo modo como ocurre cuando el daño es producido por una acción positiva del autor, la infracción de un deber de actuar impuesto en la normativa sectorial sería suficiente para presumir la concurrencia de culpa<sup>35</sup>. Tal presunción busca favorecer a la víctima, y obedece a que el incumplimiento de deberes de cuidado constituye un hecho normativo que, por regla general, es desconocido en sus detalles por esta, pero que puede inferirse a partir de un hecho externo, como es el acaecimiento de un accidente.

Se trata, por tanto, no de una mera infracción al deber general de cuidado (*alterum non laedere*) consagrado en los arts. 2314 y 2329 CC, sino que a un deber jurídico especial, establecido expresamente en una norma positiva, esto es, a un deber de conducta "tipificado" (así llamada infracción contravencional), y que opera como factor indiciario de la antijuridicidad de la responsabilidad civil anexa a la infraccional<sup>36</sup>. Por cierto, lo dicho no significa que esta suerte de tipificación del ilícito civil haga innecesario acreditar los demás requisitos generales para que nazca definitivamente la obligación de

<sup>32</sup> BARROS 2020, T I 105.

<sup>33</sup> ALESSANDRI 1983, 175. En el mismo sentido CORRAL 2013, 211.

<sup>34</sup> Cfr. BARROS 2020, T I 104.

<sup>35</sup> Cfr. ALESSANDRI 1983, 201.

<sup>36</sup> Cfr. CORRAL 2013, 114.

indemnizar; de lo contrario, la presunción de culpa derivada de la infracción de un deber normativo devendría en los hechos en una especie de responsabilidad objetiva hipertrofiada en su extensión<sup>37</sup>.

Así las cosas, para que surja responsabilidad civil, de acuerdo a las reglas de derecho común, que no han sido alteradas por la legislación especial del sector eléctrico, en supuestos de culpa infraccional siempre será necesario acreditar la imputación objetiva, esto es, el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, el que no se desprende de suyo del mero hecho de la infracción de una norma legal o reglamentaria. Lo anterior es de la lógica más elemental, ya que mal podría imponerse a un sujeto la obligación de indemnizar perjuicios que no son consecuencia inmediata y directa de una acción u omisión antijurídica propia. De hecho, la exigencia de una relación de causalidad se encuentra consagrada con meridiana claridad en los arts. 2314 y 2329 CC; en el primero, al disponer que quien “ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”; y en el segundo, al establecer que “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”<sup>38</sup>.

Asimismo, la necesidad de acreditar la relación causal entre la infracción normativa y el daño producido se encuentra explicitada en términos claros y precisos, por ejemplo, en la legislación de tránsito<sup>39</sup>, sobre procedimiento a seguir ante los juzgados de policía local<sup>40</sup>, y en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente<sup>41</sup>. Si bien se trata de ámbitos normativos distintos del objeto del presente artículo, no vemos en la especie obstáculo hermenéutico para estimar que los preceptos citados, coincidentes en lo fundamental con los arts. 2314 y 2329 CC, expresan un principio general en materia de imputación de los daños producidos por la infracción de deberes de cuidado consagrados en una ley o reglamento, atendiendo al fin de aquella o este.

En definitiva, la presunción de culpabilidad a que da lugar el incumplimiento de los deberes establecidos en el art. 139 LGSE y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, no constituye de suyo una

<sup>37</sup> *Ibid.*, 115.

<sup>38</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ 2001, 7 y ss. Una exposición más desarrollada de la cuestión, desde una perspectiva jurisprudencial, en BARAONA 2008, 59 y ss.

<sup>39</sup> Art. 171 de la Ley N° 18.290, de 1984: “El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización”.

<sup>40</sup> Art. 14 Ley N° 18.287, de 1984: “El solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido”.

<sup>41</sup> El art. 52, inciso segundo, de la Ley N° 19.300, de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, dispone que, sin perjuicio de que se presume legalmente (esto es, se admite prueba en contrario) la responsabilidad del autor del daño ambiental si existe infracción a las normas de calidad ambiental (“culpa infraccional”), “solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

presunción de responsabilidad civil y consiguiente obligación de indemnizar perjuicios, sino que significa más bien que el operador infractor se encuentra en la necesidad de acreditar que empleó la debida diligencia (inversión de la carga probatoria), vale decir, que cumplió los deberes impuestos por una norma jurídica concreta, que no es lo mismo exactamente<sup>42</sup>. La relación causal entre la infracción legal o reglamentaria y los daños siempre deberá probarse. De ahí que bien pueda sostenerse que las presunciones de descuido de las leyes o reglamentos solo han de servir de guía al juez, ya que la vulneración de preceptos legales o reglamentarios es solo un indicio de prueba de una lesión del cuidado en el sentido de los delitos culposos, pero no una prueba del nexo causal con los daños y perjuicios verificados<sup>43</sup>.

No obstante lo anterior, un atento análisis de la jurisprudencia más reciente permite advertir en ella cierta tendencia a enmarcar la responsabilidad civil de los operadores eléctricos en un régimen que, en la práctica, es muy similar a la así llamada responsabilidad objetiva o estricta, esto es, una hipótesis de obligación de indemnizar perjuicios sin que sea necesario que concurra en absoluto un criterio de imputación subjetiva (dolo o culpa, sea esta presumida o no), en el entendido que bastaría la existencia del vínculo causal entre una acción u omisión antijurídica y el daño para que surja responsabilidad. En efecto, si bien en abstracto nadie discute que la responsabilidad objetiva o estricta requiere texto legal expreso, en la medida que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad por culpa (arts. 2314 ss. CC), los daños a las personas o a las cosas producidos dentro de la esfera de control de un operador eléctrico muchas veces son vistos por nuestros tribunales superiores como una prueba tanto de su culpa infraccional como del correspondiente nexo causal entre la infracción normativa y los perjuicios acaecidos<sup>44</sup>. De esta guisa, la prueba de la diligencia se torna especialmente difícil (si no imposible), ya que si se produjo un daño, desde la perspectiva del tribunal ello sería porque el operador incumplió o cumplió imperfectamente alguno de sus deberes de cuidado establecidos en la normativa legal o reglamentaria aplicable.

Lo expuesto precedentemente representa una aplicación (consciente o inconsciente) por parte de los tribunales del aforismo *res ipsa loquitur* ("los hechos hablan por sí mismos"), en virtud del cual se asume que si se ha verificado un daño real y cierto dentro del ámbito de control del operador eléctrico, es porque este algo no hizo bien, ya que se parte de la premisa (no probada en absoluto) de que si hubiera cumplido a cabalidad todos sus deberes de cuidado, el daño no se habría producido. Así las cosas, si bien

<sup>42</sup> Sobre esta distinción véase BASSI 2015, 85 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. BASSI 2017, 57.

<sup>44</sup> Como señala BARROS 2020, T I 160-161, la presunción de culpa opera cuando la cosa o la actividad que origina el daño ha estado "bajo el control del demandado, pues no puede presumirse la culpa si el daño ocurre fuera de su ámbito de control", y en la medida en que "el accidente sea de aquellos que en el curso ordinario de los acontecimientos no ocurren en ausencia de negligencia".

formalmente se sigue razonando sobre la base de criterios subjetivos de imputación de responsabilidad, cuya presencia se presume, y, por tanto, dentro de los márgenes legales del estatuto de responsabilidad extracontractual regulado en los arts. 2314 ss. CC, no es menos cierto que, en la práctica, se incurre en una aplicación velada y contra texto expreso de un estatuto de responsabilidad objetiva, en cuanto bastaría la prueba de los perjuicios para vincularlos causalmente con la infracción normativa.

Esto es lo que parece estar en el razonamiento que subyace a una sentencia dictada por la Corte Suprema en 2014, donde a pesar de referirse explícitamente a la aplicación de un régimen de responsabilidad fundado en la culpa (Título XXXIII del Código Civil), e implícitamente a una infracción normativa por parte del dueño del predio sirviente, que realizó plantaciones dentro de la franja de seguridad de la servidumbre en contravención del art. 57 LGSE, acaba por imputar toda la responsabilidad al operador eléctrico, asumiendo que los daños y perjuicios derivan causalmente de su infracción "inexcusable" al art. 139 LGSE, al no tomar todas las medidas necesarias para evitarlos, sin entrar a considerar si esta última se debió a la contravención de aquél:

Que la capacidad de la demandada para cometer un ilícito civil no ha sido discutida, y aparece con toda claridad de su calidad de persona jurídica que puede ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, según se desprende del Título XXXIII del Código Civil. En este caso Copelec Limitada responde por hecho propio, en atención a que la obligación de cuidado imputada por el legislador radica en ella. En efecto, es la concesionaria del servicio público la que debe mantener sus instalaciones en condiciones de evitar peligros, lo que evidentemente incluye el cumplimiento de la obligación reglamentaria de mantener la faja de seguridad en buen estado (artículo 139 de la Ley General de Servicios Eléctricos y sus respectivos reglamentos). La empresa demandada no tomó las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones legales antes referidas, y no evitó el riesgo evidente y previsible de incendio ante la interacción del bosque con líneas de transmisión de electricidad de alta tensión (...). Que en lo que respecta a culpa ya se señaló que la demandada no cumplió el deber de cuidado que le imponía la ley, consistente, en lo fundamental, en la mantención de la faja de seguridad en términos tales de evitar riesgos; deber de conducta que tiene su justificación en la necesidad de evitar accidentes e incendios que naturalmente emanan en la interacción de bosques y líneas de tendido eléctrico. Esta infracción al deber de cuidado equivale a la culpa exigida por el artículo 2314 del Código Civil, porque da cuenta de un descuido, que se hace inexcusable, ante el evidente riesgo que implica su desacato<sup>45</sup>.

En una línea argumentativa similar, se ha resuelto más recientemente que:

<sup>45</sup> Corte Suprema. Rol N° 4553-2013 c. 8° y 9°.

de este panorama normativo básico se desprende razonablemente que las empresas concesionarias no solo están facultadas, sino que se encuentran principalmente obligadas, a ejecutar todas las labores que resulten necesarias para la mantención de las servidumbres eléctricas de que son titulares, y si bien la ley habla de 'reparación', lo cierto es que esta actividad debe entenderse incluyendo, como es lógico, la conservación de las instalaciones, única forma en que estas funcionen en situación de garantizar el servicio de utilidad pública que importa el transporte y suministro de electricidad<sup>46</sup>.

Así las cosas, pareciera que no importara que el dueño del predio sirviente haya incumplido el deber de abstención del art. 57 LGSE o que, incluso, se haya negado injustificadamente a que trabajadores del operador eléctrico ingresen a realizar obras de mantención (lo que, por su parte, contraviene el art. 56 LGSE); si como consecuencia de lo anterior no solo se afecta la seguridad del suministro eléctrico, sino que se provocan daños en las personas o en las cosas, ello sería en sí mismo una prueba (*res ipsa loquitur*) de que el operador no cumplió a cabalidad los deberes de mantención ni ejerció las facultades de vigilancia contenidos principalmente en el art. 139 LGSE, arts. 205 RLGE, 206 y 218 RLGE, y, por ello, es civilmente responsable por el hecho propio.

Lo dicho pareciera implicar la atribución al operador eléctrico de una suerte de deber de supervigilancia respecto del cumplimiento por parte del propietario del predio sirviente de sus propios deberes, una atribución general para corregir sus deficiencias, al punto que, de no hacerlo, se podría incurrir en una "infracción gravísima" a la normativa<sup>47</sup>. Por lo demás, de la parte final del art. 57 LGSE pareciera desprenderse que la responsabilidad del dueño del suelo que infringe el deber de abstención consagrado en este precepto, quedaría limitada al reembolso del costo de las reparaciones o poda que ha tenido que efectuar directamente el operador ante la negativa injustificada de aquél, en una adaptación de las reglas de derecho común contenidas en los arts. 1553 N° 2 y 1555 inciso segundo CC<sup>48</sup>, sin alusión alguna a

<sup>46</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 15276-2018, c. 5°.

<sup>47</sup> Sin hacer alusión a eventuales incumplimientos del dueño del predio sirviente, el art. 327 RLGE dispone que, específicamente en el caso de concesionarios del servicio público de distribución de energía eléctrica, toda infracción a los estándares de calidad del servicio indicados en el art. 222 del mismo cuerpo normativo (lo que incluye el parámetro de la seguridad de las instalaciones y el mantenimiento de las mismas, así como la oportuna atención y corrección de situaciones de emergencia y accidentes), será sancionada por la SEC como deficiente calidad de servicio, lo cual implica una hipótesis de responsabilidad administrativa, calificada bajo ciertas circunstancias en el art. 15 N° 4 LSEC como una "infracción gravísima".

<sup>48</sup> El art. 1553 CC establece en su N° 3 que ante el incumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor podrá pedir "que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a costa del deudor". Por su parte, el art. 1555 CC dispone en su inciso segundo, a propósito del incumplimiento de obligaciones de no hacer, que "pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor".

los daños que puedan provocarse a terceras personas o cosas ajenas. Ello, en cuanto los operadores no están dotados de facultades coercitivas para adoptar medidas destinadas a que el dueño del suelo ejecute por sí mismo los trabajos de reparación o poda, según corresponda.

A mayor abundamiento, esta es la interpretación que parece dar a la normativa sectorial la sentencia definitiva de primera instancia de un juicio actualmente en curso, en la que se condenó a la empresa distribuidora de energía eléctrica CGE a pagar una indemnización de perjuicios de más de mil seiscientos millones de pesos, al atribuirle responsabilidad civil por un incendio acaecido en el año 2016 en la Sexta Región. Entre los fundamentos de la sentencia, el tribunal sostuvo la existencia de:

un deber general de dar seguridad por parte de los concesionarios eléctricos, destinados mantener en buen estado sus instalaciones, evitando peligro tanto a personas o cosas, colocándolo en un lugar de garante frente a la comunidad en general, y por lo tanto, haciendo extensiva la obligación de las concesionarias de resguardo de sus líneas de tensión eléctrica independiente del lugar en que se encuentren con el objeto de prevenir siniestros, incendios u otros sucesos que importen daño a personas o cosas. De aquí entonces es que poseen una obligación de resultado y no de medios, y como consecuencia, al no haber retirado en forma previa a la ocurrencia del incendio el material combustible que estaba bajo la línea de transmisión eléctrica situado alrededor del poste es que debe responder frente a dicho incumplimiento legal y reglamentario<sup>49</sup>.

Podemos entender que, en el plano de los argumentos metajurídicos, la eventual asimetría económica y de información entre la posición del operador de instalaciones eléctricas y la víctima del daño, como asimismo, la dificultad práctica para hacer efectiva la responsabilidad del propietario superficial, cuando no se puede identificar exactamente en qué predio puede haberse iniciado un incendio, amén de la eventual limitación económica de este para indemnizar los daños causados, favorezca en los hechos el establecimiento de una línea interpretativa como la señalada, que tiende a buscar en el operador eléctrico el patrimonio que soporte el peso de la reparación, por ser quien reporta el mayor beneficio del ejercicio de una actividad económica riesgosa y quien se encuentra en una mejor posición para conocer en detalle el riesgo potencial y tomar medidas adecuadas para evitarlo, asumiendo los correspondientes gastos de prevención.

Sin embargo, no hay que olvidar que una postura interpretativa como la enunciada no cuenta con el debido sustento en la normativa sectorial sobre servicios eléctricos, que en materia de responsabilidad civil extracontractual se rigen por el derecho común: responsabilidad por culpa según lo dispuesto en los arts. 2314 ss. CC, sea esta presumida o no. A menos que la ley disponga expresamente lo contrario, no es lícito imponer un operador eléctrico la

<sup>49</sup> 1° Juzgado de Letras de Santa Cruz. Rol N° C-1349-2017 c. 26°.

obligación de indemnizar perjuicios que deriven de una acción u omisión que no le es imputable subjetivamente, es decir, que no presenta un reproche de culpabilidad en su contra; y como hemos visto, ninguna de las normas que configura el marco regulatorio de los servicios eléctricos en Chile consagra un régimen de responsabilidad estricta u objetiva (sin culpa) de los operadores: no lo hace la LGSE, ni mucho menos lo pueden hacer las disposiciones reglamentarias que la complementan, atendida su jerarquía infralegal<sup>50</sup>. Mucho menos cabe dar por acreditado el nexo causal entre una infracción normativa (que conlleva una presunción de culpa que, en todo caso, admite prueba en contrario, por difícil que esta sea) y los daños por el simple hecho de la antijuridicidad de la conducta del operador, como si la presunción de la culpa fuera equivalente a la presunción de los demás requisitos de la responsabilidad civil.

La circunstancia fáctica de que un operador eléctrico desarrolle una actividad económica que conlleva ciertos riesgos y tiene la potencialidad de causar daños a terceras personas, cosas ajenas o el medio ambiente, así como la eventual asimetría económica y de información que pudiera presentarse entre el operador y las potenciales víctimas, encontrándose el primero por regla general en una mejor posición para conocer en detalle el riesgo potencial y tomar las medidas adecuadas para conjurarlo, no justifica que la SEC o los tribunales de justicia puedan arrogarse la facultad de subvertir el sentido genuino de las normas que reglan el régimen de responsabilidad civil extracontractual establecido por la ley en este ámbito, el cual, insistimos, es el común, fundado en la culpa del autor y no en la teoría del riesgo creado, ajeno a nuestra legislación en esta materia. Por lo demás, lo dicho hunde sus raíces no solo en fundamentos de derecho civil, sino que también –y muy especialmente– en preceptos de rango constitucional, en concreto, en el principio de juridicidad consagrado en los arts. 6 y 7 CPR, que impide a un órgano del Estado que no corresponda al poder legislativo, crear un régimen de responsabilidad civil distinto del legal<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Esta idea se sintetiza en las siguientes palabras de CORRAL 2013, 218 ss.: “la regla general y el prototipo de responsabilidad en nuestro ordenamiento continúa siendo el de la responsabilidad por culpa (...) en nuestro sistema no puede haber objetivación de la responsabilidad por analogía o interpretación judicial, siendo necesaria la intervención del legislador. En los casos dudosos, habrá de seguirse el criterio de la responsabilidad subjetiva”.

<sup>51</sup> En virtud del principio de juridicidad, los órganos del Estado (entre los que se encuentran tanto los tribunales de justicia como la SEC) “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (art. 6° CPR), y “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (art. 7° CPR). De ahí que los tribunales no puedan atribuirse la facultad de dictar normas jurídicas, ya que carecen tanto de potestad legislativa como reglamentaria. Luego, los tribunales no están facultados para crear en los hechos y veladamente un régimen de responsabilidad civil que no se encuentra establecido expresamente en la ley: la función de los tribunales de justicia es resolver contiendas jurídicas mediante la interpretación y aplicación de la normativa vigente, no crear normas que no existen a través de una supuesta interpretación extensiva o analógica que, en realidad, lo que hace es vulnerar el genuino sentido de las normas que conforman el régimen común de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa,

Finalmente, en la eventualidad que, a pesar de lo expuesto precedentemente, un juez de todos modos atribuyera únicamente al operador eléctrico la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de un accidente provocado por infracciones normativas del dueño del predio sirviente (en especial, a los arts. 56 y 57 LGSE) o, en general, por no haber ejecutado "todas las labores que resulten necesarias" para mantener las instalaciones en condiciones seguras, en virtud de esa suerte de posición de garante que nuestros tribunales atribuyen a los operadores según la interpretación habitual del art. 139 LGSE y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan, confundiendo la culpa infraccional presunta con la responsabilidad objetiva, correspondería en derecho una rebaja proporcional de la cuantía indemnizatoria, ya sea por la concurrencia de concausas en la producción de los perjuicios (la infracción del propietario del predio sirviente a los arts. 56 y 57 LGSE sería igualmente causa del daño), por la exposición imprudente de la víctima al daño (cuando es el mismo propietario del suelo infractor quien lo sufre), o por incumplimiento del deber de la víctima de mitigar el propio daño. Todo lo cual, por cierto, exige complementar el análisis de la causalidad natural (elemento meramente fáctico del accidente reportado en las instalaciones) con criterios normativos que permitan sostener que un determinado hecho o daño debe imputarse como efecto de una conducta del operador.

En lo que respecta a la concurrencia de eventuales concausas, hay que tener presente que no todas las acciones u omisiones que, desde un punto de vista físico, intervienen en un acontecimiento nocivo, pueden ser consideradas como causa de este en un sentido jurídico del término y, por ende, como suficientes para tener por acreditado el nexo causal entre hecho ilícito y daño para efectos de atribuir responsabilidad extracontractual a un sujeto. Asimismo, hay que considerar que bajo ciertas circunstancias es posible que en un acontecimiento dañoso intervenga una pluralidad de agentes, sin que necesariamente pueda imputarse responsabilidad a todos ellos. Bien puede ocurrir que la acción de un agente excluya la responsabilidad del otro al interrumpir el nexo causal, aunque esto no necesariamente será así en un régimen legal de responsabilidad objetiva (no aplicable al objeto de nuestro análisis), ya que la intervención de un tercero puede estar comprendida dentro de las situaciones de riesgo que se pretende cubrir con dicho estatuto excepcional<sup>52</sup>. Por cierto, si los causantes directos del daño fueran tanto el operador eléctrico como un tercero, entendidos ambos como coautores de un ilícito civil, cabría aplicar la regla de solidaridad contemplada en el art. 2317 CC.

En cuanto a la exposición imprudente de la víctima al daño, cabe señalar a este respecto que nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente una regla de atenuación de responsabilidad, contenida en el art.

---

el cual, como ya se ha dicho, es plenamente aplicable a los operadores eléctricos a falta de norma especial en la LGSE.

<sup>52</sup> Cfr. CORRAL 2013, 186.

2330 CC<sup>53</sup>. Esta norma consagra un deber general de evitar daños a nosotros mismos o, al menos, de mitigarlos en la medida de lo posible. Así, a pesar de que un sujeto incurra en una acción u omisión antijurídica que causa daño, se estima que no es equitativo atribuirle todo el peso del hecho ilícito y, por ende, hacerlo responsable por la integridad de los perjuicios ocasionados, si la víctima cooperó indirectamente en su producción al exponerse imprudentemente a ellos. Lo anterior será así especial, aunque no exclusivamente, cuando la forma de exposición de la víctima al daño consista en que esta infringió una norma de seguridad o deberes especiales de cuidado que tenían por finalidad su propio beneficio, como ocurre, precisamente, con los arts. 56 y 57 LGSE, cuya *ratio* consiste no solo en facilitar el ejercicio de la servidumbre por parte del operador eléctrico, sino que también posibilitar la adecuada mantención de las instalaciones en condiciones de evitar peligro para las personas y cosas, que va también en beneficio del propietario del suelo sometido al gravamen.

De ahí que estimemos que el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno del deber legal impuesto a los operadores eléctricos en materia de mantención y seguridad de las instalaciones, se complementa necesariamente con la observancia por parte del dueño del suelo de los deberes establecidos en los arts. 56 y 57 LGSE, al punto que aquél depende en gran medida de estos. De hecho, a este respecto la Corte Suprema se ha referido a obligaciones "correlativas"<sup>54</sup>, aunque sin llegar a las últimas consecuencias de este aserto, ya que, en general, insiste en leer en clave objetiva las normas que imponen deberes (y, con ello, responsabilidades) a los operadores eléctricos en materia de seguridad de las instalaciones, en el marco del ejercicio de una servidumbre eléctrica.

## Conclusiones y perspectivas

A partir de lo expuesto en el presente estudio, podemos concluir que el incumplimiento total o parcial por parte de los operadores eléctricos del deber de velar por la seguridad de las instalaciones en los términos descritos, puede dar lugar a responsabilidad civil solo en el caso que terceras personas o cosas ajenas reporten un daño real, cierto y efectivo que sea consecuencia inmediata y directa de la infracción normativa. Lo anterior, de acuerdo a las reglas del derecho común, fundadas en la concurrencia de un factor de imputación subjetiva, a saber, la culpa leve, aunque esta sea presumida en el contexto de la así llamada culpa infraccional, como ocurre en la especie. Solo excepcionalmente, y bajo la condición indispensable de que una norma legal así lo establezca en términos explícitos, es admisible la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, que no requiere culpa del autor, que no es

<sup>53</sup> Art. 2330 CC: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". En detalle sobre esta cuestión SAN MARTÍN 2018.

<sup>54</sup> Véase Corte Suprema. Rol N° 14853-2018, c. 10°, citado *supra*, n. 24.

el caso de los servicios eléctricos, ya que la legislación sectorial no ha introducido cambios a este respecto.

A nuestro juicio, un estricto apego a la normativa eléctrica implica que la correcta ejecución de los correspondientes planes de roce y de acción por parte del operador debiera significar un agotamiento del deber de diligencia ordinario en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 139 LGSE y demás disposiciones reglamentarias que lo complementan. Esto, de modo tal que la infracción del dueño del predio sirviente a los arts. 56 y 57 que impida o dificulte las labores de mantención de las instalaciones, debiera dar lugar a la ausencia de responsabilidad del operador por el hecho de un tercero o, al menos, a una atenuación de la misma ante una hipótesis de concurrencia de culpas o exposición imprudente de la víctima al daño, según el caso, ambos supuestos que tendrían como consecuencia una reducción del *quantum* indemnizatorio. Lo anterior, en virtud de la correlación o mutua complementariedad que se advierte entre los deberes que la LGSE impone tanto al titular de la servidumbre eléctrica como al propietario del predio sirviente en materia de seguridad de las instalaciones.

En definitiva, la oblicua aplicación a los operadores eléctricos de una suerte de responsabilidad civil objetiva, como ha venido ocurriendo hasta ahora, bajo el pretexto de que la generación del daño probaría por sí sola que no se ejecutaron “todas las labores que resulten necesarias” para evitarlo, contraviene la normativa sectorial vigente. En concreto, corresponde aplicar el régimen común de responsabilidad extracontractual por culpa, contenido en los arts. 2314 ss. CC, ya que la LGSE no ha innovado al respecto, con la salvedad de que ante una infracción normativa del operador eléctrico, su culpa se presume. Todo lo cual, por cierto, obliga a la doctrina a replantearse la importancia de la dogmática civil en el ámbito de los mercados regulados en general y del así llamado derecho eléctrico en especial.

### Bibliografía citada

- Alessandri, A. (1983). *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*. Ediar.
- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A. (2016). *Tratado de los derechos reales*. Bienes. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Baraona, J. (2008). La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual). En Baraona, J., Carnevali, R., Corral, H. y Vargas, T. [eds.], *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (pp. 59-113). Universidad de los Andes.
- Barros, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición) (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.
- Bassi, F. (2015). *Visión crítica de la culpa infraccional como criterio de atribución de responsabilidad extracontractual*. [Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].
- Bassi, F. (2017). Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (27), 37-59.
- Bermúdez, J. (2012). *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. AbeledoPerrot.

- Corral, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2ª edición). LegalPublishing/Thomson Reuters.
- Corral, H. (2020). *Curso de derecho civil. Bienes*. Thomson Reuters.
- Díaz, R. (2007). Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (14/1), 79-112.
- Díaz, I. (2018). Régimen de acceso a predios sirvientes y servidumbres de tránsito en la Ley General de Servicios Eléctricos. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (26), 41-56.
- Domínguez, R. (2001). Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (209), 7-27.
- Evans, E. (2006). *Derecho eléctrico*. LexisNexis.
- Machuca, L. (2017). Corta de bosques bajo tendidos eléctricos. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (25), 135-143.
- Mejías, C. (2018). El derecho común presupuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido. *Revista Chilena de Derecho* (45/3), 621-646.
- Parada, P. (2019). Regímenes de responsabilidad del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (29), 85-115.
- Peñailillo, D. (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (2ª edición). Thomson Reuters.
- San Martín, L. (2018). *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. Der.
- Sepúlveda, E. (2010). *Sistema y mercado eléctricos*. LegalPublishing.
- Vergara, A. (2010). *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como 'derecho común'*. AbeledoPerrot.
- Vergara, A. (2018a). *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile.
- Vergara, A. (2018b). *Derecho administrativo económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Thomson Reuters.

## Normativa citada

- Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones [CC]. DFL 1 de 2000. 16 de mayo de 2000 (Chile).
- Constitución Política de la República [Const.]. Art. 19N° 24 y 7.21 de octubre de 1980 (Chile).
- Ley N° 18.290 de 1984. Ley de tránsito. 23 de enero de 1984. D.O. N° 31.791.
- Ley N° 18.287 de 1984. Establece procedimiento ante los juzgados de policía local. 2 de marzo de 1984. D.O. N° 31.824.
- Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 abril 1985. D.O. N° 32.152.
- Ley N° 19.300. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. 1 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Decreto N° 4 de 2007 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos. 12 de mayo de 2006. D.O. N° 38.681.
- Decreto N° 327 de 1998 [Ministerio de Minería]. Fija reglamento de la ley general de servicios eléctricos. 12 de diciembre de 1997.
- Decreto N° 109 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de Seguridad de las Instalaciones Eléctricas destinadas a la Producción, Transporte, Prestación de Servicios Complementarios, Sistemas de Almacenamiento y Distribución de Energía Eléctrica. 3 de noviembre de 2017.
- Circular N° 26.035 [Superintendencia de electricidad y combustibles]. Imparte nuevas instrucciones sobre mantenimiento de instalaciones, corte y poda de árboles en las proximidades de líneas eléctricas. 15 de diciembre de 2017.
- Ordinario N° 195 [Dirección Regional de la Araucanía de la SEC]. 21 de junio de 2019.

### Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Concepción. Tercera Sala. Rol N° 7093-2013. 28 abril 2014.  
Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol N° 4553-2013. 7 mayo 2014.  
Corte de Apelaciones de Concepción. Primera Sala. Rol N° 6990-2017. 12 enero 2018.  
Corte de Apelaciones de Concepción. Primera Sala Rol N° 6948-2017. 2 marzo 2018.  
Corte de Apelaciones de Concepción. Tercera Sala. Rol N° 867-2018. 29 marzo 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 115-2018. 11 abril 2018.  
Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 34224-2017. 6 agosto 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14853-2018. 30 agosto 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14854-2018. 30 agosto 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14855-2018. 30 agosto 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14856-2018. 30 agosto 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14857-2018. 30 agosto 2018.  
Corte de Apelaciones de Concepción. Segunda Sala. Rol N° 15276-2018. 9 mayo 2019.  
1<sup>er</sup> Juzgado de Letras de Santa Cruz. Rol N° C-1349-2017. 2 septiembre 2019.

# Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado

## Constitutional foundations of the State Administration's inspecting power

Andrés Vergara Soto\*

El presente artículo tiene por objeto analizar la manera en que la Constitución ha previsto el estatuto jurídico de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. Para ello, previamente, se efectuará una aproximación al concepto de fiscalización administrativa de acuerdo a sus rasgos genéricos de actividad de ordenación y revisando su particular naturaleza potestativa, sus fines y su estructura. Luego, se analizarán las diversas fórmulas constitucionales para su atribución a diferentes órganos públicos. Por último, se estudiarán los principios constitucionales que sustantivamente informan la potestad fiscalizadora de la Administración Pública en el derecho nacional, especialmente, en sus dimensiones nomogenética y ejecutiva.

**Palabras clave:** Potestad Fiscalizadora, Administración Pública, Constitución, Principios.

The purpose of this paper is to analyze the way in which the Constitution has established the juridical status of the State Administration's inspecting power. For this, previously, an approach to the concept of administrative inspection will be made according to its generic features of ordination activity and reviewing its particular nature of power, its purposes and its structure. Then, the several constitutional formulas will be analyzed for attribution to different public bodies. Finally, the constitutional principles that substantially inform the Public Administration's inspecting power in national law will be studied, especially in its nomogenetic and executive dimensions.

**Keywords:** Inspecting Power, Public Administration, Constitution, Principles.

\* Egresado de Derecho y Ayudante de Derecho Administrativo y de la Cátedra de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Dirección postal: Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: andres.vergara.s@mail.pucv.cl. El autor agradece al Prof. Dr. Martín Loo Gutiérrez por sus valiosas observaciones a una versión previa de este trabajo. Los errores y omisiones son de exclusiva responsabilidad del autor.

Artículo recibido el 17 de agosto de 2020 y aceptado el 4 de diciembre de 2020.

## Introducción

La “constitucionalización del Derecho”, predominante en nuestra época, y el consecuente efecto irradiatorio que el documento constitucional tendría sobre el ordenamiento sub-constitucional, deriva en que cada sector del ordenamiento jurídico deba hallar su sustento en la Carta Fundamental. Su prevalencia en la doctrina y jurisprudencia y, por otra parte, que los estudios sobre la fiscalización administrativa sean más bien recientes a nivel doctrinal, justifican el intento por vislumbrar si la fiscalización ha sido recepcionada por el ordenamiento constitucional.

De momento, es posible constatar que, a nivel comparado, solo recientemente se ha comenzado a tomar atención de la fiscalización de la actividad de los particulares por la Administración del Estado –incluida la Actividad de la Administración bajo régimen de Derecho Privado<sup>1</sup>–. En efecto, por ejemplo, bajo el frecuente rótulo de potestad inspectiva o inspectora, la doctrina española la ha abordado de modo particularizada solo en las últimas dos décadas<sup>2</sup>. Lo mismo ha sucedido en Perú desde 2016, con la incorporación de un Título IV “*actividad administrativa de fiscalización*” a su Ley N° 27.444 de Procedimientos Administrativos General (LPAG), un suceso inédito en el derecho comparado.

En lo que toca al medio nacional, el estudio de la fiscalización ha sido una cuestión más bien escuálida y parcelada o solo referida a propósito de temas principalmente vinculados con los mercados regulados<sup>3</sup>, con la potestad sancionatoria<sup>4</sup> –incluso, confundiéndolas– o, más frecuentemente, como una mera manifestación o técnica de la actividad material de policía<sup>5</sup>.

A la vista de dichas consideraciones, estimo que puede resultar de suyo relevante analizar la inserción de la fiscalización administrativa en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la fuente angular de nuestro derecho interno: la Constitución. Empero, tal intento ha de presuponer la univocidad aprehensiva sobre aquello que es la fiscalización administrativa, cuestión no del todo asentada.

En todo caso, valga desde ya hacer patente que la fiscalización administrativa no debe confundirse con aquel control que puede desarrollar la Administración del Estado sobre sí misma, sea que provenga de otro órgano de la Administración estatal –como la Contraloría General de la República–, o sea *ad intra* del propio ente público-administrativo, como acontece con el denominado control jerárquico permanente.

<sup>1</sup> Véase: IZQUIERDO CARRASCO 2019, 392.

<sup>2</sup> Se considera como hito en la materia a BERMEJO VERA 1998, 39-58.

<sup>3</sup> Véase: AGÜERO VARGAS y TORO BOSSAY 2010, 16-59; CAMACHO CEPEDA 2008, 251-271; y FLORES RIVAS 2015, 195-201.

<sup>4</sup> Véase: FLORES RIVAS 2014, 263-281; y, LARRAÍN 2012, 400.

<sup>5</sup> Véase: BERMÚDEZ SOTO 2014, 323-325; CORDERO VEGA 2015, 461-462; y, VALDIVIA 2018, 57-58.

En consecuencia, este trabajo a) efectuará una aproximación a la noción de fiscalización administrativa. Para esto, se analizarán sus rasgos genéricos en tanto fórmula de la actividad sustancial de la Administración, así como su específica naturaleza, finalidad y estructura; y, luego, b) develará, desde una perspectiva jurídico-positiva, si el texto constitucional es receptáculo inmediato de la fiscalización administrativa para, en caso afirmativo, dentro de su rol distribuidor de competencias, c) esclarecer de qué manera lo efectúa, y si es posible extraer directrices o principios que irradian a las fuentes jurídicas infra-constitucionales que prevean habilitaciones para el ejercicio fiscalizador por los órganos de la Administración del Estado.

## I. Aproximación al concepto de fiscalización administrativa

Existen distintos modos en que es posible efectuar un primer acercamiento al fenómeno de la fiscalización administrativa. Así, por ejemplo, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico la define –sinonímicamente– como supervigilancia o tutela<sup>6</sup>. Doctrinalmente, desde una aleación de la historia y la lingüística, destaca el intento realizado por Parejo Alfonso<sup>7</sup>. Otros, en cambio, como Moreno Castillo, lo hacen desde la disciplina del Derecho Administrativo Económico o Regulatorio<sup>8</sup>.

En mi parecer, tal vez, una primera vía es asimilar la noción de fiscalización administrativa como una mera actuación de comprobación realizada por la Administración lo que, en consecuencia, produce una importante indeterminación conceptual. Por ello, sintéticamente, suele definírsela como una actividad material o sustancial y, específicamente, de policía u ordenación administrativa que consiste en comprobar que el ejercicio de derechos y obligaciones se ajustan al ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. Sin perjuicio de, *prima facie*, coincidir con esta visión, considero que es necesario efectuar ciertos alcances

<sup>6</sup> MUÑOZ MACHADO 2017, 1033.

<sup>7</sup> Véase: PAREJO ALFONSO 2016a. Una versión sintética puede hallarse en: PAREJO ALFONSO 2016b, 185-217.

<sup>8</sup> Véase: MORENO CASTILLO 2019, 11-12.

<sup>9</sup> GARCÍA URETA ha entendido a la fiscalización administrativa como una “actividad ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico” (GARCÍA URETA 2006, 29); REBOLLO PUIG como “aquella actividad de la Administración en la que examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten” (REBOLLO PUIG 2013, 56). En el derecho nacional, en la misma línea, LEAL VÁSQUEZ ha entendido que la fiscalización es “aquella actividad material y ejecutiva de la Administración, de carácter técnico e instrumental, que tiene por finalidad comprobar que los derechos y obligaciones ejercidos por los particulares se ajustan al ordenamiento jurídico y los actos administrativos que los rigen, mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información” (LEAL VÁSQUEZ 2014, 64); y, sin mayores variaciones, BERMÚDEZ SOTO ha señalado a la fiscalización como aquella “actividad material de la Administración del Estado, que implica intervenir en la esfera privada de los particulares, de manera de constatar el cumplimiento de requisitos y condiciones impuestas para el ejercicio de un derecho” (BERMÚDEZ SOTO 2014, 323).

sobre aquello que es el grupo genérico en que se encuadra la fiscalización administrativa, como también alguna mayor precisión acerca de sus caracteres diferenciales propios.

1. El género de la fiscalización administrativa: actividad sustancial de la Administración e intervención administrativa

La clasificación de la actividad sustancial de la Administración del Estado que, siguiendo el tradicional esquema propuesto por Jordana de Pozas<sup>10</sup>, es posible desgajar en la triada de actividad de policía u ordenación, prestacional o de servicio público y de fomento o de ayudas públicas, tienen por virtuosidad facilitar el correcto entendimiento de la variopinta actividad sustancial del Estado-Administración en base a ciertos rasgos comunes. Empero, es necesario patentar que ello no se traduce en que las diferentes instituciones jurídicas que componen tales categorías no puedan tener aplicabilidad en las otras clases. Como dice Esteve Pardo:

(...) la propia dinámica y versatilidad de las fórmulas e instrumentos de la actividad administrativa, que no pueden adscribirse ya con carácter exclusivo a una supracategoría conceptual de la actuación de las Administraciones públicas. Se ha roto la conexión entre categorías conceptuales y fórmulas o técnicas jurídicas que a ellas se adscribían<sup>11</sup>.

De este modo, tal y como las sanciones administrativas (actividad ordenadora) pueden tener aplicación en el régimen concesional (actividad prestacional), de la misma forma la fiscalización administrativa puede tener aplicación en dicho régimen (actividad prestacional) o en el otorgamiento y rendición de subvenciones públicas (actividad de fomento), por ejemplo. La relevancia de la clasificación de la actividad sustancial de la Administración del Estado es esencialmente pedagógica.

Una segunda cuestión que es relevante observar guarda vinculación con la idea de intervención administrativa. Desde una perspectiva constitucional, puede ser entendida como una forma de afectación a los derechos fundamentales, es decir, como una "situación jurídica o material de detrimento en la posición jurídica o fáctica amparada por el contenido protectorio del respectivo derecho" y, en específico, como un "acto imperativo concreto que persigue un efecto directo e inmediato sobre la libertad o el patrimonio de una persona"<sup>12</sup>, mientras que, desde un prisma administrativo, también puede ser asimilada como una más de las denominaciones con que se identifica a la actividad sustancial de ordenación o policía de la Administración del Estado. Además, de seguirse el esquema propuesto por Villar Ezcurra<sup>13</sup>, la intervención puede aludir a los denominados títulos, formas o técnicas de in-

<sup>10</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 41-54.

<sup>11</sup> ESTEVE PARDO 2013, 352.

<sup>12</sup> ALDUNATE LIZANA 2008, 226.

<sup>13</sup> VILLAR EZCURRA 1999, 24, 40.

tervención. Estas últimas no se acotan a determinada clase de actividad material, sino que, en principio, admiten ser transversalmente usadas en todas las clases en que se separe la actividad administrativa sustancial<sup>14</sup>.

Este confuso *status quaestionis* de la intervención administrativa tiene por consecuencia cierta inapropiada trasposición de sus efectos lo que, por lo demás, se potencia con el referido fenómeno de la *constitucionalización del Derecho*. De este modo, es usual vincular, en una relación de necesidad o indispensabilidad, que cada vez que se hable de intervención estemos en presencia de un detrimento a un derecho fundamental, que la actividad de ordenación necesariamente conlleve una afectación negativa a los derechos de los ciudadanos o, más precisamente, que las técnicas de la actividad de policía necesariamente tengan aparejados efectos ablatorios o de gravamen para los individuos. Por ello, Parejo Alfonso ha sido claro en señalar que la intervención administrativa “no tiene por objeto el sacrificio o ablación de estas, sino tan solo su reconducción a determinados límites o su restricción, así como, en su caso, la imposición a las mismas de obligaciones por razones de interés público”<sup>15</sup>. Y, una buena ilustración de esta idea precisamente la constituye la fiscalización administrativa pues, por ejemplo, cuando la Administración cita al administrado o le requiere la puesta a disposición de antecedentes, por ese solo hecho, no se observan efectos desfavorables a su respecto<sup>16</sup>. De este modo, parece ser correcto cuando Morón Urbina dice que:

la fiscalización supone una incidencia negativa en la libertad de los fiscalizados que se concreta tanto en los deberes de colaboración con la autoridad fiscalizadora a la cual debe soportar como en la sujeción a medidas que se pueden derivar de la comprobación que habría estado impropriamente realizado la actividad<sup>17</sup>.

A modo de suma, valga aseverar, por una parte, que la fiscalización administrativa halle su cuna en la actividad de policía no se traduce en una privación de su aplicación a otros campos de la actividad sustancial de la Administración Pública y, por otro lado, tampoco es de su esencia que provoque efectos ablatorios para los administrados, a su desarrollo.

<sup>14</sup> CORDERO VEGA 2015, 458-460.

<sup>15</sup> PAREJO ALFONSO 2018, 501.

<sup>16</sup> Empero, como opción legislativa, se le suelen aparejar efectos desfavorables. Por ejemplo, en el ámbito tributario, una de las consecuencias de no acudir a una citación ante el Servicio de Impuestos Internos es que este pueda proceder a tasar la base imponible en base a sus propios antecedentes, desconociendo aquellos eventualmente aportados por el contribuyente (art. 64 del Código Tributario) o que, luego, en el procedimiento judicial general de reclamación tributaria, el actor-contribuyente no pueda aportar como medios probatorios los antecedentes específicamente solicitados por el órgano fiscal en el marco de la citación (art. 63 y 132 inc. 11° del Código Tributario).

<sup>17</sup> MORÓN URBINA 2018, 1553.

## 2. Rasgos diferenciadores de la fiscalización administrativa: naturaleza, fines y estructura

No es prístina la naturaleza jurídica de la fiscalización administrativa. De esta forma, se ha sostenido como una actuación administrativa o como una función o potestad de la Administración del Estado, incluso, simultáneamente<sup>18</sup>. Su comprensión como actividad de la Administración permite llegar al extremo de considerarla como periodo de informaciones previas o la fase de instrucción de todo procedimiento administrativo lo que, como ya he dicho, en consecuencia, repercute en su indeterminación conceptual<sup>19</sup>. En sentido similar, bajo el desarrollo del Derecho Administrativo Sancionador, se la ha asociado con una actuación preliminar o preparatoria<sup>20</sup> o antecedente<sup>21</sup> del ejercicio del poder sancionador de la Administración o como la fase inicial dentro de la instrucción de su procedimiento sancionador<sup>22</sup>. En cualquier caso, es posible constatar que, independientemente de que se la conciba como actividad, potestad y/o función –hasta donde llega mi conocimiento– no existe un análisis sobre los caracteres identitarios que descarten que sea plausiblemente aprehendida de los otros modos referidos, y las consecuencias que de dicha distinción se derivan.

En este escenario, estimo que la fiscalización administrativa es una verdadera potestad administrativa y, como tal, permítaseme definirla como aquel poder jurídico con que se dota a la Administración del Estado para comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico<sup>23</sup> a fin de evitar riesgos no permitidos, la verificación de daños y, en su caso, para mitigarlos o corregirlos.

De esta manera, la fiscalización desarrollada por la Administración del Estado está informada por la finalidad preventiva o precautoria en un doble orden: primero, vinculada a evitar la configuración de riesgos no tolerados

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, ZEGARRA VALDIVIA 2016, 124 y ss.

<sup>19</sup> Buen reflejo de ello han sido algunos pronunciamientos de la Corte Suprema que, intentando disociar del procedimiento administrativo sancionador a la fiscalización, han dejado entrever su asimilación al periodo de informaciones previas y a la fase de instrucción del procedimiento administrativo general. Véase: Corte Suprema Rol 62.128-2016, c. 12°. En el mismo sentido, Corte Suprema Rol 38.340-2016.

<sup>20</sup> Dictamen N° 64.985 (2009).

<sup>21</sup> FLORES RIVAS 2014, 273.

<sup>22</sup> Entre otros, véase: CORDERO QUINZACARA 2014, 304-306.

<sup>23</sup> A mayor abundamiento, a propósito del caso de una Central Hidroeléctrica que se encontraba operando sin la recepción sus obras hidráulicas ni tampoco con la autorización de funcionamiento conferido por la Dirección General de Aguas, la Corte Suprema ha señalado que su función "(...) no se limita a la sola aprobación de los proyectos que le presentan los particulares, sino que, además, es intrínseco a su función fiscalizadora que estos, si se ejecutan, para que puedan operar, deban hacerlo conforme a dicha aprobación (...)". Es decir, ha calificado como *intrínseco* a su poder de fiscalización la función de comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico. Véase: Corte Suprema Rol 26.650-2018, c. 12°.

y, luego, en relación a precaver la producción de daños derivados de una eventual vulneración al ordenamiento jurídico vigente<sup>24</sup>. Pero, además, para el caso en que los riesgos superen los límites permitidos, los daños ya se hayan verificado<sup>25</sup> o su producción sea consecuencia necesaria del desarrollo de una actividad, la fiscalización puede cumplir una función mitigadora, paliativa o correctora de los perjuicios que la actividad de los administrados pueda provocar<sup>26</sup>.

Discursivamente, lo anterior permite postular que el desarrollo de la potestad de fiscalización de la Administración Pública puede desmembrarse en una serie de etapas sucesivas<sup>27</sup>. La actividad de fiscalización, sea que se la comprenda como una mera e indiferenciada actividad administrativa o, restrictivamente, como el correlato de una potestad fiscalizadora, puede tener como antecedente directo la información suministrada por terceros, ya sea mediante la denuncia de particulares, la autodenuncia o a requerimiento de otros entes fiscalizadores. De la misma forma, puede ser antecedente inmediato aquella información generada por el propio sujeto fiscalizador a partir de otros ejercicios fiscalizadores o sancionadores previos e, incluso, mediante el periodo de informaciones previas a un procedimiento administrativo. Pero, además, tales fuentes pueden serlo de modo indirecto, lo que se refleja en la Planificación Fiscalizadora<sup>28</sup>. Por otra parte, la actividad fiscalizadora administrativa se concreta en la puesta en marcha de una serie de instrumentos destinados a verificar el encuadramiento de la actividad de los fiscalizados al marco jurídico que la rige. Inspecciones *in situ*, citaciones, toma de declaraciones, requerimientos de información, sistemas remotos de monitoreo, exámenes de informaciones, entre otros, son fieles expresiones.

<sup>24</sup> Así, a modo de ilustración, de acuerdo al art. 89 de la Ley N° 20.529, ante situaciones administrativo-financiero que sean complejas para un establecimiento educativo o negligencias del sostenedor que importen un grave riesgo para la continuidad del servicio educacional, la Superintendencia de Educación Escolar podrá nombrar a un administrador provisional.

<sup>25</sup> Cfr. LEAL VÁSQUEZ 2014, 62.

<sup>26</sup> En la doctrina nacional, en un primer momento, CORDERO VEGA señaló que “La fiscalización es una actividad pública que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las regulaciones y, con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos. Esto se manifiesta en una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera es un estándar de eficacia, en la medida en que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. La segunda es un estándar de resultado, en el sentido que busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema” (CORDERO VEGA 2008, 29), aunque luego asoció la vertiente correctora con la sanción (CORDERO VEGA 2015, 461-462). En igual sentido: Sentencia TC Rol N° 4.446 (2018), c. 3° párrafo final. Además, véase: Corte de Apelaciones Rol 3354-2015, c. 3° letra a).

<sup>27</sup> En similar dirección, véase: PRADO DELGADO 2012, 13. En todo caso, adviértase que esto no debe confundirse con un pronunciamiento referido a la formalización o desformalización que ha de observar el ejercicio de la fiscalización administrativa. Ello excede el campo propuesto por este trabajo. No obstante, para identificar posiciones en uno u otro sentido, véase: IZQUIERDO CARRASCO 2019, 406.

<sup>28</sup> Para mayor profundidad, véase: LEAL VÁSQUEZ 2015, 107-112.

La segunda etapa que compone la potestad de fiscalización administrativa corresponde a determinar las circunstancias o situaciones riesgosas o infraccionales de la normativa vigente en base a la evaluación de la información de que dispone la Administración.

Por último, la Administración fiscalizadora deberá evaluar, seleccionar y ejecutar las medidas de corte correctivo o restaurativo del imperio del derecho, si procedieren<sup>29</sup>. Sistemas de monitoreo, imposición de deberes de suministro de información periódica, clausuras o cierres temporales de recintos, suspensión de actividades, entre otras, son algunas de las medidas que persiguen disminuir riesgos o mitigar daños no consentidos por el ordenamiento jurídico<sup>30</sup>. En este sentido, menester es exponer que otras medidas que no cumplan con dichos objetivos escapan a la idea de fiscalización administrativa en tanto potestad y, más bien, hallan su sitio en el campo de otros poderes jurídicos, como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración<sup>31</sup>.

Al respecto, el estudio de los deslindes entre las esferas jurídicas de fiscalización y sanción administrativas excede el ámbito propuesto por este trabajo pero, de momento, baste hacer presente que, como dice García Ureta, "La potestad de inspección no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un *privus* de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquélla. Por el contrario, se trata de una potestad distinta (...) "<sup>32</sup> o, como lo explicita González Luchsinger, "la actividad inspectora es autónoma e independiente, con principios y funciones propias, completamente distinta de las potestades a las que sirve, en particular de la sancionadora con la que usualmente se suele confundir hasta el punto de llegar a eclipsarla"<sup>33</sup>.

Sintetizando, la concepción de la fiscalización administrativa como potestad pública se caracteriza por perseguir una finalidad precautoria de riesgos y daños no tolerados por el orden jurídico correspondiente lo que, además, permite caracterizarla por su desglosamiento en las fases sucesivas de actividad de fiscalización, determinación de las circunstancias o situaciones riesgosas o infraccionales y, por último, de evaluación, selección y ejecución de las medidas correctivas o restaurativas del imperio del derecho que procedieren.

<sup>29</sup> En el derecho peruano, el art. 245.1 de su LPAG prescribe que las actuaciones de fiscalización podrán concluir en la constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el fiscalizado; en la recomendación de mejoras a la actividad del fiscalizado; en la advertencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar un procedimiento sancionador; en la recomendación de dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador; en la adopción de medidas correctivas; o, en otras medidas que dispongan las leyes.

<sup>30</sup> IZQUIERDO CARRASCO señala que las medidas correctivas son "medidas de naturaleza no sancionadora que adopta la Administración ante incumplimientos normativos o situaciones de riesgo con la finalidad de restablecer la legalidad y proteger los intereses públicos en juego", aunque postula que su adopción es algo jurídicamente diferente de la función fiscalizadora (IZQUIERDO CARRASCO 2019, 397-401).

<sup>31</sup> MORÓN URBINA 2018, 1587-1600.

<sup>32</sup> GARCÍA URETA 2006, 35.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ LUCHSINGER 2014, 40-41.

## II. La potestad fiscalizadora de la Administración en la Constitución vigente: modalidades de reconocimiento y principios elementales

### 1. Consagración de la fiscalización administrativa en la Constitución

La interrogante planteada acerca de si la Constitución es recipiente de la potestad de fiscalización administrativa merece una respuesta afirmativa. De un examen del documento constitucional es posible observar diferentes supuestos jurídicos en que se reconoce la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. Estas atribuciones del poder jurídico de fiscalización pueden agruparse en las siguientes fórmulas:

a) Atribución a órganos determinados. En cuatro supuestos el texto fundamental presenta una recepción a la potestad de fiscalización por medio de su imputación a órganos precisos. El primer caso es el del Consejo Nacional de Televisión. La Constitución posibilita que entes distintos al Estado puedan operar estaciones de televisión (art. 19 N° 12 inc. 5°), lo que guarda plena concordancia con la proscripción de los monopolios estatales de los medios de comunicación que ella misma efectúa (art. 19 N° 12 inc. 2°). La consecuencia que se desprende es que, por tanto, pueden haber medios de comunicación de propiedad privada, encomendándose al Consejo Nacional de Televisión la vigilancia del correcto funcionamiento de la actividad televisiva (art. 19 N° 12 inc. 6°), es decir, la Constitución consagra un poder público de fiscalización sobre la actividad de comunicación televisiva de las empresas de televisión el que, incluso, ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional cuando ha señalado que "(...) el Consejo Nacional de Televisión es un organismo autónomo, integrado por un colectivo de integración pluralista, con facultades normativa, de fiscalización y de sanción. Dicho organismo tiene por tarea velar por ese correcto funcionamiento"<sup>34</sup>.

También la Constitución manifiesta la consagración de la potestad administrativa de fiscalización en el caso del Servicio Electoral. Tras la Ley N° 20.860 del año 2015, el Servicio Electoral pasó a tener reconocimiento y autonomía a nivel constitucional, atribuyéndosele la supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios, por un lado, y, por el otro, del cumplimiento de las normas sobre gasto electoral (art. 94 bis). Empero, respecto de ambos ámbitos, ya desde antes la Carta Fundamental preveía que una ley orgánica constitucional debía determinar la forma en que habrían de desarrollarse los procesos electorales y plebiscitarios, así como la fijación de un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral (art. 18). Ahora bien, respecto de este último ámbito, además, el documento fundamental actualmente estatuye como causal de cesación en los cargos de diputado, senador, gobernador regional, consejero regional y concejal a quien, habiendo sido electo en tales cargos, haya infringido gravemente, de acuerdo a las leyes orgánicas constitucionales respectivas, las normas sobre

<sup>34</sup> Sentencia TC Rol N° 2.541 (2013), c. 15° párrafo 3°.

transparencia, límite y control del gasto electoral, impidiéndoles optar a función o empleo público por tres años, e imposibilitándolos de ser candidatos a cargos de elección popular en los dos actos electorales siguientes a su cesación (art. 60 inc. 7° y 125).

La tercera ocasión en que constitucionalmente se atribuye poder jurídico de fiscalización sobre la actividad de los particulares es a la Contraloría General de la República, pues le encomienda examinar –y juzgar– las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes del Fisco, municipalidades y demás órganos y servicios que determinen las leyes (art. 98 inc. 1°). Coherentemente, el artículo 95° del Decreto N° 2.421 de 1964 del Ministerio de Hacienda, prescribe que el objeto del examen de cuentas es la fiscalización de la percepción de las rentas y la inversión de tales fondos en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes, así como la veracidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación correlativa y la exactitud de las operaciones aritméticas y contables y, en su art. 1°, enuncia como sujetos pasivos de tal examen, es decir, como cuentadantes, entre otros, a “(...) las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes”. Así las cosas, el examen de cuentas aplicado sobre los adjudicatarios particulares de fondos públicos es manifestación de la potestad administrativa de fiscalización.

Por último, el texto constitucional atribuye potestad fiscalizadora a un órgano determinado, aunque de modo indirecto. La segunda parte del inc. 8° de la disposición transitoria trigésima novena<sup>35</sup> obliga a las Administradoras de Fondos de Pensiones –AFPs– a enviar todo antecedente del cumplimiento de las medidas que efectúen con motivo de la aplicación de *la presente disposición* a la Superintendencia de Pensiones<sup>36</sup>. Pues bien, en el ordenamiento jurídico nacional, las Superintendencias son los órganos administrativos que, por antonomasia, ejercen poderes de fiscalización administrativa<sup>37</sup>. De esta forma, tal obligación solo puede concebirse como un mecanismo de fiscalización administrativa impuesto constitucionalmente en

<sup>35</sup> La Historia de esta ley de reforma constitucional únicamente da cuenta de que este inciso fue añadido en virtud de una indicación presentada por la senadora Rincón durante el segundo trámite legislativo y que fue aprobado con enmiendas de redacción. Véase: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO 2020, 6-8, 19.

<sup>36</sup> Además, este inciso culmina disponiendo que tales antecedentes también deberán ser enviados “al Banco Central cuando corresponda”, cuyo intento de sistematización jurídico-constitucional solo abre un manto de dudas.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido “Que las superintendencias son órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar a sujetos privados que llevan a cabo actividades particularmente relevantes. Se distinguen por estar dotadas de fuertes atribuciones (normativas, fiscalizadoras, sancionadoras); y por controlar a sujetos acotados” y que “Estos órganos no han sido creados por el legislador en todas las áreas de la economía, sino solo donde hay bienes jurídicos significativos comprometidos para la sociedad” (Sentencia TC Rol N° 2.264 (2013), c. 9°).

correspondencia del poder de fiscalización que la Superintendencia de Pensiones tiene sobre las AFPs, como sujetos pasivos de ella<sup>38</sup>.

b) Atribución a órganos indeterminados. En el derecho constitucional a la protección de la salud (art. 19 N° 19), la Carta Fundamental sostiene que al Estado le compete el *control* de las acciones relacionadas a la salud (inc. 3°) y que estas se prestan, además de instituciones públicas, a través de entidades privadas (inc. 4°). En correlato, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, señala que compete ejercer la función estatal de coordinar, controlar y ejecutar las acciones relacionadas a la salud al Ministerio de Salud, entre otros órganos (art. 1°), y que, en específico, es la Superintendencia de Salud la que tiene las atribuciones de supervigilancia y control de las Instituciones de Salud Previsional –ISAPRES– y de todos los prestadores de salud públicos y privados –hospitales, clínicas, consultorios, centros médicos, entre otros– (art. 107 inc. 1° y 3°). Así las cosas, tal *control* estatal de acciones de salud prestadas por instituciones privadas a que se refiere la Constitución solo cabe entenderlo como reconocimiento de la potestad fiscalizadora de la Administración Pública.

Dentro de este mismo grupo se halla el control de armas, pues la Constitución reserva a la ley la determinación del órgano específico que fiscalizará el cumplimiento de las disposiciones sobre control de armas y a las armas en sí mismas (art. 103 inc. 2°), aunque con la particularidad de que delimita tal órgano a que sea un Ministerio o un ente público que le sea dependiente, es decir, un órgano del Estado que pertenezca a la Administración del Estado. De esta forma, la supervigilancia y control de las armas que encomienda la Constitución, respecto de los particulares, es manifestación de un reconocimiento a la potestad fiscalizadora.

También reviste esta forma de atribución la contenida en el inciso final de disposición transitoria trigésima novena, incorporada mediante la reforma constitucional contenida en la Ley N° 21.248. En efecto, este inciso señala que la fiscalización de las obligaciones que pesan sobre las AFPs –además de su observancia y sanción–, que están contenidas en este precepto transitorio, corresponde a la “autoridad competente dentro de sus atribuciones legales”<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> La técnica usada por el constituyente derivado presenta como dificultad la incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de la potestad de fiscalización administrativa. Una opción es comprender que, como está fijada en la segunda parte del inciso en comento, su extensión está limitada a su primera parte, de manera que únicamente se refiere a que “La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrá costo alguno para los afiliados” (perspectiva restrictiva). Empero, estimo que su ámbito de aplicación guarda relación con todas las obligaciones establecidas en la disposición transitoria en comento, pues señala expresamente que también se extiende a “(...) otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición” (visión amplia).

<sup>39</sup> Empero, teniendo a la vista lo que he señalado en la nota a pie de página precedente, una relación sistemática deriva en que el inciso final opere como un complemento y/o como una redundancia, en lo que a potestad fiscalizadora administrativa se refiere. De adoptarse una postura restrictiva del inc. 8° de la disposición transitoria trigésima novena, la autoridad competente a que se refiere su inciso final ejercerá la potestad fiscalizadora respecto del resto de las obligacio-

Adicionalmente, la judicatura constitucional ha contribuido en el reconocimiento constitucional de la potestad fiscalizadora al referirse expresamente a ella. Empero, a la vez, también la ha extendido a la Dirección del Trabajo, a partir de los art. 19 N° 16 inc. 1° y N° 18 inc. 3° y final de la Carta Fundamental. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado

Que, en consecuencia, las potestades de dictar normas y fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral se deducen inequívocamente del mandato constitucional de tutelar la protección del trabajo y sus titularidades. Ellas dan cuenta de una obligación tan obvia como esencial en un Estado de Derecho, la ley está para cumplirse, para concretarse y la fiscalización de que ello acontezca es consustancial a la vigencia práctica de la norma<sup>40</sup> y que:

(...) Finalmente, la propia Constitución reconoce los poderes normativos, fiscalizadores e inspectores, que se deducen de reglas protectoras de derechos. Es así como la existencia excepcional de trabajos prohibidos o la determinación de procedimientos adecuados para lograr una solución justa y pacífica en las negociaciones colectivas son manifestaciones específicas de reglas más amplias que permiten la supervigilancia estatal del derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°, inciso final), como asimismo cuando se prevé que es deber estatal reconocer el derecho de las personas a la libertad de trabajo y su protección (artículo 19, numeral 16°, inciso primero, de la Constitución)<sup>41</sup>.

En lo que respecta a esta extensión que de la potestad fiscalizadora el Tribunal Constitucional realiza a la Dirección del Trabajo, debe repararse en que i) la Dirección del Trabajo no es un órgano de la Administración Pública que si quiera esté mencionado en el texto del documento constitucional; ii) por lo anterior, que la Dirección del Trabajo, y no otro órgano del Estado, sea el principal encomendado de proteger los derechos laborales y el trabajo corresponde a una decisión del legislador; iii) la Dirección del Trabajo –y su Director– carece de potestades normativas<sup>42</sup>: a lo sumo tiene potestad interpretadora (art. 1° letra b) y art. 5° letra b) de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo –LODT–sw)<sup>43</sup> y su Director, además, en virtud de su poder jerárquico,

---

nes contenidas en tal artículo y, en relación con la obligación contenida en la primera parte del mentado inc. 8°, como un reforzamiento o, derechamente, redundancia. En cambio, de optarse por una perspectiva amplia del inc. 8°, la potestad fiscalizadora de la autoridad administrativa competente que se menciona en el inciso final solo se puede asimilar, en el ámbito fiscalizador, como un reforzamiento o redundancia de lo prescrito en la segunda parte del inc. 8°. Con todo, esta discusión carece de practicidad pues, de un análisis de las fuentes infra-constitucionales y de una constatación fáctica, el único sujeto fiscalizador de las obligaciones fijadas en la disposición transitoria trigésima novena es la Superintendencia de Pensiones.

<sup>40</sup> Sentencia TC Rol N° 2.671 (2015), c. 10°.

<sup>41</sup> *Ibid.*, c. 6°; y, Sentencia TC Rol N° 2.694 (2015), c. 5°.

<sup>42</sup> En contra se ha pronunciado la propia Dirección del Trabajo en Ord. N° 110/11, de 9 de enero de 2004.

<sup>43</sup> Si bien la propia Dirección del Trabajo ha señalado que sus dictámenes son obligatorios para los particulares, ha precisado que es respecto de aquellos que solicitan tales pronunciamientos.

puede dictar instrucciones (art. 5° letra f) de la LODT)<sup>44</sup>; iv) y, que la Dirección del Trabajo tenga potestades fiscalizadoras no se trata de una consecuencia directa del mandato constitucional protectorio del trabajo y de los derechos laborales, sino que de la atribución legislativa de tales poderes realizado en virtud de un imperativo impuesto por el constituyente, como puede observarse, mediante fórmula de apoderamiento general, en los art. 505 del Código del Trabajo y en el art. 1° letra a) de la LODT.

La recepción de la potestad fiscalizadora de la Administración Pública en la fuente formal cúspide del ordenamiento jurídico nacional, empero, no puede llevar al *grosso* e inaceptable yerro de colegir que se trata de un presupuesto indispensable para su presencia en el derecho chileno. Por lo pronto, en perspectiva circunscrita al poder de fiscalización, una posición como la referida atentaría al principio constitucional de juridicidad, que admite la atribución de *autoridad o derechos*, además, en virtud de las *leyes* (art. 7° inc. 2°). Así mismo, se traduciría en una inaceptable pretensión de inconstitucionalidad respecto de las atribuciones expresas de poder público de fiscalización que preceptos sub-constitucionales ya han realizado sobre una considerable cantidad de órganos de la Administración estatal, y en una inadmisibles barrera para tales atribuciones en el futuro.

Que la Carta Fundamental sea recipiente inmediato de la potestad fiscalizadora, en mi parecer, *per se* tiene una significación diferente: su presencia en la fuente formal cúspide y marco del sistema de fuentes, concretado en su atribución a varios órganos administrativo-constitucionales, da cuenta de su sobresaliente relevancia para la realidad jurídica chilena.

## 2. Principios medulares del poder de fiscalización en la Carta Fundamental

El enfoque en los modos de reconocimiento de la fiscalización administrativa que adopta la Constitución, resulta ser insuficiente para la formulación de principios jurídicos comunes que le sean aplicables. Más allá del contenido preceptivo establecido en los diversos supuestos de reconocimiento constitucional de dicha potestad, estimo que es del contexto de preceptos constitucionales que la extracción de principios jurídicos es posible. En mi opinión, sus principios sustanciales son:

a) Principio de legalidad y de reserva legal. El principio de legalidad –o juridicidad– tiene un sitio predominante entre los principios cardinales del derecho público moderno. Los art. 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como

---

Es decir, *sensu contrario*, sin efecto *erga omnes*, Véase, entre otros: Ord. N° 4211/, de 10 de agosto de 2018.

<sup>44</sup> Por cierto, lo anterior no importa desconocer que, en la *praxis*, la falta de uniformidad en la nomenclatura de los actos administrativos colabora en la indeterminación de su alcance al interior de la Administración e, incluso, a los particulares (CORDERO QUINZACARA 2010, 33), lo que se ve reforzado con la situación –ilegal, por lo demás, atendido lo preceptuado en el art. 63 N° 18 de la Constitución y el art. 2° de la Ley N° 19.880– de aquellos procedimientos administrativos regulados a nivel sub-legal.

el art. 2° de la Ley N° 18.575 lo confirman. Y, consecuentemente, también gobierna en el caso de la potestad administrativa de fiscalización<sup>45</sup>. En este sentido, que los órganos del Estado y, particularmente, de su Administración solo puedan ejercer los poderes y atribuciones expresamente atribuidas por la Constitución y las leyes, importa una proscripción a la teoría de los poderes públicos implícitos en el derecho chileno<sup>46</sup>: no pueden existir potestades inherentes de fiscalización administrativa. Sin embargo, lo anterior no obsta al apoderamiento de poder administrativo de fiscalización mediante cláusulas generales<sup>47</sup>.

Por otra parte, la reserva legal, cuyo objeto es impedir la dictación de reglas infra-legales que afecten negativamente la esfera jurídica de los particulares sin una previa habilitación legal, también tiene aplicación sobre el poder de fiscalización de la Administración. Y es que la afirmación realizada *in supra* acerca de que la pertenencia de la fiscalización administrativa al campo de la actividad sustancial de ordenación no importa que, ante su ejercicio, necesariamente tenga lugar la verificación de efectos ablatorios para el ciudadano, no debe confundirse con que existan mecanismos de la actividad fiscalizadora, de que se valga el poder jurídico de fiscalización, que indispensablemente tengan aparejados efectos desfavorables para el sujeto fiscalizado. A modo ejemplar, mientras la citación al fiscalizado no importa tales perniciosas consecuencias<sup>48</sup>, la inspección en terrero si los conllevará<sup>49</sup>. Así las cosas, estimo que el principio de reserva legal carece de aplicabilidad –o es irrelevante– en el primer caso, pero regenta plenamente en el segundo

<sup>45</sup> PAREJO ALFONSO comenta que el constitucionalismo decanta para la potestad de fiscalización, entre otras consecuencias, que de ser concebida como un poder general de supervisión –*ius supremae inspectionis*– en el *ancien régime*, pase a ser comprendida como una potestad legalmente atribuida de fiscalización (PAREJO ALFONSO 2016a, 28-34).

<sup>46</sup> SOTO KLOSS 1996, 48-49; y, VALDIVIA 2018, 157. En cualquier caso, valga tener presente el panorama general y actual sobre las potestades implícitas en nuestro país, ofrecido en SOTO DELGADO 2019, 210-211; y, por otro lado, téngase también a la vista el planteamiento que, sobre el tema, se efectúa en CORDERO VEGA 2015, 81-82.

<sup>47</sup> En el medio nacional, con posiciones disímiles sobre los alcances de la atribución de potestades, en cuanto a sus formas o técnicas, entre otros, véase: OELCKERS CAMUS 1977, 132-137; SOTO KLOSS 1996, 47-63; CORDERO VEGA, 77-82; y, VALDIVIA 2018, 146-147, 157.

<sup>48</sup> Véase *in supra*, n. 16.

<sup>49</sup> Si se considera que la inspección en terreno, en su materialidad, es sumamente próxima –por no decir idéntica– a la diligencia investigativa intrusiva de entrada y registro en lugar cerrado (art. 204 a 216 del Código Procesal Penal), que exige contar con previa autorización del afectado o del juez, pues se la estima limitadora de los derechos fundamentales de intimidad e inviolabilidad del hogar del imputado (HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE 2002, 512), no se vislumbran razones para no asumir que la primera también conlleva tales afectaciones a los derechos fundamentales del fiscalizado. Por lo demás, este es uno de los fundamentos por los que la doctrina procesal penal se opone a la incorporación, sin más, como medios de prueba en el proceso penal, de los antecedentes que se obtengan de las diligencias intrusivas que se desarrollan en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (Véase: RODRÍGUEZ COLLAO y OLIVER CALDERÓN 2010, 142-147; y, VAN WEEZEL 2017, 1020-1021). En el mismo sentido, a modo ilustrativo, en el Derecho Administrativo peruano, el art. 240.2 N° 3 de la LPAG prescribe que la Administración está facultada para “Realizar inspecciones (...), respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda”.

o, dicho de otro modo, el imperio de la reserva legal en la potestad fiscalizadora requiere diferenciar el mecanismo de que se trate, como estadio previo.

Por último, descartando que la potestad de fiscalización pueda ser establecida mediante actos aplicativos, como actos o contratos administrativos<sup>50</sup>, estimo que el campo donde lo señalado a propósito de las cláusulas generales de apoderamiento y del principio de reserva legal confluye y se pone en jaque, es en el reglamentario. Si bien hay un sector que repudia la posibilidad de la autoatribución normativa de la Administración estatal<sup>51</sup>, junto con no adherir a ellos, *prima facie*, atendiendo a lo ya señalado, para el caso de la potestad de fiscalización no se observan impedimentos para su establecimiento reglamentario<sup>52</sup> –salvo que la falta de texto expreso obedezca a una negación de tal poder administrativo<sup>53</sup>–. Sin embargo, para un mejor análisis, es posible decir que, panorámicamente, pueden presentarse los siguientes escenarios en dicho campo sub-legal: i) que se establezca un mecanismo de fiscalización determinado que no tenga consecuencias inherentes de gravamen para el fiscalizado, en cuyo caso, la autoatribución reglamentaria de la Administración es posible. La reserva legal es, a lo menos, indiferente; ii) que la consagración reglamentaria de un instrumento fiscalizador específico necesariamente irroque efectos ablatorios para el administrado. En este caso, el principio de reserva legal torna en inconstitucional dicha autoatribución jurídica; y, iii) que se efectúe una habilitación de potestad fiscalizadora imposible de identificar con un mecanismo específico de la actividad de fiscalización.

La regencia de la reserva legal no es fácil de dilucidar en esta hipótesis. Podría afirmarse que, como no es posible identificar el mecanismo particularizado de fiscalización, tampoco es posible aseverar que la concreción de dicho apoderamiento general vaya a imprescindiblemente traducirse en efectos perniciosos para el administrado, llegando a la conclusión de que no hay certeza que justifique aplicar el principio de reserva legal y que haga enjuiciar como inconstitucional tal disposición reglamentaria. Por el contrario, considero que es precisamente dicha ausencia de identificación con un instrumento determinado o incerteza sobre los efectos que su ejercicio pueda involucrar para el fiscalizado lo que justifica, como una garantía para él, que tal disposición habilitante genérica solo pueda estar estatuida a nivel legal o constitucional. Lo opuesto sería incoherente con la propia naturaleza de la potestad de fiscalización de la Administración del Estado y, por otra parte, también lo sería con la propia construcción histórico-jurídica del principio de reserva legal.

b) Principio de proporcionalidad. Como punto de partida, es posible efectuar las siguientes dos aseveraciones sobre el principio de proporcionalidad: que si bien su construcción está íntimamente ligada a las reacciones más radicales

<sup>50</sup> Cfr. MORAGA KLENNER 2019, 136-137.

<sup>51</sup> DE LA CUÉTARA 1986, 80-81. En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2010, 447.

<sup>52</sup> SANTAMARÍA PASTOR 1991, 202. En contra, GARCÍA URETA 2006, 29, 66-67.

<sup>53</sup> MORAGA KLENNER 2008, 319.

que el Estado puede adoptar en contra de los ciudadanos, es decir, a lo que se ha denominado como el Derecho Punitivo Estatal, también es cierto que su campo ha trascendido en el derecho público, especialmente debido al *iuspublicismo* alemán, y que si bien existen diversas líneas argumentales sobre cuál sería su fuente constitucional<sup>54</sup>, es indiscutida su presencia en la Carta Fundamental chilena. De este modo, tratándose la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado de un poder de fuente constitucional que, además, puede traducirse en afectaciones a los derechos fundamentales de los fiscalizados, resulta de aplicación a su respecto. Para su análisis, disociaré un aspecto nomogénico de otro aplicativo de la potestad de fiscalización administrativa.

La actividad de producción de supuestos jurídicos que consagren potestad fiscalizadora por parte del órgano legislativo y, en su caso, de los entes administrativos, deberá guardar cuidado del principio de proporcionalidad cuando se prevean habilitaciones para su ejercicio. En especial, tal cuidado habrá de observarse para apoderamientos identificables con mecanismos que le signifiquen consecuencias ablatorias al fiscalizado, como aquellos que, por su generalidad, eventualmente pudieren traducirse en que el fiscalizador se haga valer de tales mecanismos de gravamen. En este ámbito, entonces, estimo que quien ejecute este poder normativo deberá, a lo menos, observar la incorporación de criterios que orienten al ejecutor de la fiscalización administrativa en su actividad y que, al fiscalizado, le permitan dilucidar la racionalidad de tal actuación administrativa.

En lo tocante a la aplicación de la potestad fiscalizadora por la Administración Pública, coherentemente con el rol de control que se le atribuye para la discrecionalidad, el órgano administrativo deberá, además de ceñirse a los parámetros fijados legislativa o reglamentariamente, dar cumplimiento al principio de proporcionalidad en cuanto a sus elementos componentes<sup>55</sup>. En la medida que el ente titular del poder fiscalizador tenga la posibilidad de optar por un instrumento de fiscalización u otro, sea por su habilitación genérica o alternativa entre dos o más mecanismos determinados, deberá i) preferir aquellos que sean eficaces para el fin fiscalizador concreto que se persigue, ii) optar por aquellos instrumentos que no importen desfavorables resultados para el administrado, en cuyo caso tendrá plena discrecionalidad para decidir cuál usar o, de solo existir medios que sean gravosos para el fiscalizado, optar por aquellos que lo sean en menor medida y, iii) en esta última hipótesis, que el medio a usar guarde equilibrio entre el fin propuesto a alcanzar y los intereses del fiscalizado que se sacrifican con su uso.

<sup>54</sup> Cfr. ALDUNATE LIZANA 2008, 264-266.

<sup>55</sup> Por lo demás, como referencia, tal observancia al principio de proporcionalidad se explicita en el art. 246 de la LPAG de Perú, que dispone que "Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad".

## Conclusión

Para finalizar este trabajo, de lo expuesto precedentemente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La fiscalización administrativa, en tanto potestad pública, cumple una finalidad preventiva de riesgos y daños no tolerados por el ordenamiento jurídico regulador de las actividades de los particulares. En este sentido, su pertenencia a la categoría de actividad sustancial de ordenación no se traduce imprescindiblemente en que su ejercicio produzca efectos desfavorables para el fiscalizado, lo que, por cierto, no importa desconocer la existencia de mecanismos de fiscalización necesariamente provocadores de efectos de gravamen, ni tampoco importa su inaplicabilidad respecto de las otras clases de actividad sustancial de la Administración del Estado, como la contractual, sancionadora, de subvenciones, entre otras.

2. Lo anterior permite desgajar la potestad fiscalizadora, en cuanto a su ejercitación, en una serie de etapas sucesivas. Primero, extrínsecamente, el ejercicio de actividad de fiscalización administrativa se concreta en una variedad de posibles figuras o mecanismos cuyo desarrollo puede fundarse en matrices de riesgo –planificación fiscalizadora– o en antecedentes previos con que cuente el fiscalizador. Luego, el sujeto fiscalizador debe evaluar la información y, basado en ella, optar por la aplicación o no de medidas correctivas o mitigadoras. Y, finalmente, en el plano real, si procediere, el fiscalizador ejecutará o impondrá las medidas restaurativas del imperio del Derecho o paliativas de los riesgos y daños, dentro de las que, por cierto, no se hallan las sanciones administrativas.

3. El documento constitucional chileno consagra expresamente la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado en varias disposiciones jurídico-constitucionales, atribuyéndola a órganos estatales de carácter administrativo, ya sea singularizándolos o no y de manera directa o indirecta.

El Tribunal Constitucional no solo ha ratificado el reconocimiento constitucional de esta potestad administrativa, sino que, además, ha hecho extensivo su reconocimiento como constitucionalmente atribuido a la Dirección del Trabajo, lo que es sumamente cuestionable desde que tal órgano de la Administración no es siquiera mencionado en el texto constitucional. Más bien guarda relación con una decisión legislativa en virtud de lo señalado por el constituyente de 1980.

En cualquier caso, que la Constitución prevea la recepción directa de la potestad fiscalizadora de la Administración, bajo ningún aspecto, puede entenderse como un presupuesto indispensable para su presencia en el ordenamiento jurídico nacional ni en un obstáculo para su atribución a órganos sub-constitucionales. En cambio, más bien da cuenta de su notable importancia para la realidad jurídica chilena.

4. El principio constitucional de juridicidad es exigente de la atribución expresa de potestades públicas, es decir, veda la fórmula implícita de asignación de tales poderes, entre los cuales se encuentra el de fiscalización administrativa. Por cierto, ello no obsta a los apoderamientos generales de potestad de fiscalización administrativa.

5. La diversidad de mecanismos fiscalizadores, dentro de los cuales se diferencian unos que no necesariamente importarán efectos de gravamen para el administrado, mientras que otros los conllevarán esencialmente, deriva en que el principio de reserva legal tenga una aplicación relativa en el campo de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado.

6. La potestad normativa fiscalizadora de la Administración Pública solo es posible respecto de instrumentos específicos de fiscalización que no tengan aparejadas consecuencias ablatorias para el fiscalizado. En cambio, será inconstitucional por vulnerar la reserva de ley cuando sea establecido un mecanismo de fiscalización que indispensablemente irroque efectos de gravamen. La misma inconstitucionalidad habrá para una fórmula general de atribución de potestad fiscalizadora imposible de circunscribir exclusivamente a instrumentos de fiscalización en que los efectos desfavorables no sean inherentes, pero como una garantía protectora del administrado frente al actuar del Estado-Administración.

7. La presencia constitucional del principio de proporcionalidad sujeta a los órganos con poder nomogénico a ser celosos de él, especialmente para las habilitaciones genéricas de poder administrativo fiscalizador, o cuando sea atribuido a través de medios con efectos ablatorios consustanciales. La incorporación de criterios que orienten al ejecutor de la fiscalización administrativa en su actividad y que, al fiscalizado, le permitan dilucidar la racionalidad de tal actuación administrativa, representan un estándar apropiado de cumplimiento para el principio de proporcionalidad.

8. En lo tocante a la puesta en ejercicio de la actividad fiscalizadora –como correlato de la homónima potestad administrativa– el respeto al principio constitucional de proporcionalidad se halla, por un lado, en que sea desarrollado con sujeción a los parámetros fijados por el titular de la potestad normativa fiscalizadora y, por otro, en observar sus elementos de idoneidad, necesidad y, en su caso, de proporcionalidad, en sentido restringido.

9. Por último, a modo general, debe constatar que numerosos son los desafíos que presenta la construcción dogmática de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado en el derecho chileno. Entre otros, un análisis profundizado acerca de los instrumentos de que se vale la actividad fiscalizadora y, así mismo, de las medidas correctivas o restaurativas del imperio jurídico que de ella resultaren; estudio sobre la formalización o desformalización en su ejercicio y, en consecuencia, las implicancias que, a su respecto, tiene o no la exigencia constitucional de garantías de un procedimiento racional y justo (art. 19 N° 3 inc. 6°); avanzar en esclarecer los deslindes con otras

potestades administrativas y, especialmente, con la sancionadora; revisar la vinculación entre el desarrollo de la potestad fiscalizadora y el procedimiento administrativo sancionador; y, tratar eventuales matices entre los principios sustanciales que gobiernan en la potestad sancionadora y, a la vez, en la potestad fiscalizadora.

### Bibliografía citada

- Agüero Vargas, F. y Toro Bossay, L. (2010). Límite a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Público* (75), 16-59.
- Aldunate Lizana, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Legal Publishing.
- Camacho Cepeda, G. (2008). Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos. *Revista de Derecho Público* (70), 251-271.
- Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (21 de julio de 2020). *Certificado Boletín 13501-07*, Sala de la Comisión.
- Cordero Vega, L. (2008). Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno. En V. Durán, S. Montenegro y P. Moraga (Eds.), *Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Desarrollo sustentable: Gobernanza y Derecho* (pp. 29-43). Legal Publishing.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Legal Publishing.
- Cordero Quinzacara, E. (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (1), 33.
- Cordero Quinzacara, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador: bases y principios en el Derecho chileno*. Legal Publishing.
- De la Cuétara, J. (1986). *Las Potestades Administrativas*. Tecnos.
- Esteve Pardo, J. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Flores Rivas, J. (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas* (pp. 263-282). Thompson Reuters.
- Flores Rivas, J. (2015). Función fiscalizadora: la acreditación de infracciones sanitarias. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (20), 195-201.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2010). *Curso de Derecho Administrativo I* (10ª ed.). Civitas.
- García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.
- González Luchsinger, C. (2014). *La Inspección Administrativa (Responsabilidad del Estado por Inactividad en su ejercicio)*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].
- Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En D. Zegarra (Coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (pp. 387-418). Palestra.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos* (48), 41-54.
- Larraín, M. (2012). Notas al último intento de Reforma del Sistema de Supervisión Financiera. En J. Couso (Dir.), *Anuario de Derecho Público 2012* (pp. 392-414). Ediciones Universidad Diego Portales.
- Leal Vásquez, B. (2014). *La potestad de inspección de la Administración del Estado*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].
- Leal Vásquez, B. (2015). Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora. *Revista de Derecho Público* (83), 105-122.
- Horvitz Lennon, M. y López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

- Moraga Klenner, C. (2008). Derecho Público chileno, y los principios de legalidad administrativa y de jurisdicción. En R. Pantoja (Coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (pp. 277-323). Editorial Jurídica de Chile.
- Moraga Klenner, C. (2019). *Contratación administrativa* (2ª ed.). Legal Publishing.
- Moreno Castillo, L. (2019). *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*. Universidad Externado de Colombia.
- Morón Urbina, J. (2018). La nueva regulación común de la actividad administrativa de supervisión en el Derecho peruano. En M. Vaquer, Á. Moreno y A. Descalzo [Coord.], *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Vol. 2, T II) (pp. 1549-1600). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (Dir.) (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico* (T I). Santillana.
- Oelckers Camus, O. (1977). El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1), 132-137.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *La vigilancia y la supervisión administrativas*. Tirant lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2016). La vigilancia, la supervisión y el control administrativos (Reflexiones sobre su Formación, Evolución y Situación Actual). En E. Alonso (Dir.), *El Control de la Actividad Estatal* (T I) (pp. 185-217). Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Parejo Alfonso, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo* (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Prado Delgado, F. (2012). *La fiscalización ambiental de las faenas mineras*. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso].
- Rebollo Puig, M. (2013). *La actividad inspectora*. En J. Díez (Coord.), *La función inspectora (Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)* (pp. 55-116). AEPDA/INAP.
- Rodríguez Collao, L. y Oliver Calderón, G. (2010). Algunos aspectos penales y procesales penales de la Ordenanza de Aduanas. *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal* 2009 (7), 142-147.
- Santamaría Pastor, J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo* (T I). CEURA.
- Soto Delgado, P. (2019). La potestad del SERNAC para recibir reclamos y promover acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (245), 210-211.
- Soto Kloss, E. (1996), *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (T II) (pp. 47-63). Editorial Jurídica de Chile.
- Valdivia, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Van Weezel, A. (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política Criminal* (24), 1020-1021.
- Villar Ezcurra, J. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares*. Civitas.
- Zegarra Valdivia, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *THÉMIS-Revista de Derecho* (69), 123-131.

## Normas citadas

- Decreto N° 100 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.268.
- Decreto Legislativo N° 1272 de 2016, que modifica la Ley N° 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29.060, Ley de Silencio Administrativo. 20 de diciembre de 2016. El Peruano.
- Decreto N° 830 de 1974 [con fuerza de ley]. Aprueba el texto del Código Tributario. 31 de diciembre de 1974. D.O. N° 29.041.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica, Media y su fiscalización. 27 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.

- Ley N° 20.860 de 2015. Reforma Constitucional que otorga Autonomía Constitucional al Servicio Electoral. 20 de octubre de 2015. D.O. N° 41.286.
- Decreto N° 2.421 de 1964 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964. D.O. N° 25.886.
- Ley N° 21.248 de 2020. Reforma Constitucional que permite el Retiro Excepcional de los Fondos acumulados de Capitalización Individual en las condiciones que indica. 30 de julio de 2020. D.O. N° 42.709.
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 24 de abril de 2006. D.O. N° 38.446.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre de 2001. D.O. N° 37.113.

### Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 64.985, 20 de noviembre de 2009.
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 110/11, 9 de enero de 2004.
- Dirección del Trabajo, Ord. N° 4211/, 10 de agosto de 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 62.128-2016, 9 mayo 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 38.340-2016, 3 agosto 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 26.650-2018, 15 noviembre 2019.
- Corte de Apelaciones de Rancagua. Segunda Sala. Rol 3.354-2015, 19 mayo 2017.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.264-12, 10 octubre 2013.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.541-13, 18 noviembre 2013.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.671-14, 1 octubre 2015.
- Tribunal Constitucional. Rol 2.694-14, 12 noviembre 2015.
- Tribunal Constitucional. Rol 4.446-18, 13 junio 2019.



# Sociedades de inversión y patente municipal: legalidad tributaria e interpretación

## Investment companies and local taxes: statutory interpretation and tax legality

Comentario a la sentencia "*Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Los Peumos Limitada*", Rol 14927-2018, 25 Septiembre 2019, Casación en el Fondo, Corte Suprema, Primera Sala (Civil)

Rodrigo Céspedes\* y Jaime García\*\*

Este trabajo comenta una sentencia de la Corte Suprema sobre el cobro de patente municipal a las sociedades de inversiones. Esta sentencia es novedosa hace excepción a la tendencia jurisprudencial marcada por el mismo Tribunal. Además, abunda en un corolario del principio de legalidad tributaria: la interpretación restrictiva, uno de los elementos más importantes del control del poder público y la garantía de los derechos individuales.

This work comments on a judgment of the Supreme Court on investment companies and a specific kind of local tax. This judgment departs from the trend set by the same Court. In addition, the case is decided on the ground on a corollary of the principle of tax legality: the restrictive interpretation, one of the most important elements to control public powers and to guarantee individual rights.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción: generalidades sobre las rentas municipales

La sentencia comentada resulta ser relevante en cuanto al financiamiento municipal y la ingeniería societaria. Este fallo Supremo contradice la doctrina, bastante asentada, creada por el Máximo Tribunal a lo largo de años y se alinea, en términos generales, con la jurisprudencia dicta-

\* Research fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department of Law & Anthropology, Alemania, Correo postal: Advokatenweg 36, 06114 Halle (Saale), Alemania. Correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de.

\*\* Abogado, profesor de Derecho Tributario en Universidad Andrés Bello, Universidad del Desarrollo y Universidad de Chile, Santiago de Chile. Correo postal: Cerro Juncal Poniente 6235, Peñalolén, Santiago, Chile. Correo electrónico: jaime.garcia@jaimegarcia.cl.

Recibido el 2 de octubre de 2020 y aceptado el 9 de diciembre de 2020.

da por la Contraloría General de la República. Explicaremos algunos aspectos importantes en materia de ingresos municipales y patentes municipales destacando la jurisprudencia más relevante, para luego concentrarnos en este atípico fallo y comentar sus aspectos más interesantes.

Los Artículos 5 a 11 de la Ley de Rentas Municipales (Decreto Ley N° 3.063 de 1979) establecen cuáles son los ingresos o renta municipales, entre otros: las rentas de los establecimientos y explotaciones municipales que producen las empresas y los servicios públicos municipales; el cobro por servicio municipal de extracción de basura o residuos domiciliarios; etc. En los Artículos 12 al 34 de la citada norma, encontramos los diversos "Impuestos Municipales", dentro de los cuales está el cobro por patentes municipales. En efecto, el Artículo 23 establece el gravamen por patente municipal.

Ahora bien, resulta importante definir la naturaleza jurídica de los cobros que se realizan a la luz de la Ley de Rentas Municipales. En esta materia, con fecha 8 de octubre de 2008, el Tribunal Constitucional en los autos Rol 1034 (2008)<sup>1</sup>, decide en una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por un contribuyente (una empresa suministradora de agua potable), fundada en que la norma impugnada vulnera la Constitución al facultar expresamente a las municipalidades para establecer tributos, como lo son los derechos municipales, y que "al otorgarse esta facultad a cada municipalidad, se está permitiendo que cada una de ellas fije libremente tales derechos, violándose así el principio de igualdad en materia tributaria". En estos autos, el Tribunal Constitucional decide que las tasas y los derechos (en este caso, se trataba de derechos por ocupación de vías públicas) no constituyen tributos por lo que no les resulta aplicable su estatuto constitucional (considerando 13° y 14°). No obstante ello, considera "incuestionable que la autoridad municipal, al determinar tales derechos, debe observar criterios de proporcionalidad y ecuanimidad, pues no debe olvidarse que su justificación teórica no es otra que la de recuperar parte o todo el costo que a la autoridad le irroge la prestación del servicio correspondiente", pero que ese asunto no es "una cuestión cuya ponderación corresponda efectuar en esta sede de jurisdicción constitucional, toda vez que para ello nuestro ordenamiento franquea otras vías apropiadas de reclamación", tales como el recurso de protección, el reclamo de ilegalidad municipal, o la acción de resarcimiento por daños derivados de la responsabilidad del Estado.

De otro lado, el hecho gravado con patente municipal es el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MASBERNAT MUÑOZ 2012, página.5.

<sup>2</sup> El Artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, señala que: "El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquiera otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Asimismo, quedarán gravadas con esta tributación municipal las actividades primarias o extractivas en los casos de explotación en que medie algún

El problema, materia del presente artículo, se verificaba en cuanto a determinar si este hecho gravado se le aplicaba a las sociedades de inversiones pasivas, mismas que no ejercen profesión, oficio, industria, comercio, arte o actividades lucrativas secundarias o terciarias, como lo señala la ley. La Contraloría General de la República en el Dictamen N° 27.677 (2010), establece que inversión pasiva consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos. De esta forma, la referida Institución Contralora establece como ejemplo de una inversión pasiva, la percepción de rentas de arrendamiento de inmuebles. Nos referiremos a este pronunciamiento contralor en los párrafos siguientes.

Sobre el asunto, se presentó una discusión interpretativa entre la Excma. Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en cuanto a si las sociedades de inversión pasiva, se encontraban o no afectas al pago de patente municipal. La Corte Suprema, en una gran mayoría de fallos<sup>3</sup>, sostiene que las sociedades de inversión pasivas sí se encuentran afectas al pago de patente municipal, en síntesis, sus argumentos son los siguientes:

1. Si el objeto social autoriza el desarrollo de alguna actividad comercial, por tratarse de un acto de comercio, quedaría afecta al pago de patente;

2. Si se está en presencia de una sociedad anónima, esta siempre quedaría afecta al pago de patente comercial, ello en atención a lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley de Sociedades Anónimas, toda vez que esta norma establece que este tipo de sociedades son siempre de carácter mercantil. De esta forma, encuadrarían dentro del concepto de actividades terciarias.

3. Si se interpreta a contrario sensu el Artículo 27 de la Ley de Rentas Municipales, se llegaría a la conclusión que las sociedades de inversión pasivas, se encuentran afectas al pago del impuesto. Esta disposición señala que solo estarán exentas del pago de la contribución de patente municipal las

---

proceso de elaboración de productos, aunque se trate de los exclusivamente provenientes del respectivo fundo rústico, tales como aserraderos de madera, labores de separación de escorias, moliendas o concentración de minerales, y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los productores, en locales, puestos, kioscos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general, no obstante que se realice en el mismo predio, paraje o lugar de donde se extraen, y aunque no constituyan actos de comercio los que se ejecuten para efectuar ese expendio directo. El Presidente de la República reglamentará la aplicación de este artículo”.

<sup>3</sup> LETONJA CEPEDA 2012, 121. El autor cita varias sentencias que han resuelto que las sociedades de inversión sí quedan afectas a patente municipal por el desarrollo de la inversión pasiva (pero también algunos fallos que resolvieron en contrario). Probablemente el fallo más claro de la Corte Suprema es el correspondiente al Rol 5.984-2012, que deja sin efecto algunos Dictámenes de Contraloría por contravenir los Artículos 23-24 del DL N° 3.063. El Máximo Tribunal señala que, para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal, es indispensable precisar si la actividad que esta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. Señala que es el contribuyente el que provee la información necesaria para dilucidar este punto, siendo clave el giro de la sociedad definido en sus estatutos. Este fallo tuvo repercusión en el Dictamen N° 71.250, que reconsidera en parte la jurisprudencia administrativa previa.

personas jurídicas sin fines de lucro que realicen acciones de beneficencia, de culto religioso, culturales, de ayuda mutua de sus asociados, artísticas o deportivas no profesionales y de promoción de intereses comunitarios. Pues bien, como la exención solo puede aplicarse a entidades sin fines de lucro, nunca podría predicarse de sociedades de inversión pasiva.

4. Otro argumento es la modificación que la Ley N° 20.033 (2005) realizó al Artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, en cuanto se intercaló la siguiente frase luego del primer punto seguido: “Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando estas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente en el Servicio de Impuestos Internos”. La Corte Suprema estima que esta frase importaría que las sociedades de inversión, en cuanto sujetos, quedarían siempre afectas con el tributo, haciéndose irrelevante el tipo de inversiones que realicen.

Por su parte, la Contraloría General de la República, ha estimado que *no* se configura el hecho gravado con patente municipal en el caso de sociedades de inversión pasiva. Esto ha generado un paralelismo contradictorio entre la jurisprudencia judicial y la administrativa. En efecto, de acuerdo al Dictamen N° 27.677 (2010), la Contraloría, estima que las sociedades de inversión pasiva *no* se encuentran gravadas, pues de acuerdo al principio de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica en análisis –sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible– sin que el desarrollo reglamentario de tales elementos pueda extender el hecho gravado que ha configurado rigurosamente el legislador, de forma tal que la definición de actividad terciaria que establece el citado Artículo 2, letra c), del Decreto N° 484 (1980), debe interpretarse en términos que comprende únicamente el comercio y distribución de bienes y la prestación de servicios de todo tipo. El Artículo 24.1 de la Ley de Rentas Municipales, interpretado por la Contraloría en los Dictámenes N° 43.759 (2001), N° 2006 (2009) y N° 2.200 (2011), establece que para generar la obligación de pagar este tributo municipal necesitan tres requisitos copulativos:

1. Que la correspondiente actividad se encuentre gravada con ese tributo. Relacionado con esta exigencia, el Artículo 27 señala las actividades no gravadas con patente municipal.

2. Que esta sea efectivamente ejercida por el contribuyente; y

3. Que se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado. Este último requisito se denomina *domicilio comercial*. Este requisito es también claramente establecido en el Artículo 25.1 y 26.1 del DL N° 3.036<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> El *domicilio comercial* puede definirse como el recinto que exclusivamente se utiliza para la realización de la actividad económica en cuestión directamente al público o a cualquier cliente en general. La Contraloría, en el Dictamen N° 39.383 (2011), interpretó la Ley de Rentas Municipales en el sentido que el domicilio declarado ante el SII era suficiente para hacer exigible el impuesto solo a las *sociedades de inversiones y profesionales*.

Además, con relación a las sociedades de inversión pasiva, es necesario puntualizar que el mencionado Decreto Ley N° 3.063 (1979), no grava a determinadas formas de organización empresarial –sociedades, comunidades, personas naturales– ni atiende a su objeto social, sino que grava el ejercicio efectivo de ciertas actividades establecidas en su Artículo 23, sin que se haya distinguido entre sociedades o giros civiles y comerciales.

En cuanto a la mención que el citado Artículo 24.1 hace a las sociedades de inversiones, es menester señalar que dicha alusión no puede entenderse en términos que el legislador haya constituido a dichas personas jurídicas por su sola naturaleza, como sujetos del anotado tributo municipal, con prescindencia del ejercicio efectivo de actividades gravadas, precepto que las alude exclusivamente para fines de fijar su domicilio, sin que se advierta en la historia de legislativa de dicho precepto, elementos en sentido contrario al expuesto. En consecuencia, la inversión pasiva que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, por no involucrar la producción de bienes, ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el Artículo 23 del mencionado Decreto Ley N° 3.063 (1979). En cambio, las sociedades que presten algún tipo de servicios, incluidos los financieros, por constituir dicho quehacer una actividad terciaria, quedan gravadas con patente municipal, con independencia de su denominación u objeto social o de la circunstancia que además realicen actividades no gravadas.

Estos son los conceptos clave y la tendencia de la jurisprudencia judicial y administrativa, para entender a importancia de este fallo, que a continuación reseñamos en sus aspectos más relevantes.

## I. Hechos

La Municipalidad de lo Barnechea inició un juicio ejecutivo tributario contra la empresa Inversiones Los Peumos Limitada. El Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago solo acogió la excepción de prescripción parcial, desechó otras excepciones ordenando continuar con el juicio ejecutivo para obtener el pago de las patentes adeudadas no prescritas. Para el Tribunal, las actividades descritas en la escritura de constitución social de la demandada importan la obtención de lucro y, por ende, configuran un hecho gravado en el Artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, ya que se trata de actividades terciarias. Apelada la decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó lo resuelto por la primera instancia señalando que el giro de la ejecutada, si bien se circunscribe a la explotación de bienes muebles, acciones e instrumentos del mercado financiero, está descrito en términos tan amplios que necesariamente ha de entenderse que consideran los actos de comercio. Entonces, el objeto social de la ejecutada es mercantil y, en consecuencia, debe ser gravado con el tributo municipal. Según la Corte, la falta de local comercial es irrelevante, ya que, tratándose de sociedades de inversión que no registren domi-

cilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el SII.

La ejecutada interpuso un recurso de casación en el fondo estimando violadas las normas de la Ley de Rentas Municipales que establecen los hechos gravados. Según la recurrente, su actividad económica no se encuentra en esos supuestos ya que es una sociedad de inversión que tiene por único objeto aportar capital y obtener de esto una rentabilidad, sin que materialmente importe una actividad comercial que se ejecute en un local o lugar determinado, ni requerir un permiso de funcionamiento. De hecho, la patente es un permiso otorgado por la Administración que habilita para ejercer una actividad comercial, profesional o industrial en un lugar determinado. Para su obtención, el interesado debe cumplir con una serie de requisitos, entre ellos, que el propio contribuyente solicite la autorización para funcionar en un local o lugar predefinido. En este caso, no obstante, el solo hecho de ser titular de bienes, negocios o sociedades no es una actividad que, por sí sola, requiera de algún permiso de la autoridad, ni tampoco opera en un espacio físico determinado.

La Municipalidad argumentó que la recurrente desarrollaba actividades lucrativas que configuran el hecho gravado en el Artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, toda vez que se trata de actividades terciarias<sup>5</sup>, afectas al pago del gravamen local.

## II. Fallo

La Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo y dictó una sentencia de reemplazo (hay una disidencia) contra el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogió parcialmente la excepción de prescripción y ordenó seguir adelante con la ejecución hasta hacer entero pago de lo adeudado.

Según nuestro Máximo Tribunal, la actividad económica realizada por las sociedades cuyo giro son las inversiones pasivas no configura el hecho

<sup>5</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto N° 484 (1980), del Ministerio del Interior, sobre Reglamento para la aplicación de los Artículos 23 y siguientes del Título IV del DL N° 3.063 (1979), se entiende por actividades primarias, son aquellas que consisten en la extracción de productos naturales, tales como la agricultura, la ganadería, la pesca, la minería y la explotación forestal. Actividades secundarias son aquellas que consistan en la transformación de materias primas en artículos, elementos o productos manufacturados o semi-manufacturados y en general todas aquellas en que interviene algún proceso de elaboración, tales como industrias, fábricas, refinerías, ejecución y reparación de obras materiales, instalaciones, etc. Por ejemplo, cuando un fabricante compra trigo luego fabrica harina. Actividades terciarias son las que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias, tales como comercio por mayor y menor, nacional o internacional, representaciones, bodegajes, financieras, servicios públicos o privados estén o no regulados por leyes especiales, consultorías, servicios auxiliares de la administración de justicia, docencia, etc. Por ejemplo, cuando el fabricante de la harina contrata a una empresa que transporte el trigo, estamos en presencia de una actividad terciaria.

gravado que contempla el Artículo 23 del Decreto Ley N° 3.063 (1979), modificada por la Ley N° 20.033. En materia tributaria no se puede realizar una interpretación extensiva del hecho gravado y, consecuencia de esta, aplicarle el gravamen. Esto es un corolario del principio de legalidad impositiva según el cual, no cumplidos estrictamente los presupuestos de la Ley de Rentas Municipales, no ha podido devengarse respecto de la parte la recurrente el tributo. En conclusión, la pretendida obligación tributaria, cuya ejecución se persigue, es nula.

En efecto, la Corte estima que el asunto controvertido consiste en determinar si una sociedad de inversiones pasiva, como a recurrente, realiza actividades afectas a la obligación de pagar patente municipal. Si bien el giro de la sociedad recurrente está descrito en términos amplios, es un hecho de la causa que la ejecutada no desarrolla estas labores en un establecimiento comercial. Ahora bien, según el principio constitucional de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que exclusivamente la ley establece para configurar la relación jurídica tributaria (sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible). El desarrollo de esos elementos por vía reglamentaria no puede extender el hecho gravado más allá del límite y de los lineamientos determinados rigurosamente por el legislador, ni ampliarlos extendiendo su interpretación por vía complementaria. El impuesto se devenga solo si hay basamento fáctico de que la actividad del contribuyente encaja con los elementos rigurosamente establecidos por el legislador.

En conclusión, únicamente actividades del comercio, la distribución de bienes y la prestación de servicios de todo tipo son actividades terciarias y por lo tanto gravadas, excluyendo de la aplicación del tributo a otras actividades no señaladas, como las *materialmente* practicadas por la recurrente. El tributo no puede entenderse en términos que el legislador haya constituido a dichas personas jurídicas por su sola naturaleza, como sujetos del gravamen municipal, con total prescindencia del ejercicio efectivo de las actividades sujetas a referido tributo. Correctamente interpretada, la norma exclusivamente tiene por fin establecer un domicilio donde pagar la patente cuando la sociedad no registre un domicilio comercial. Pero este tributo se configura solo cuando se verifique el hecho gravado establecido en el Artículo 23 del Decreto Ley N° 3.063. Además, la historia fidedigna del establecimiento de dicho precepto no revela una intención diferente. La actividad económica del recurrente y el giro efectivamente realizado por este, consistente en una inversión pasiva, no gravada por la ley. En consecuencia, no ha podido devengarse respecto de la recurrente patente comercial alguna, lo que deviene en la nulidad de la obligación tributaria ya que el gravamen municipal debe interpretarse en términos restringidos y circunscritos, y en ningún caso más allá de la ley. Al no interpretarse de esta forma, el Tribunal y la Corte erraron en la aplicación del derecho ya que las actividades meramente rentísticas sin ejercicio efectivo de actividades comerciales no se encuentran en el supuesto impositivo previsto en el Artículo 23 del Decreto Ley N° 3063 sobre Rentas Municipales, lo que

torna nula la obligación cuya ejecución se persigue<sup>6</sup>. Por lo tanto, se acoge la excepción contemplada en el Artículo 464 N° 14 del CPC.

### III. Comentario

Esta sentencia no solo es rica en los aspectos de derecho tributario sino también desde el punto de vista del derecho administrativo general y además en elementos propios la teoría de la interpretación y la argumentación. Asimismo, como destacábamos, se aparta de la tendencia preponderante.

El principio de legalidad tributaria tiene su fundamento en la necesidad de proteger a los contribuyentes en su derecho de propiedad, por cuanto los tributos importan restricciones a ese derecho, ya que en su virtud se sustrae, a favor del Estado, algo del patrimonio de los particulares. En el estado de derecho ello no es legítimo si no se obtiene por decisión de los órganos representativos de la soberanía popular. En otras palabras, se trata de invasiones del poder público en las riquezas particulares y en los estados de derecho estas invasiones pueden hacerse únicamente por medio del instrumento legal, o sea, la ley<sup>7</sup>.

Este principio se encuentra expresado en nuestra Constitución, en los Artículos 19 Nro. 20; 63 N° 14; 61.2 y 65.4. De estas disposiciones podemos concluir que en nuestro país, el tributo debe contener todos los elementos y supuestos de la relación jurídica tributaria, esto es: hecho gravado, sujetos activo y pasivo, base imponible, tasas y supuesto de exención. Es lo que se conoce como la doctrina de la Reserva Legal Amplia, consagrada en el Artículo 4 del Modelo de Código Tributario para América Latina, que dispone que solo la ley puede: (1) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto activo; (2) Otorgar exenciones, reducciones o beneficios; (3) Establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto estos signifiquen una limitación o reglamentación de los derechos o garantías individuales; (4) Tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones; (5) Establecer privilegios, preferencias y garantías para los créditos tributarios; y (6) Regular los modos de extinción de los créditos tributarios por medios distintos del pago<sup>8</sup>.

Este caso no se relaciona con el núcleo de la legalidad tributaria sino con una de sus consecuencias directas: una vez que los elementos del tributo tributaria determinadas por ley, estos deben *interpretarse restrictivamente*. Los tributos son de derecho estricto y requieren de ley expresa, lo que implica que en materia tributaria, no pueden crearse, modificarse o extinguirse tributos por vía de analogía. En efecto, una interpretación extensiva frustraría

<sup>6</sup> El voto de minoría se basa en solo aspectos formales: señala que los errores de derecho no influían en lo dispositivo del fallo.

<sup>7</sup> VILLEGAS 1992, 191.

<sup>8</sup> Para un análisis más profundo véase UGALDE y GARCÍA 2006, 28 y ss.

el propósito de la garantía constitucional y subvertiría la voluntad popular. Debido al carácter exorbitante de las potestades del Estado, en derecho público (del cual el derecho tributario forma parte) no procede la analogía<sup>9</sup> ni la interpretación extensiva<sup>10</sup>. Esto no es más que una forma de proteger a los particulares frente al poder estatal. La legalidad tributaria es similar a la tipicidad penal: la conducta delictiva debe estar descrita completa y anticipadamente por el legislador y debe interpretarse en términos restrictivos. Si la conducta no encuadra en un tipo penal, simplemente no hay delito por atipicidad y no corresponde aplicar pena, aunque el acto sea moralmente reprobable o sea solo “similar” al tipo descrito por la ley. Solo de esa manera se protege la libertad de los individuos y se limita el poder estatal. Lo mismo sucede en materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva<sup>11</sup>. Esta idea se aplica en materia de atribuciones de entes estatales<sup>12</sup>, sobre todo en caso de sanciones administrativas<sup>13</sup>, que no es sino la aplicación del principio de juridicidad general. El SII, al igual que otros entes administrativos, tiene la facultad de interpretar la ley que fiscalizan. Sin embargo, en dicha interpretación no pueden alterar el texto legal, de hacerlo no solo viola la ley sino la Constitución. Los tribunales ordinarios son una de las líneas de defensa de este principio constitucional, el cual puede ser aplicado interpretativamente

<sup>9</sup> La analogía es la aplicación de la ley a casos no resueltos pero cubiertos por la razón de la ley, “a la misma razón existe la misma disposición” (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Se aplica una ley a un caso no resuelto por la letra, pero cubierto por el sentido en virtud de la razón. La analogía se basa en que la razón de la ley vale para un caso no expresado en esa ley se extiende la ley a ese caso en consecuencia.

<sup>10</sup> En esta, es lícito al intérprete recorrer todo el campo semántico de la palabra. Se busca recorrer al espectro semántico para extenderlo a otro, relativamente más amplio.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la importación de vehículos motorizados estaba gravada con múltiples tributos: aparte de los derechos *ad valorem* (Arancel Aduanero y Ley N° 18.525), IVA e impuestos especiales a los vehículos motorizados en los Arts. 41, 43 bis y 46. La base imponible de todos estos tributos es la misma del IVA: el valor aduanero más los derechos *ad valorem*. Sin embargo, el SII, mediante Circular N° 19 (1993), excediendo sus facultades interpretativas, aumentó la base imponible y, consecuentemente incrementó el monto del impuesto. La Corte de Apelaciones de Santiago, en varias ocasiones, ha estimado que el SII carecía de competencia y la circular adolecía de nulidad de derecho público; por ejemplo, “*Importadora Mapal Ltda. con SII*” (1998). Cabe hacer presente que el Artículo 41, fue derogado por la Ley N° 19.506 (1997). Por su parte, el Artículo 46 fue derogado por la Ley N° 19.914 (2003).

<sup>12</sup> Se ha fallado que si el Superintendente de Bancos interviene una institución bancaria, debe asumir “personalmente” las funciones del directorio y del gerente, en consecuencia no puede delegar la totalidad de dichas funciones en otro funcionario. No se aplican las normas del mandato ya que se trata de materias de derecho público, donde no cabe la analogía ni la interpretación extensiva. “*Bco. Continental con Bahamondes y otros*” (1984). Corte de Apelaciones de Santiago. Este es un caso en que el derecho común no se aplica supletoriamente, de otra manera el sentido de la institución se distorsionaría.

<sup>13</sup> “*Megavisión S.A. con Consejo Nacional de TV*” (1993). Apelación de multa impuesta por el ente en cuestión. La Corte de Apelaciones de Santiago señala que hay una regla constitucional clara contra las interpretaciones extensivas de las potestades públicas que afectan los derechos fundamentales. La Corte usa el mismo razonamiento, interpretación extensiva en desmedro de derechos funcionarios, en “*Durruty con Universidad de Santiago*” (1993).

en cualquier procedimiento (incluyendo el ejecutivo tributario<sup>14</sup>), ya que nuestra Carta Magna informa todo nuestro ordenamiento jurídico. Es más, Todo esto tiene aplicación en el Dictamen N° 27.677 (2010), que sostiene que:

de acuerdo al principio de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica en análisis –sujeto, hecho gravado, tasa y base imponible–, sin que el desarrollo reglamentario o la interpretación administrativa de tales elementos pueda extender el hecho gravado que ha configurado rigurosamente el legislador.

La jurisprudencia contralora insistentemente ha sido reiterada en aplicar el principio de legalidad tributaria e interpretación restrictiva a todo tipo de gravámenes<sup>15</sup>.

En efecto, la interpretación es una actividad relevante para proteger los derechos fundamentales, incluso en el procedimiento ejecutivo tributario. El Máximo Tribunal considera que la interpretación restrictiva en materia tributaria es una consecuencia directa de la legalidad impositiva. La Corte Suprema aplica entonces el criterio *pro homine*, en el sentido que la interpretación siempre debe buscar la mayor protección posible para los derechos individuales. Consecuencialmente, debe utilizarse la interpretación extensiva cuando se trata de derechos fundamentales y, por el contrario, la interpretación

<sup>14</sup> El cobro ejecutivo de obligaciones tributarias se encuentra establecido en los Artículos 168 y siguientes del Código Tributario. En síntesis: una vez emitido el giro por el SII, este se notifica al contribuyente. Si no se paga la deuda tributaria, el ente fiscalizador remite el documento al Servicio de Tesorerías. Ante esta institución se incoa el procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias. Se trata de un procedimiento jurisdiccional, en que la primera etapa se desarrolla ante el Servicio de Tesorerías y la segunda ante el Juzgado Civil de Mayor Cuantía que sea competente. En la primera etapa, un funcionario del Servicio de Tesorerías que actúa como juez sustanciador, el Tesorero Provincial o Regional, despacha una resolución denominada “mandamiento de ejecución y embargo” que da cuenta del monto de la deuda. A continuación, otro funcionario del referido Servicio, el recaudador fiscal, requiere de pago al contribuyente en su domicilio. Este funcionario se encuentra facultado para embargarle bienes al contribuyente. Posteriormente, el deudor posee 10 días para oponer excepciones, muy limitadas, que son: pago, prescripción y no empecer el título al ejecutado. Interpuestas las excepciones, el Tesorero solo posee facultades para acoger totalmente la excepción de pago, si ello resulta ser acreditado. En caso contrario, el expediente pasa al “abogado” de Tesorerías, quien se pronuncia en forma libre respecto de cada una de las excepciones, pudiendo acogerlas total o parcialmente, o bien, desecharlas. Si alguna de ellas no es acogida totalmente, el expediente se remite al Juzgado Civil de Mayor Cuantía que sea competente, caso en el cual, el juez civil deberá volver a fallar las excepciones. En esta instancia, el procedimiento se sigue tramitando como un juicio ejecutivo de pago de obligaciones de dar, establecido en los Artículos 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ello con algunas particularidades menores. De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 177 del Código Tributario, el ejecutado puede interponer las excepciones de pago, prescripción y no empecer el título. Las demás excepciones del Artículo 464 del Código de Procedimiento Civil se entenderán siempre reservadas al ejecutado para el juicio ordinario correspondiente, sin necesidad de petición ni declaración expresa. Entre ellas, la signada en el Nro. 14 del citado Artículo 464: la nulidad de la obligación.

<sup>15</sup> Lo demuestran los Dictámenes N° 6.312 (1998); N° 7.858 (1991); N° 5.389 (1983); N° 17.553 (1984); N° 27.576 (1984); N° 19.092 (1996); N° 7.858 (1991); N° 13.188 (1995); N° 11.758 (1992) y N° 6.187 (1997).

más restringida cuando se trata de establecer limitaciones a su ejercicio<sup>16</sup>. Las libertades tienden a ser limitadas por las potestades administrativas, por eso la interpretación restrictiva de estas es fundamental para garantizar los derechos. Por lo tanto, la interpretación *pro homine* es un criterio hermenéutico esencial asociado a la protección de los derechos humanos, en virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona humana. El fundamento de este criterio es la dignidad humana y su primacía frente al poder estatal, la mayor amenaza a los derechos individuales. De esta manera, la Constitución impone la aplicación preferente de la norma más favorable a las personas, e inversamente, la más restringida a sus limitaciones.

Es interesante que la recurrente señalara que lo verdaderamente importante es el *ejercicio efectivo* de una actividad lucrativa gravada<sup>17</sup>. No basta, para estos efectos, atender únicamente a presunciones según el objeto social especificado en los respectivos estatutos o al carácter mercantil de una sociedad<sup>18</sup>. La Municipalidad, en consecuencia, tendría el deber de probar que la sociedad en cuestión efectivamente desarrolló actividades gravadas. Lo mismo podría decirse de la (auto)denominación de la persona jurídica (su nombre en sus Estatutos) como criterio superficial para cobrar el tributo y no al ejercicio efectivo de la actividad gravada<sup>19</sup>. La naturaleza de las actividades realizadas, más allá de las etiquetas son las que definen la naturaleza de las cosas.

La Ley N° 20.033 (2005), modificó el Artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales (Decreto Ley N° 3.063, de 1979), intercalando la siguiente frase luego del primer punto seguido: "Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando estas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente en el Servicio de Impuestos Internos". La Corte Suprema tradicionalmente había estimado que esta frase importaría que las sociedades de inversión, en cuanto sujetos, quedarían siempre afectas con el tributo, haciéndose caso omiso al tipo de inversiones que realicen.

<sup>16</sup> No deja de ser curioso que el Artículo 23 del Código Civil Chileno señale que "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación". En otras palabras, el juez *no* debe ampliar los aspectos beneficiosos de una norma ni restringir los desfavorables, solo su genuino sentido, fijado por el legislador, le da su justa extensión. Es una norma típica producto del clima propiciado por la Revolución Francesa y la omnipotencia de la ley promulgada por el soberano' lo que Bello plasma en nuestro Código. El asunto, sin embargo, no era pacífico en la doctrina y el maestro venezolano postuló una regla diversa en materia de derecho internacional público: "En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de odiosas, es más seguro restringirla", BELLO 1886, 178 (corresponde a sus *Principios de Derecho de Jentes*, originalmente publicado en 1837). No podemos saber exactamente cuál era la opinión de Bello en un asunto tributario. ¿Es posible que nuestro más grande jurista considerara reglas de interpretación diferentes para el derecho privado (mayormente en el Código Civil) y el público (el derecho internacional)? Una de sus obras más importantes parece indicar que sí.

<sup>17</sup> Ver Dictamen N° 36.877 (2012).

<sup>18</sup> Puede verse el Dictamen N° 32.448 (2012), en aplicación de los Dictámenes N° 32.220 (2011), N° 348.397 (2011), N° 362.394 (2010), N° 349.796 (2011) y N° 3.368 (2012) entre otros.

<sup>19</sup> Ver Dictamen N° 3404.811 (2011).

El fallo comentado va en contra de esta tendencia. Como señalábamos, la Contraloría General de la República, ha interpretado en forma distinta la referida norma legal, señalando que, de una interpretación sistemática y finalista del aludido Decreto Ley N° 3.063, especialmente de sus Artículos 23, 24.1 y 26.1, aparece que los hechos que se gravan con patente municipal son ciertas actividades lucrativas y no meramente a personas, desvinculadas del respectivo hecho imponible. Lo que es más, se consignó en la tramitación de la Ley N° 20.033, que modificó el antedicho Artículo 24, que dicha disposición solo “se limita a perfeccionar el sistema de cobranza de la patente, sin constituir un nuevo impuesto (...)”<sup>20</sup>, sin que se adviertan otros elementos interpretativos relevantes que hagan variar lo concluido en ese Dictamen. De esta manera, los pasajes de la tramitación legislativa de la mencionada Ley N° 20.033, que aludirían a la recaudación por concepto de cobro de patentes a las sociedades de inversión, deben entenderse dentro del supuesto en que dichas sociedades llegaren a realizar alguna de las actividades gravadas con patente municipal. Este es un elemento relevante de interpretación histórica, ya que permite interpretar la legislación aludiendo a las etapas del proceso de formación de la ley.

En definitiva, el problema de interpretación planteado, ha sido resuelto por la Ley N° 21.210 (2020), toda vez que la letra a) del Artículo 34 de la referida norma legal, intercala el siguiente inciso tercero, nuevo, en el Artículo 23 de la Ley de la Renta Municipales (Decreto Ley N° 3.063), que señala:

También quedarán gravadas con esta tributación municipal las empresas o sociedades de inversión que adquieran o mantengan activos o instrumentos, de cualquier naturaleza, de los cuales puedan obtener rentas derivadas del dominio, posesión o tenencia a título precario como, asimismo, de su enajenación.

Por otra parte, el Artículo 47 transitorio de la Ley N° 21.210, establece que la modificación al Artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales entrará en vigencia el 1° de julio de 2022. Entonces, la intención del legislador parece ser clara. Aun así, los cambios legislativos en materia tributaria son frecuentes y muchas veces caóticos. Es probable que este fallo sea una golondrina que no hará verano. Sin embargo, la aplicación de los principios de derecho público a la situación concreta, considerando la normativa vigente al momento de la controversia, parece ser la más acertada.

### Bibliografía citada

- Bello, A. (1837). *Derecho Internacional* (Obras Completas, Tomo X). Editorial Pedro G. Ramírez.
- Letonja Cepeda, K. (2013). *Patente Municipal ¿Impuesto, Contribución Especial o Tasa?*. [Memoria de Prueba, Escuela de Derecho Universidad de Chile].

<sup>20</sup> Primer Informe de la Comisión de Gobierno Interior, de la Cámara de Diputados, de 7 de abril de 2003, recaído en el proyecto de ley boletín N° 2892-06-1.

Masbernat Muñoz, P. (2012). El desarrollo de los principios constitucionales tributarios de carácter material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19 (1), 129-196.

Ugalde, R. y García, J. (2006). *Elusión, Planificación y Evasión Tributaria*. LexisNexis.

Villegas, H. (1995). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Depalma.

### Normativa citada

Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.408, sobre registro civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones [CC]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2000. 16 de mayo de 2000 (Chile).

Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1552. 28 de agosto de 1902 (Chile).

Código Tributario [CT]. Decreto Ley 830. 27 de diciembre de 1974 (Chile).

Ley N° 18.525 de 1986. Normas sobre importación de Mercancías al país. 19 junio 1986. D.O. N° 32.509.

Ley N° 19.506 de 1997. Modifica el Decreto Ley N° 824, sobre Impuesto a la renta; el decreto Ley N° 825, sobre impuestos a las ventas y servicios, de 1974 el Código Tributario, la ley orgánica de servicios de impuestos internos y otras normas legales. 18 julio 1997. D.O. N° 35.829.

Ley N° 19.914 de 2003. Adecúa la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. 14 noviembre 2003. D.O. N° 37.714.

Decreto Ley N° 3.063 de 1979 [Ministerio del Interior]. Establece normas sobre Rentas Municipales. 24 diciembre 1979.

Decreto N° 484 de 1980 [Ministerio del Interior]. Reglamento para la aplicación de los artículos 23° y siguientes del título IV del DL. N° 3.063, de 1979. 30 abril 1980.

### Jurisprudencia citada

#### Judicial

Tribunal Constitucional. Segunda Sala. [Internet]. Rol 1034-08. 7 octubre 2008. [Consultado el 15 de Diciembre de 2020]. Disponible <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>.

Corte Suprema. Tercera Sala. Rol 5.984-2012, 6 noviembre 2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, "Importadora Mapal Ltda. con SII", sentencia del 27 de agosto de 1998, en *Revista Chilena de Derecho (1999) Vol. 26 N° 2*, pp. 495-501.

Corte de Apelaciones de Santiago, "Bco. Continental con Bahamondes y otros", sentencia de 26 de enero de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia (1984) 81 N° 1*, pp. 11-16.

Corte de Apelaciones de Santiago, "Megavisión S.A. con Consejo Nacional de TV", sentencia de 18 de noviembre de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia (1993) 90 N° 1*, sec. 5, pp. 39-46.

Corte de Apelaciones de Santiago, "Durruty con Universidad de Santiago", sentencia de 14 de septiembre de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia (1993) 89 N° 3*, sec. 5, pp. 321-329.

#### Jurisprudencia Administrativa

Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.677, 25 mayo 2010.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.512, 1 febrero 2012.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.383, 23 junio 2011.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.312, 18 febrero 1998.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.858, 27 marzo 1991.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 5.389, 1 marzo 1983.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.553 (1984).  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.576, 16 octubre 1984.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 19.092, 14 junio 1996.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.858, 27 marzo 1991.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.188, 2 mayo 1995.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.758, 15 mayo 1992.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.187, 25 febrero 1997.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 36.877, 20 junio 2012.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.448, 12 enero 2012.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.220, 13 enero 2011.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.397, 1 agosto 2011.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.394, 19 octubre 2010.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.796, 8 agosto 2011.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.368, 18 enero 2012.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 404.811, 2017.

### Circulares

Circular N° 19 de 1993 [Servicio Impuestos Internos]. No forma parte de la base imponible del impuesto al valor agregado que afecta las importaciones, los impuestos de los artículos 43 BIS y 46. 8 abril 1993.

# ¿Qué tan plena es la acción de “plena” jurisdicción?

Pedro Harris Moya\*

Este comentario de jurisprudencia analiza la calificación de las acciones administrativas, a propósito de la Sentencia de Corte Suprema *Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso* (8 de octubre 2019), que distingue los ámbitos de aplicación del recurso de nulidad y de plena jurisdicción.

This case commentary analyses the qualification of administrative actions, with regard to the Supreme Court judgment, *Chamy Society v. Valparaiso Municipality* (8th October 2019), which distinguishes different domains of the annulment and full jurisdiction action.

**Palabras clave:** Acción contenciosa, acción de nulidad, plena jurisdicción.

**Keywords:** Contentious action, annulment action, full jurisdiction action.

## Introducción

Según Duguit, las denominaciones de acción de nulidad y de plena jurisdicción en el Derecho francés eran deficitarias, porque parecían señalar que “el juez de plena jurisdicción no puede jamás anular”, mientras que el juez de anulación no podría “más que anular”<sup>1</sup>. La Sentencia de Corte Suprema *Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso* (2019)<sup>2</sup> parece explicarse por esta circunstancia. Ella se inserta en una tendencia favorable a la distinción de acciones, según criterios y denominaciones de origen francés. No obstante, se aleja de la jurisprudencia anterior al rechazar un reclamo de ilegalidad municipal porque el actor ostentaba un derecho y no un interés.

Como en otras sentencias<sup>3</sup>, la Corte afirmará que:

[e]l reclamo de ilegalidad municipal constituye un ejemplo preciso de la acción de nulidad o “recurso por exceso de poder” (...) y no

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho Público, Universidad de París 1, *Panthéon-Sorbonne*, Francia. Correo postal: Av. Pedro de Valdivia N° 641, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: pedro.harris@uautonoma.cl.

<sup>1</sup> DUGUIT 1928, 473.

<sup>2</sup> Corte Suprema Rol N° 1244-2018.

<sup>3</sup> Corte Suprema Rol N° 1203-2006; Corte Suprema Rol N° 5288-2010; Corte Suprema Rol N° 9969-2015.

Recibido el 3 de septiembre de 2020 y aceptado el 5 de diciembre de 2020.

un recurso de plena jurisdicción, lo que determina que para tener legitimación activa no sea necesario invocar un derecho subjetivo lesionado, sino que basta con tener un interés legítimo<sup>4</sup>.

Esta innecesaridad, sin embargo, se convertirá luego en imposibilidad. “[A] través del presente reclamo de ilegalidad, busca el reclamante la declaración de un derecho en su favor –que no resulta propia de este tipo de procedimiento– y no la protección de un interés general”<sup>5</sup>.

El razonamiento de la sentencia descansaría así en dos premisas. Por una parte, el reclamo de ilegalidad municipal sería una acción de nulidad. Por la otra, la acción de nulidad supondría un interés. La conclusión es evidente. El titular de un derecho no podría ejercer el reclamo de ilegalidad municipal. La originalidad de la sentencia consistiría en clasificar estas acciones según la situación subjetiva del demandante. Así, este carecería de la facultad de elegir la vía de impugnación. Si ostenta un derecho, solo podría ejercer una acción de plena jurisdicción y, si detenta un interés, otra de nulidad; todo lo cual favorecería la supletoriedad de este último recurso<sup>6</sup>.

El lector podrá plantearse una pregunta razonable ¿Cómo entender que la Corte rechace la reclamación de ilegalidad si la propia legislación municipal integra en ella a los “particulares agraviados”<sup>7</sup>? La respuesta parece descansar en la interpretación del díptico nulidad – plena jurisdicción. Habitualmente suele olvidarse que esta clasificación es imperfecta. Primero, ya que la plena jurisdicción integra la nulidad<sup>8</sup>. Y segundo, pues no siempre se asimila a un recurso subjetivo (que excluya intereses). La separación de criterios es comprensible de su formulación en el Derecho francés (I). Analizado ello, podrán observarse sus variaciones en nuestro país (II).

## I. La formulación de la clasificación de acciones administrativas en el Derecho francés

La calificación francesa de acciones administrativas ha influido en diferentes ordenamientos jurídicos<sup>9</sup>. El Derecho chileno no ha sido una excepción. No obstante, comprender las calificaciones de estas acciones en Francia no está exenta de complejidades. Primero, ya que estas no han sido obra de un momento, sino de un movimiento constante de elaboración, crítica y reformulación. Y segundo, ya que en cada una de estas etapas se conservan rastros del pensamiento de sus autores. Esto puede observarse de la separación de cri-

<sup>4</sup> Cons. 10°.

<sup>5</sup> Cons. 13°.

<sup>6</sup> A favor, véase: BERMÚDEZ 2010, 103 y ss. FERRADA 2011, 275. En contra: SOTO KLOSS 2015, 73 y ss.

<sup>7</sup> Art. 151 letra b) de la Ley N° 18.695, de 1988.

<sup>8</sup> Esta integración ha sido afirmada desde la recepción de esta acción en el Derecho nacional. Véase: IRIBARREN 1936, 46.

<sup>9</sup> BLANCO 2010, 31.

terios, que ha opuesto una clasificación formal a otra material (1), para luego aproximar una formulación y otra (2).

### 1. La separación de los criterios

Para Laferrière, las competencias de los tribunales administrativos no tenían “la misma naturaleza y la misma extensión en todas las materias”<sup>10</sup>. Desarrollando una clasificación anticipada por Aucoc<sup>11</sup>, dicho autor distinguirá:

[P]oderes de plena jurisdicción, suponiendo el ejercicio de un arbitraje completo, de hecho y de derecho, en el litigio; o unos poderes de anulación limitados al derecho de anular los actos administrativos ilegales, sin que el juez administrativo tenga el poder de reformarlos<sup>12</sup>.

Esta dualidad se acompañaría de un poder de interpretación (discutido entre nosotros)<sup>13</sup> y de represión. A cada poder le correspondería una acción.

La clasificación cuadripartita de acciones de Laferrière fue aceptada, mayoritariamente, de manera bipartita, distinguiendo una acción de nulidad y otra de plena jurisdicción. Contrario a lo que podría pensarse, esta separación no opuso una acción a la otra, sino que las relacionó. La acción de plena jurisdicción comprendería el recurso de nulidad, pues la plenitud supondría anular o modificar actos, pero también reparar perjuicios. En cambio, la acción de nulidad no sería plena. Frente a ella el tribunal solo podría anular. Esta clasificación ha sido aceptada por la doctrina nacional<sup>14</sup>. No obstante, también se ha asociada a otra clasificación, formulada por Duguit.

Duguit rechazó el criterio clasificatorio de Laferrière. Por ello, el conocido positivista francés no distinguiría las acciones formalmente y en abstracto, según los poderes ejercidos por el tribunal, sino materialmente y en concreto, según la cuestión de derecho planteada. Para Duguit solo podría plantearse una cuestión de derecho objetivo o subjetivo. La cuestión será de derecho objetivo si se pregunta sobre la “vulneración de la ley” o la afectación a “una situación de derecho objetivo”. En cambio, la cuestión será de derecho subjetivo si se pregunta si ha existido una afectación “a una situación de derecho subjetivo”<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> LAFERRIÈRE 1887, 15 y ss.

<sup>11</sup> AUCOC 1869, 361 y ss.

<sup>12</sup> LAFERRIÈRE 1887, 15 y ss.

<sup>13</sup> VERGARA 2018, 133 y ss.

<sup>14</sup> FERRADA 2016, 327 y ss. Esta clasificación se ha conservado en la Constitución de 1925: JIRÓN *et al.* 1959, 64-65; NUÑEZ 1966, 116. Los autores la han formulado también durante la Constitución de 1980. Entre otros: PANTOJA 2010, 695 y ss.; VALDIVIA 2015, 253 y ss.; ROMERO 2016, 209 y ss. No obstante, en la generalidad de los casos la dualidad nulidad –plena jurisdicción ha sido asociado al clasificación objetiva– subjetiva (cuestión que, si bien suele tener lugar, puede en rigor no ocurrir). Respecto de una posición diversa, que atiende a la extensión de la competencia judicial, véase: HUNTER 2014, 213.

<sup>15</sup> DUGUIT 1928, 436.

La situación de derecho referida por Duguit equivaldría al “conjunto de poderes y deberes reconocidos en beneficio o a la carga de un individuo”<sup>16</sup>. Si era objetiva, derivaba de la ley. Se trataría de una situación general y permanente. Si era subjetiva, derivaba de la voluntad. Se trataría de una situación especial y temporal<sup>17</sup>. Esto explicaría que la sentencia tuviera efectos absolutos en el primer caso y relativos en el segundo. En efecto, contrario a lo que podría pensarse, la calificación de acciones de Duguit no solo giraba en torno a la legitimación activa. Era una construcción compleja, que atendía a los efectos de las sentencias y del rol de las partes<sup>18</sup>.

La clasificación de acciones de Laferrière y Duguit ha tenido efectos permanentes. Para Jean-Marie Auby y Roland Drago: “La distinción de los contenciosos objetivo y subjetivo no ha sido de ninguna forma desprovista de valor práctico y cada una de las ramas que ella separa suponen ciertas particularidades en cuanto a su régimen”<sup>19</sup>. Sin embargo, los mismos autores observan “que la clasificación fundada en los poderes del juez está lejos de ser abandonada en doctrina y que, principalmente, numerosos miembros del Consejo de Estado continúan aplicándola”<sup>20</sup>. La coexistencia de tales clasificaciones se debe, sin duda, a la proximidad de los criterios.

## 2. La proximidad de los criterios

La separación de clasificaciones de acciones administrativas en Francia no ha sido absoluta. Por ello, la distinción de criterios no impidió que Duguit observara reflejada sus acciones en la formulación de Laferrière. Por un lado, el recurso subjetivo “conformaría aquello que se denomina desde hace tiempo (...) el contencioso de la plena jurisdicción”<sup>21</sup>. Por el otro, dicho autor afirmaría que la nulidad “es por cierto un recurso objetivo”<sup>22</sup>. La clasificación formal de acciones, según la competencia judicial, se asociaría así a una clasificación material, según la situación jurídica del actor. No obstante, tales criterios se asociarían precisamente porque son diversos.

La asociación de los criterios se observa en la formulación de las acciones. Este ha sido el caso del recurso objetivo de plena jurisdicción. Ignorado

<sup>16</sup> MELLERAY 2001, 76.

<sup>17</sup> DUGUIT 1927, 308-315.

<sup>18</sup> MELLERAY 2001, 83.

<sup>19</sup> AUBY y DRAGO 1992, 12.

<sup>20</sup> *Ídem*.

<sup>21</sup> DUGUIT 1928, 473.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 468. De hecho, para el conocido tratadista francés esta también habría sido la situación de las acciones de responsabilidad. En principio, ellas se asociarían a un interés. El derecho solo nacería en la fase de ejecución o condena. Esta interpretación ha sido ampliamente limitada. Primero, por la asociación de la responsabilidad a un recurso objetivo, solo respecto de derechos que emanen directamente en la legislación. Véase: AUBY y DRAGO 1992, 12. Y, en segundo lugar, pues otros autores sustituyen la clasificación de “recursos” objetivos y subjetivos por la clasificación de “contenciosos” de un carácter u otro. Esto permite superar la dificultad de distinguir las situaciones de derecho, a favor de procesos (o contenciosos) centrados en la legalidad (objetivos) o en la responsabilidad (subjetivos). Véase: BAILLEUL 2002, 16.

en la jurisprudencia nacional, este recurso en el Derecho francés le otorga competencias al juez para atender la situación de un demandante, a través del ejercicio de competencias que van más allá de la nulidad, sin alcanzar la responsabilidad<sup>23</sup>. Esta formulación ilustra sobre la amplitud del concepto de plena jurisdicción, que integra diferentes facultades jurisdiccionales, distinguibles de la sola reparación de perjuicios. Paralelamente, muestra cómo estas acciones pueden asociarse a un interés.

La asociación de los criterios se aprecia también en la recalificación de las acciones. Esta recalificación opera en el marco de la formulación de una acción de nulidad (conocida en Francia como un recurso de exceso de poder). Dicho recurso ha sido consagrado desde el siglo XIX. No obstante, solo desde mediados del siglo XX se ha aceptado, sin necesidad de un texto expreso que funde su procedencia –Sentencia del Consejo de Estado Dame Lamotte (1950)–. La circunstancia que esta acción de nulidad pudiera ejercerse sin apoyo de un texto, llevó a plantear en su oportunidad la forma cómo debía articularse con otros recursos contenciosos.

Esta asociación se relaciona con el criterio seguido por la jurisprudencia nacional. Contrario a lo que la Sentencia Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso (2019) propone, en el Derecho francés el recurso de nulidad y el de plena jurisdicción son intercambiables. Por regla general el actor puede elegir si ejercer uno u otro. Tal liberalidad ofrece ventajas. La sustitución de la nulidad por el recurso de plena jurisdicción permitirá declarar la responsabilidad de la Administración, una vez extinta aquella acción por efecto del tiempo<sup>24</sup>. La sustitución de la plena jurisdicción por el recurso de nulidad permitirá librarse del costo del patrocinio de abogado.

La dificultad ocurrirá si el acto impugnado tiene un contenido pecuniario. Desde la Sentencia del Consejo de Estado Lafage (1912), el actor, si solo demanda la nulidad, puede ejercer un recurso de nulidad o de plena jurisdicción. No obstante, la Sentencia del Consejo de Estado Lafon (1959) limitó esta elección. Si se acciona vía un recurso de plena jurisdicción, deberá interponerse en el plazo para ejercer la acción de nulidad (de dos meses), salvo que demande perjuicios distintos a la devolución pecuniaria. De lo contrario, se entenderá que ejerce esta acción de manera extemporánea<sup>25</sup>. Como se verá, dicho criterio ha influenciado a nuestra jurisprudencia.

## II. La importación de la clasificación de acciones administrativas en el Derecho nacional

El sabido que el Derecho nacional ha carecido de una clasificación original de acciones administrativas. Esto podría explicar en parte la influencia del Derecho francés. Diferentes autores nacionales han distinguido entre accio-

<sup>23</sup> LEPETIT-COLLIN 2011, 10; VALDIVIA 2015, 253 y ss.

<sup>24</sup> GAUDEMET 2015, 150.

<sup>25</sup> BROYELLE 2017-2018, 66.

nes de nulidad y de plena jurisdicción<sup>26</sup>. Esta distinción ha encontrado apoyo en la jurisprudencia. Desde la Sentencia Eyzaguirre Cid con Fisco (2007), el recurso de plena jurisdicción ha sido recepcionado para recalificar la acción de nulidad. Aunque esta recalificación opera conforme a la pretensión (1), la sentencia comentada adopta una posición distinta, calificando la acción de plena jurisdicción según la legitimación (2).

#### 1. La identificación de la acción conforme a la pretensión

La Sentencia de Corte Suprema Aedo con Fisco (2000) inauguró una distinción de acciones que, aunque conocida en el Derecho privado, era desconocida en el Derecho administrativo. Este fue el resultado de distinguir entre acciones de nulidad, de responsabilidad y reivindicatorias. Aunque dicha enumeración no obedece a un criterio clasificatorio, el aporte de esta sentencia fue desvincular la nulidad de ciertos efectos jurídicos que ella podría originar consecuentemente, al sujetarse a estatutos diversos. Mientras que la nulidad sería imprescriptible, algunos de sus efectos podrán prescribir. Sobre esta base, esta distinción sería influenciada por el Derecho francés, en su operatividad y denominación.

La influencia sobre la operatividad de las acciones tendría lugar mediante la recalificación del recurso contencioso. Bajo la influencia de la recalificación de acciones del Consejo de Estado francés (pero operando en el sentido inverso)<sup>27</sup>, la jurisprudencia Eyzaguirre Cid con Fisco (2007) inició esta tendencia, que se conserva hasta hoy<sup>28</sup>. Si el actor demanda la nulidad de un acto con contenido patrimonial, la Corte asimilará el efecto retroactivo de la anulación a la reparación de perjuicios del recurso plena jurisdicción. Por ello, tal acción sería susceptible de extinguirse tras cinco años luego que la obligación fuera exigible (arts. 2514 y 2515 del Código Civil).

La influencia sobre la denominación de las acciones tendría lugar para calificar dicha recalificación de recursos contenciosos. En efecto, si bien la Sentencia Eyzaguirre Cid con Fisco siguió a la jurisprudencia francesa materialmente, no utilizó la calificación formal de sus acciones. La jurisprudencia que utilizaría esta denominación para recalificar tales recursos será la Sentencia de Corte Suprema Droguet con Ejército (2013). Aunque la denominación de plena jurisdicción ya se encontraba en la jurisprudencia del máximo tribu-

<sup>26</sup> PANTOJA 2010, 695 y ss.; HUNTER 2014, 213; FERRADA 2016, 321 y ss.; ROMERO 2016, 209 y ss.; VERGARA 2018, 61 y ss.

<sup>27</sup> En el Derecho francés, la recalificación opera del recurso de plena jurisdicción al recurso de nulidad (exceso de poder). En cambio, en el Derecho chileno, la recalificación opera del recurso de nulidad al recurso de plena jurisdicción.

<sup>28</sup> Sentencia de Corte Suprema Rol N° 3689-2006; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 2858-2008; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 5288-2010; Sentencia de Corte Suprema N° Rol 8867-2012; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 23434-2014; Sentencia de Corte Suprema N° Rol 32132-2014; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 715-2015; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 41987-2017; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 8484-2018; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 15489-2018; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 7410-2019.

nal<sup>29</sup>, la Sentencia Droguet con Ejército caracterizó la legitimación, los efectos y la extinción de esta acción, siguiendo al país gallo.

La primera característica de esta recalificación se asocia a su causa. Ella ha sido utilizada para limitar temporalmente la nulidad (mas no aspectos como la legitimación activa o los efectos de la sentencia). Si la nulidad se recalifica como una plena jurisdicción habrá dos tendencias. Una que afecta a la acción (mayoritaria) y otra que incide en su eficacia (minoritaria). La primera impone que el recurso deba ejercerse en el plazo de cinco años desde que la obligación es exigible –Sentencia de Corte Suprema Eyzaguirre Cid con Fisco–. En cambio, la segunda admite un ejercicio posterior, limitando sus efectos –Sentencia de Corte Suprema INP con Cuello (2007)<sup>30</sup>.

La segunda característica de esta recalificación se asocia a sus efectos. Con ocasión de una recalificación de acciones, la jurisprudencia introdujo en rigor una reclasificación. No obstante, de manera descontextualizada del sentido atribuido por la doctrina nacional<sup>31</sup>. Ello ha generado una relativa incomprensión de los criterios. En particular por la difícil operatividad que supone articular el ejercicio de estos recursos. Frente a la sofisticación que implica combinar la acción de nulidad y de plena jurisdicción, la recalificación aparece, paradójicamente, como el hermano mayor de su calificación. Así se observa de la dificultad de identificar cada acción.

## 2. ¿La identificación de la acción conforme a la legitimación?

Desde la Sentencia Eyzaguirre Cid con Fisco, la afirmación de un recurso de plena jurisdicción ha tenido por finalidad limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad, mediante la aplicación del art. 2515 del Código Civil. Esta recalificación operaría *in concreto*, a condición que el acto tenga un contenido patrimonial. La Sentencia Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso adopta un criterio diverso. El recurso de plena jurisdicción se calificaría conforme a la legitimación activa del demandante. Esta calificación operaría *in abstracto*. Así, toda protección de derechos deberá operar a través de una acción distinta a la nulidad, de plena jurisdicción.

No es posible afirmar que esta posición sea intempestiva. Ella ha sido anunciada en diferentes fallos que califican el reclamo de ilegalidad municipal como una acción de nulidad<sup>32</sup>. El fundamento de esta calificación se ha centrado en la legitimación activa. Esta posición ha sostenido que dicho recurso no requeriría de la vulneración de un derecho, sino de un interés. La Sentencia Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso razona a *contrario sensu* a partir de esta asociación, asimilando el criterio formal (nulidad

<sup>29</sup> FERRADA 2016, 333. A propósito de la Sentencia de Corte Suprema Rol N° 379-2004.

<sup>30</sup> Véase: Sentencia de Corte Suprema Rol N° 3689-2006.

<sup>31</sup> FERRADA 2016, 321 y ss.

<sup>32</sup> V. gr.: Sentencia de Corte Suprema Rol N° 1203-2006; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 5288-2010; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 9969-2015; Sentencia de Corte Suprema Rol N° 34588-2017.

– plena jurisdicción) a otro material (objetivo – subjetivo). Al amalgamar distintas clasificaciones de acciones, ello podría cuestionarse.

El primer cuestionamiento se asocia a la definición de la nulidad. En rigor, este efecto es común a las acciones de nulidad y de plena jurisdicción. Por ello, puede demandarse por un interesado o un titular de un derecho. Esto es así porque, si la plena jurisdicción va más allá de la anulación, lógicamente la comprende. Sin perjuicio que algunas sentencias lo afirmen<sup>33</sup>, esto se aprecia en la propia jurisprudencia, que recalifica la acción de nulidad como una plena jurisdicción, si la acción supone el ejercicio de derechos patrimoniales. Si la jurisprudencia recalifica la acción de nulidad como una plena jurisdicción ¿cómo excluir de aquella al titular de derechos?

El segundo cuestionamiento deriva de la definición de la plena jurisdicción. En nuestro país (a diferencia del Derecho francés) dicha acción no ha sido calificada como tal en Derecho positivo<sup>34</sup>. Y, salvo que se asimile a una acción de responsabilidad, solo podría definirse objetivamente, según la competencia judicial. Paradojalmente, este es el caso del reclamo de ilegalidad municipal. Según el art. 151 h) de la Ley N° 18.695, de Municipalidades, la Corte puede anular un acto o modificarlo, e incluso reparar perjuicios. Si la jurisprudencia acoge la clasificación de acciones de nulidad y de plena jurisdicción, el reclamo de ilegalidad pertenecería a estas últimas<sup>35</sup>, siendo su legitimación activa variable.

La Sentencia Sociedad Chamy con I. Municipalidad de Valparaíso plantea incertezas sobre la clasificación de acciones administrativas utilizada por la jurisprudencia. Al mismo tiempo, lleva a preguntarse si la recepción del concepto de plena jurisdicción es adaptable en nuestro derecho que, a diferencia del francés, denomina a la acción de nulidad por su efecto (como nulidad) y no por su causa (como exceso de poder). Esta separación es inexacta<sup>36</sup>, pues dejar sin efecto retroactivamente un acto ilegal (anular) es un mínimo de jurisdicción. *Qui potest plus, potest minus*. Si el titular de un interés puede demandar la nulidad, el titular de un derecho también.

<sup>33</sup> Sentencia de Corte Suprema Rol N° 10639-2013.

<sup>34</sup> VALDIVIA 2018, 380.

<sup>35</sup> HUNTER 2014, 213. De hecho, la clasificación de plena jurisdicción del reclamo de ilegalidad municipal se observa en la sentencia que introduce la distinción de este recurso con la acción de nulidad: Sentencia de Corte Suprema Rol N° 379-2004 cons. 11°: “que el criterio restrictivo de la competencia del órgano jurisdiccional en el conocimiento y fallo de los reclamos de ilegalidad, sustentado por la sentencia recurrida, que no los considera medios idóneos para impugnar la legalidad de las resoluciones emanadas de entidades públicas, como las Municipalidades –según se dejó expresado en el considerando primero–, carece de asidero jurídico tanto por tratarse en la especie de un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción (...) como por la regulación positiva de dicho arbitrio”.

<sup>36</sup> AUBY Y DRAGO (1984), 80, citado en: BAILLEUL 2002, 18.

## Conclusión

El que la acción de nulidad pueda ejercerla un interesado (y no requiera de la afectación de un derecho) ha llevado a asimilarla a un recurso contencioso objetivo. Paralelamente, el que la acción de plena jurisdicción suela acarrear una reparación patrimonial ha llevado a vincular su ejercicio a la titularidad de un derecho y, con ello, a una calificación subjetiva. La sentencia aquí comentada extrae una consecuencia de tales asimilaciones: el titular de un derecho carece de una acción de nulidad, debiendo ejercer un recurso de plena jurisdicción.

Así entendida, cabrá preguntarse qué tan plena es la acción de plena jurisdicción. En efecto, la separación entre un recurso contencioso de nulidad y otro de plena jurisdicción es inexacta pues, para que una acción contenciosa sea plena, es necesario que al tribunal pueda anular los actos de la Administración en contra de los cuales se ejerce. Esto explica que la plena jurisdicción solo pueda entenderse referida a aquellos recursos contenciosos que, además de facultar para anular actos, permitan modificarlos y/o reparar perjuicios.

Paradojalmente, este es el caso del reclamo de ilegalidad municipal, que faculta a la Corte de Apelaciones para anular el acto, modificarlo y reparar los perjuicios, pudiendo ejercerlo cualquier particular o aquellos agraviados (art. 151 de la Ley N° 18.695, letras a y b). Calificar como una nulidad la reclamación de cualquier particular es inexacto, pues podrá demandar también la modificación del acto. Calificar de plena jurisdicción un reclamo en que el agraviado no puede demandar la nulidad resulta impropio, no solo porque la reclamación carecería de plenitud, sino (y sobre todo) porque la ley lo faculta para hacerlo.

## Bibliografía

- Auby, J.M. y Drago, R. (1984). *Traité de contentieux administratif*. LGDJ.
- Auby, J.M. y Drago, R. (1992). *Traité des recours en matière administrative*. Litec.
- Aucoc, L. (1869). *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (T I). Dunod.
- Bailleul, D. (2002). *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*. LGDJ.
- Bermúdez, J. (2010). Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de derecho (Valdivia)*, 23 (1), 103-123.
- Blanco, F. (2010). *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité – Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*. Presses Universitaires Aix-Marseille.
- Broyelle, C. (2017). *Contentieux administratif* (5ª ed.). LGDJ.
- Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel* (3ª ed.) (T I). Ancienne Librairie Fontemoing et Cie.
- Duguit, L. (1928). *Traité de droit constitutionnel* (3ª ed.) (T II). Ancienne Librairie Fontemoing et Cie.
- Ferrada, J. (2011). “Los procesos administrativos en el Derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (36), 251-277.
- Ferrada, J. (2016). La clasificación de los recursos o acciones contencioso – administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro

- derecho y su aplicación jurisprudencial. En O. Urrutia et al. (coord.), *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp. 321-341). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Gaudemet, Y. (2015). *Droit administratif* (21ª ed.). LGDJ.
- Hunter, I. (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 191-215.
- Iribarren, J. (1936). *Lecciones de Derecho administrativo*. Editorial Nacimiento.
- Jirón, E. et al. (1959). *Lo contencioso-administrativo*. Editorial Jurídica de Chile.
- Laferrière, É. (1887). *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (T I). Berger-Levrault et Cie.
- Lepetit-Collin, H. (2011). *Recherches sur le plein contentieux objectif*. LGDJ.
- Melleray, F. (2001). Léon Duguit et Georges Scelle. *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* (21), 45-88.
- Núñez, J. C. (1966). *Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales*. Alcázar y Sacaluga.
- Pantoja, R. (2010). El artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República. En R. Tavorari (coord.), *Doctrinas esenciales – Derecho Constitucional*, pp. 695-714. Editorial Jurídica de Chile.
- Romero, A. (2016). Unos problemas del derecho al recurso en el contencioso ambiental. *Cuadernos de extensión jurídica de la U. de Los Andes* (28), 2016, 209-222.
- Soto Kloss, E. (2015). La nulidad de derecho público según la Corte Suprema de hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Ius publicum* (34), 73-92.
- Valdivia, J. M. (2015). Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales. En J. C. Ferrada et al. (coord.), *La nueva justicia Ambiental*, pp. 253-276. Legalpublishing.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho administrativo*. Tirant lo blanch.
- Vergara, A. (2018). *Derecho administrativo: Identidad y transformaciones*. Ediciones UC.

## Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000. D.O. N° 36.664.
- Decreto N° 1 de 2006 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. N° 38.458.

## Jurisprudencia citada

- Consejo de Estado francés. N° 42612, 8 marzo 1912.
- Consejo de Estado francés. N° 86949, 17 febrero 1950.
- Consejo de Estado francés. N° 44419, 2 mayo 1959.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 379-2004, 20 de octubre 2004.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 1203-2006, 28 junio 2007.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 3689-2006, 30 agosto 2007.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 5288-2010, 27 enero 2009.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 2858-2008, 23 marzo 2010.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 5288-2010, 4 enero 2013.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 8867-2012, 8 abril 2013.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 10639-2013, 30 enero 2014.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 32132-2014, 24 agosto 2015.

Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 715-2015, 14 mayo 2015.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 23434-2014, 23 abril 2015.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 9969-2015, 17 mayo 2016.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 41987-2017, 31 julio 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 34588-2017, 31 mayo 2018.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 15489-2018, 4 septiembre 2019.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 1244-2018, 8 octubre 2019.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 8484-2018, 2 mayo 2019.  
Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol 7410-2019, 28 mayo 2020.



# La exención de las empresas sanitarias de solicitar permisos municipales de construcción y urbanismo y su naturaleza “estatal” (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rol 27.106-2019)

Luis Alfonso Herrera Orellana\*

Este trabajo examina la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, el 30 de marzo de 2020, en el caso Aguas del Valle S.A. vs. Municipalidad de Ovalle, Rol 27.106-2019, para formular consideraciones críticas tanto al tratamiento dado por el fallo a las competencias municipales en materia de urbanismo y construcción frente a las competencias del Estado nacional en materia de edificación de obras sanitarias, para eximir a este último de la obligación legal de solicitar el permiso municipal de construcción, como a la asimilación de las empresas sanitarias al Estado.

**Palabras clave:** permiso de construcción, servicio público, Estado, descentralización.

This paper examines the judgment issued by the Supreme Court of Justice, on March 30, 2020, in the case of Aguas del Valle S.A. vs. Municipality of Ovalle, Rol 27.106-2019, to formulate critical considerations both to the treatment given by the ruling to the municipal powers in urban planning and construction versus the powers of the national State in matters of construction of sanitary works, to exempt the latter of the legal obligation to request the municipal construction permit, as well as the assimilation of the sanitation companies to the State.

**Keywords:** building permit, public service, state, decentralization.

\* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Cursante del programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Chile. Correo postal: Santiago, Dublé Almeyda N° 1880, Ñuñoa. Correo electrónico: lherrera2@miunades.cl

Recibido el 5 de septiembre de 2020 y aceptado el 30 de noviembre de 2020.

## Introducción

### I. Hechos del caso, historia procesal y relevancia jurídica

#### 1. *Hechos*

Dentro de su plan de desarrollo 2018, y por instrucción de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SSIS), mediante Oficio N° 118, de 30 de marzo de 2016, Aguas del Valle S.A. decidió incorporar nueva infraestructura a sus instalaciones que contribuyera a asegurar la continuidad del servicio de agua potable a la comuna de Ovalle. En ese plan se contempló la ejecución de la obra "Tranque Ovalle", esto es, de un tranque de acumulación de agua cruda de 23.000 m<sup>3</sup> de capacidad, que se emplazaría en el recinto de producción de agua potable Los Peñones.

Apoyada en la instrucción de la SSIS, y considerando que las empresas prestadoras de servicios sanitarios (en adelante, empresas sanitarias) como Aguas del Valle S.A. "no requieren permiso municipal, por las características especiales de este tipo de obra", Aguas del Valle S.A. no solicitó el permiso municipal de construcción.

Ante tal proceder, mediante Resolución de 14 de agosto de 2018, el Director de Obras de la Municipalidad de Ovalle dispuso la paralización de la construcción de la obra, ubicada en la Planta de Agua Potable, camino Sotaquí s/n, recinto Los Peñones, que ejecutaba Aguas del Valle S.A., alegando la infracción del artículo 116 del D.F.L. N° 458 de 1976, de Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N° 458 de 1976), al desarrollar una empresa privada y no el Estado dichas obras sin permiso de la Municipalidad.

#### 2. *Historia procesal*

Contra la Resolución del 14 de agosto de 2018, del Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Ovalle, Aguas del Valle S.A. interpuso reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de La Serena. Esta, mediante sentencia de 23 de agosto de 2019 acogió la reclamación, declaró la nulidad, dejó sin efectos la referida Resolución, declaró que la recurrente podía "proseguir con la ejecución de la obra" e "hizo lugar" a la acción orientada a obtener la indemnización de perjuicios deducida por la reclamante. Contra esa sentencia la reclamada introdujo recurso de casación en el fondo, ante la Corte Suprema de Justicia.

#### 3. *Relevancia jurídica*

A pesar de no contar con sentencias previas de la Corte Suprema de Justicia que ratifique en su *ratio*, ni existir aún sentencias posteriores de ese ilustre Alto Tribunal en las que aquélla haya sido confirmada, el fallo examinado es relevante, al menos, por tres razones:

a. Resuelve la controversia aplicando la legislación aplicable a los hechos controvertidos sin efectuar una interpretación de dicha legislación con-

forme a la Constitución, orientada a armonizar y coordinar el reparto de competencias entre el Estado nacional y las Municipalidades en materia sanitaria y de urbanismo y construcción de obras.

b. Produce una regla general a partir de una norma de la legislación nacional aplicada al caso, según la cual tanto el Estado como las empresas sanitarias estarán siempre eximidos de cumplir con la legislación nacional municipal y las Ordenanzas en materia de urbanismo y construcción, en particular en los casos indicados en la Circular Ordinaria N° 295 de 29 de abril de 2009, de la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda (Circular N° 295).

c. Asimila, sin ofrecer argumentos explícitos para ello, la naturaleza jurídica de las empresas sanitarias, esto es, de sociedades mercantiles de derecho privado, a la naturaleza jurídica de un organismo del Estado constituido y regido por el derecho público, al punto de afirmar que se debe considerar que es siempre "el Estado" el que actúa cuando lo hace una empresa privada sanitaria, a partir de una cierta comprensión, tampoco explicitada, de la concesión de servicio público aplicable a la actividad de prestación de servicios sanitarios.

## II. Cuestión controvertida y decisión

### 1. Cuestión a resolver

¿Están eximidas las empresas sanitarias de solicitar el permiso municipal de construcción de obras, previsto en el artículo 116 del D.F.L. N° 458 de 1976, cuando obtienen la aprobación por parte de la SSIS para ejecutar una obra vinculada con el servicio que prestan, o, por el contrario, están también obligadas a solicitar y obtener el permiso municipal mencionado, no obstante contar con la aprobación de la SSIS?

### 2. Decisión

La Corte Suprema de Justicia, en su Tercera Sala, mediante sentencia de 30 de marzo de 2020, rechazó el recurso de casación en el fondo.

Fundamentó su decisión en los artículos 11, letra c), de la Ley N° 18.092, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios; 116, incisos 3 y 4, del D.F.L. N° 458 de 1976; 2.1.29, 3.2.2 y 5.3.1 Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones de la Municipalidad de Ovalle; y en el numeral 6 de la Circular N° 295, así como en la comprensión de las empresas sanitarias, en tanto concesionarias de un servicio público, como el Estado mismo.

Podría considerarse que la *ratio decidendi* de esta sentencia sostiene que el prestador del servicio público sanitario sea el Estado o una empresa privada, no está obligado a solicitar el permiso municipal de construcción para edificar una obra vinculada con la prestación del mencionado servicio público, de acuerdo con el artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976.

Asimismo, como *obiter dicta*, la Corte sostuvo que las obras de infraestructura construidas por concesionarios del servicio público sanitario deben considerarse “obras construidas por el Estado desde que se ha realizado por un ente privado a quien el Estado le entregó la concesión de un servicio público”.

### III. Comentarios y evaluación crítica de la sentencia

La sentencia bajo análisis plantea al menos dos problemáticas de interés. Una de ellas relativa a las relaciones jurídicas entre la Administración nacional y la Administración municipal en materia de edificación de infraestructuras sanitarias y de fiscalización urbanística. La otra, se relaciona con la naturaleza jurídica de los particulares que realizan actividades de prestación calificadas por la legislación como servicios públicos, en este caso, de servicios sanitarios.

#### 1. *Respecto de su incidencia en las relaciones jurídicas entre la Administración nacional y la Administración municipal en materia urbanística*

Es competencia de la Administración nacional establecer y fiscalizar el cumplimiento de las reglas técnicas para edificar infraestructuras destinadas a la prestación servicios sanitarios, pero es competencia de la Administración Municipal determinar y fiscalizar, en su territorio, el respeto y cumplimiento de las variables urbanas previstas en sus Ordenanzas.

Cada competencia trata sobre una materia distinta, por lo que el ejercicio de una no implica asumir ni impedir el ejercicio de la otra. Así lo establecen tanto la Constitución Política de la República, como la legislación aplicable tanto a la prestación de servicios sanitarios como la a la actividad administrativa de las Municipalidades, a saber, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en que se desarrolla el régimen de ejercicio de la autonomía político-administrativa que la Carta Magna reconoce a los gobiernos locales en su artículo 118, conforme por demás a la forma descentralizada del Estado chileno, declarada en el artículo 3 del mismo texto fundamental.

Por tanto, mientras a la Administración nacional le corresponde asegurar que los privados autorizados para ello cumplan con las normas de edificación de infraestructuras destinadas a la prestación servicios sanitarios, a la Administración municipal le corresponde supervisar que esos mismos privados cumplan también con las normas sobre movimientos de tierra, usos de parcelas, altura y retiros de las edificaciones, servicios básicos, entre otras variables urbanísticas que solo conocen y fiscalizan las autoridades municipales.

Si lo anterior es correcto, un primer comentario crítico de la sentencia examinada permite sostener que más allá de lo establecido en el artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976, y en la Circular N° 295, la Corte pudo examinar más a fondo, conforme a la Constitución, el reparto de competencias que la legislación nacional hace en las materias de infraestructura

de servicios sanitarios y urbanística y de construcciones, tomando en cuenta además que el D.F.L. N° 458 de 1976 es anterior a la Constitución de 1980 y que la Ley N° 18.695 tiene rango de orgánica constitucional, antes de concluir que el Estado nacional no está obligado en ningún caso a solicitar permisos municipales de construcción al edificar obras sanitarias.

Ello porque cumplir con las reglas técnicas de edificación de infraestructuras requeridas para prestar servicios sanitarios, cuya observancia el propio Estado nacional fiscaliza, no implica de forma necesaria y automática, como bien lo sostuvo la Municipalidad de Ovalle en el caso examinado, que se cumplan con las normas de urbanismo y construcción vigentes en el territorio de la Municipalidad en que la obra se ejecuta.

En tal sentido, una interpretación sistemática y conforme a la Constitución de la legislación aplicable al caso, tal vez habría permitido a la Corte Suprema de Justicia llegar a una conclusión diferente, orientada a la coordinación de competencias nacionales y municipales<sup>1</sup>, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración del Estado (en lo que sigue, Ley N° 18.575), que fortaleciera el principio de descentralización y la autonomía constitucional de las Municipalidades, sus competencias propias o *privativas* en materia de construcción y urbanismo en los territorios locales sobre los que ejercen su autoridad<sup>2</sup>, y sobre todo, a preservar la legalidad urbanística frente a construcciones como la ejecutada en el caso examinado, así como la seguridad de las personas vinculadas o expuestas a tales construcciones.

Sin embargo, el problema más de fondo que se observa en la sentencia examinada tiene que ver con el considerar que no fue un privado, un particular, el que no solicitó el permiso de construcción, sino que fue el Estado nacional el que no lo solicitó, por razones no explicitadas del todo en el fallo, pero que se pueden inferir y que se examinan a continuación.

2. *Respecto de su incidencia en la interpretación y efectos del régimen jurídico de prestación de "servicios públicos", especialmente en materia de servicios sanitarios*

Como se desprende de sus fundamentos séptimo y noveno, la Corte derivó de las premisas a) la actividad desarrollada por las empresas sanitarias es un servicio público, y b) el acto por el cual las empresas sanitarias son habilitadas para desarrollar esa actividad es una concesión, la conclusión c) según la cual la prestación de servicios sanitarios es una actividad propia del Estado.

Para los sentenciadores, la de servicios sanitarios es una actividad que es "entregada" por el Estado a un privado para que sea este el que la realice, pero sin que se pueda considerar una actividad privada, ya que, por

<sup>1</sup> VILLAGRÁN 2015, 48-50.

<sup>2</sup> BERMÚDEZ 2014, 728.

ejemplo, las obras que ese privado construya para prestar el servicio han de entenderse como obras “construidas por el Estado”.

Al respecto, cabe indicar que si bien el D.F.L N° 382 de 1989, de Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L N° 382), califica como servicio público a la actividad de prestación de servicios sanitarios, y que esa misma ley contemple como acto administrativo de habilitación para el desarrollo de dicha actividad la concesión en lugar de la autorización, tales elementos no son suficientes para concluir que la actividad en cuestión es estatal y que las empresas sanitarias la realizan en nombre del Estado, y no en ejercicio de un derecho propio, bajo su propio riesgo y responsabilidad.

La razón de la afirmación anterior es muy simple. La prestación de servicios sanitarios no es una actividad reservada al Estado ni por la Constitución vigente, ni por el D.F.L N° 382, ni por alguna otra norma de rango legal vigente en Chile, es decir, no hay una *publicatio* o creación de monopolio estatal para la prestación de este servicio, al margen de la incuestionable necesidad de que se preste de forma continua y con acceso universal. Basta un conocimiento adecuado de la concepción tradicional del servicio público para compartir la aseveración anterior<sup>3</sup>.

En efecto, como lo ha analizado y explicado la doctrina nacional más autorizada en la materia<sup>4</sup>, el que en algunas leyes vigentes en Chile aplicables a actividades de prestación continua y universal de interés público, denominen a esas actividades *servicios públicos* y ordenen a la autoridad fiscalizadora emplear la figura de la concesión en lugar de usar la figura de la autorización para permitir a los privados con interés y capacidad para ello desarrollar esas actividades con fines de lucro, no es suficiente para, sin más, concluir que se tratan de actividades estatales, ya que la condición esencial para que en derecho pueda ello afirmarse es que exista en una norma de rango legal reserva explícita de la o las actividades al Estado, en atención al fuerte impacto que tal decisión, que solo puede tomar el legislador democrático, tiene sobre varios derechos fundamentales.

En efecto, cuando esa reserva de actividad está presente en una ley formal, se extingue toda posibilidad de que los privados puedan realizar esa actividad en ejercicio de los derechos a la libertad económica y la propiedad privada. Solo si no es absoluta la reserva, y mediante una concesión el Estado decide solicitar la colaboración de un privado, previa aplicación de un procedimiento licitatorio es que podría un privado desarrollar la actividad, pero en tal supuesto, sin duda, en nombre y por cuenta del Estado.

En cambio, cuando esa reserva no existe y la ley aplicable estimula la libre iniciativa privada y la competencia entre privados, es forzoso concluir en derecho que los particulares que se dediquen a ella lo hacen en ejercicio de

<sup>3</sup> ROJAS 2014, 173 y ss.; AGUILERA 2020, 10 y ss.

<sup>4</sup> VERGARA 2004, 41 y ss.; SOTO 2012, 569 y ss.

un derecho propio, de la libertad económica y de la propiedad privada, por cuenta, riesgo y responsabilidad propia, sin que altere esa realidad el que para desarrollar esa actividad deban, previamente, obtener una habilitación de parte de la autoridad fiscalizadora, como es hoy día común en muchos ordenamientos jurídicos, que siguen las tendencias más eficaces de la regulación económica.

Por otro lado, es un dato de la realidad que tanto el D.F.L. N° 382, como las leyes nacionales aplicables a actividades como las telecomunicaciones, los servicios eléctricos, el servicio de gas doméstico y transporte terrestre luego de la puesta en vigencia de la Constitución Política de 1980, son leyes que explícitamente buscaron liberalizar la economía nacional en estas y otras materias, y en modo alguno mantener las reservas o crear nuevas reservas, política a favor de la libre iniciativa y de la competencia suficientemente ratificada por diversas fuentes tanto jurídicas como de otras disciplinas<sup>5</sup>.

Es con apoyo en lo anterior, que consideramos que no se puede tomar como excusa un mal uso por parte del legislador de la figura de la concesión, en este caso en el D.F.L. N° 382, para de allí entonces concluir que a pesar de no existir *publicatio* sino un régimen jurídico favorable a la libre iniciativa y la competencia, la de servicios sanitarios es una actividad estatal “independiente de la forma jurídica con la que realiza sus operaciones”.

## Conclusión

La sentencia examinada puede plantear problemas de constitucionalidad en un doble sentido.

a. En primer lugar, por partir de una interpretación aislada del artículo 116, inciso 4, del D.F.L. N° 458 de 1976, que suprime de forma general, en favor del Estado nacional, una competencia propia en materia que la Ley N° 18.695 atribuye en su artículo 24, a), 2, de forma expresa a las Municipalidades, en lugar de, según lo argumentado *supra*, adoptar una interpretación sistemática y conforme a los artículos 3 y 118 de la Constitución, a la luz de lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley N° 18.575, orientada a armonizar y coordinar competencias nacionales en materia de edificaciones sanitarias con las competencias municipales en materia de control urbanístico y de construcción.

b. Y, en segundo lugar, por desconocer la distinción entre el Estado y las personas jurídicas privadas de derecho privado, y por esa vía privar a estas últimas, junto a su naturaleza no estatal, del ejercicio de derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución en su artículo 19, incisos 21 y 24, como son la libertad económica y la propiedad privada, contrariando además la política de liberalización de actividades que orienta el régimen aplicable a las actividades calificadas por leyes chilenas como “servicio público”.

<sup>5</sup> BÜCHI 1993, 64 y ss.

c. Además de los problemas señalados, es necesario tener presente algunas consecuencias que se siguen de afirmar que una empresa sanitaria privada debe considerarse, en su naturaleza jurídica y actividades que realiza, el Estado mismo.

d. Tal afirmación, entre otras consecuencias jurídicas, supondría para las empresas sanitarias: 1) su sujeción, en el mejor de los casos, al régimen jurídico propio de un organismo administrativo descentralizado funcionalmente, como las empresas del Estado; 2) la sujeción de sus trabajadores a un régimen laboral mixto, que incluye el cumplimiento del principio de probidad; 3) que los bienes con que prestan el servicio son estatales y no propiedad privada; 4) que están sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República; 5) que no hay libre competencia en el sector de los servicios sanitarios por ser el Estado el único que los presta; y 6) que si generan daños patrimoniales, es el Estado el que responde. Todo ello a partir de una suerte de reserva de actividad o *publicatio* acordada en un fallo judicial.

### Bibliografía citada

- Aguilera Medina, C. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? Notas para un análisis crítico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, [S.l.] (31), pp. 5-31.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- Büchi Buc, H. (1993). *La transformación económica de Chile*. Grupo Editorial Norma.
- Rojas Calderón, C. (2014). La categoría jurídica de los "servicios privados de interés público". El caso de las juntas de vigilancia de ríos". *Revista Chilena de Derecho* 41(14), pp. 171-204.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Thomson Reuters.
- Vergara Blanco, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), pp. 33-49.
- Villagrán Abarzúa, M. (2015). *Manual de Derecho Municipal*. Ril Editores y Universidad Autónoma de Chile.

### Jurisprudencia citada

Corte Suprema. Tercera Sala. Rol 27.106-2019, 30 marzo 2020.

# Derecho a recurso, destitución y delegación de funcionarios públicos. Consideraciones en torno a un dictamen de la Contraloría General de la República

Patricio Ponce Correa\*

El presente trabajo comenta el Dictamen N° E30045-2020, emitido por la Contraloría General de la República en agosto de 2020, y aborda sus alcances en relación al derecho a recurso como mecanismo de impugnación administrativa frente a la aplicación específica de una medida disciplinaria expulsiva, así como también, en sus efectos generales respecto a la revisión jerárquica de un acto administrativo dictado en ejercicio de potestades delegadas.

**Palabras clave:** Derecho a recurso, delegación, destitución, Contraloría General de la República.

*This paper comments on opinion N° E30045-2020, issued by the Office of the Comptroller General of the Republic in August 2020. It addresses its scope in relation to the right to appeal as a challenge mechanism against an expulsion disciplinary measure, as well as its effects regarding the hierarchical review of an administrative act issued in the exercise of delegated powers.*

*Keywords:* Right to appeal, delegation, removal of public officials, Comptroller General of the Republic.

RESUMEN / ABSTRACT

## Introducción

La destitución, medida disciplinaria de mayor gravedad contemplada en el EA, envuelve una afectación intensa y prolongada de derechos fundamentales tales como la libertad de acceso a cargos públicos y libertad de trabajo. Ello exige sujetar su aplicación a estándares más exi-

\* Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, 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.

Recibido el 6 de noviembre de 2020 y aceptado el 10 de diciembre de 2020.

gentes, tanto en el ámbito procedimental como orgánico, que los dispuestos respecto de otras sanciones.

Dentro de tales garantías, podemos advertir que la medida expulsiva debe ser adoptada por la máxima jefatura del servicio y que su aplicación queda sujeta, por regla general, a un procedimiento sancionatorio más desarrollado. Este último contempla un régimen de impugnación administrativa ordinaria, a partir del cual podemos identificar un derecho a recurso en favor del afectado, que integra los recursos de reposición y apelación.

Pero el texto de la regla recursiva prevista en el EA respecto del acto administrativo sancionatorio adoptado en virtud de un sumario administrativo, no descarta la apelación para el caso en que la decisión es adoptada por la máxima superioridad del servicio respectivo. Dicha limitación sí aparece en la disposición que regula la investigación sumaria y, por cierto, en el artículo 59 de la LBPA, que restringen la vía recursiva en estos casos a la sola reposición.

El dictamen en comento aborda el derecho a recurso en estos casos. Frente a la eventual aplicación supletoria de la LPBA, así como también, ante una alteración de la garantía orgánica antes referida, cuando la medida expulsiva es adoptada por una jefatura inferior en virtud de delegación.

## I. El Dictamen N° E30045-2020 de la Contraloría General de la República

Este dictamen fue emitido por la Contraloría General de la República el 25 de agosto de 2020 en respuesta a un requerimiento interno, formulado por su Departamento de Previsión Social y Personal. Su objeto fue interpretar si resulta o no admisible que, frente a una medida de destitución aplicada por el ministro, o subsecretario por delegación, a funcionarios de su dependencia, estos últimos apelen de ella para ante el presidente de la República.

La consulta surge a partir del texto del artículo 141 del EA<sup>1</sup>, el cual sostiene que en contra de la resolución sancionatoria disciplinaria proceden los recursos de reposición y apelación subsidiaria, sin distinguir los casos en que dicho acto fuere dictado por la máxima jefatura del servicio. En tanto que, por su parte, el artículo 59 de la LBPA prescribe que en contra de las resoluciones del jefe superior solo procede reposición.

Luego de advertir la existencia de dos precedentes que abogaban por la procedencia del recurso de apelación en tales términos (dictámenes

<sup>1</sup> “En contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

“a) De reposición, ante la misma autoridad que la hubiere dictado, y

“b) De apelación ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria.

“El recurso de apelación solo podrá interponerse con el carácter de subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida.

“Los recursos deberán ser fundados e interponerse en el plazo de cinco días, contado desde la notificación, y deberán ser fallados dentro de los cinco días siguientes”.

Nº 46001-2005 y Nº 53520-2011), el órgano contralor se inclina esta vez por una reinterpretación y concluye que no resulta admisible tal mecanismo de impugnación respecto de la destitución aplicada por un ministro.

Pero, de paso con lo anterior, el dictamen en comento cierra también la vía recursiva jerárquica respecto de las destituciones que fueren aplicadas por un delegado del ministro; cuestión que, en el escenario planteado por la consulta, recaería en el subsecretario. Así, ya sea que la medida expulsiva fuere aplicada por el ministro o su delegado, la vía recursiva administrativa interna se agota con la sola reposición.

## II. Razonamiento explícitos e implícitos tras el Dictamen Nº E30045-2020

La especial relevancia de este dictamen radica en que aborda por vía interpretativa dos materias que han resultado tradicionalmente de difícil solución, debido a una aparente imperfección en la redacción normativa. Lo que ha motivado vaivenes jurisprudenciales al interior del propio ente contralor.

La primera de ellas, referente a la improcedencia del recurso de apelación respecto de la resolución destitutoria dictada por un ministro contra el personal de su dependencia, constituye, sin lugar a dudas, la línea interpretativa medular del dictamen, lo cual aborda directa y explícitamente. Siguiendo a Phillips<sup>2</sup>, diremos que a partir de ella se colige la *ratio decidendi*.

La segunda, más bien indirecta, versa sobre la inadmisibilidad de reconocer un régimen recursivo jerárquico respecto de los actos ejecutados en ejercicio de potestades delegadas, lo que el pronunciamiento aborda entre líneas al plantearse como hipótesis que la destitución fuere decretada por un subsecretario como delegatario del ministro. Su carácter implícito justificaría preguntarse si encierra una segunda *ratio* o cabe ser considerado *obiter dictum*.

### 1. Apelación respecto de la resolución expulsiva

Conforme al artículo 140 del EA<sup>3</sup>, el sumario administrativo debe ser resuelto por la autoridad que dispuso su instrucción, salvo que corresponda aplicar una medida de destitución, caso en el cual la resolución será dictada por la autoridad naturalmente facultada para efectuar el nombramiento. Ello recaerá en el jefe superior del respectivo órgano administrativo, excepto en cargos de exclusiva confianza del presidente de la República<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> PHILLIPS 2020, 149-176.

<sup>3</sup> "Emitido el dictamen, el fiscal elevará los antecedentes del sumario al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso, quien resolverá en el plazo de cinco días, dictando al efecto una resolución en la cual absolverá al inculpado o aplicará la medida disciplinaria, en su caso. Tratándose de la medida de destitución, los antecedentes se elevarán a la autoridad facultada para hacer el nombramiento".

<sup>4</sup> "Conforme Ley Nº 18834 art. 119 la destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario, y art. 13 de la misma

La Contraloría ha precisado que, en el caso de los ministerios, tal atribución recae en el ministro<sup>5</sup>; en servicios nacionales, su director nacional<sup>6</sup>; y en órganos descentralizados territorialmente, como los servicios de salud, sus directores regionales<sup>7</sup>. En todo caso, se tratará de la autoridad facultada por ley para efectuar el nombramiento y no de aquella que ejerza esta atribución por delegación; delegar la facultad de nombrar no lleva ínsita la de destituir<sup>8</sup>.

Acontece que el texto del artículo 141 del referido estatuto, en el caso del sumario administrativo, confiere al afectado derecho a recurrir de reposición y apelación subsidiaria respecto del acto administrativo sancionatorio, sin contemplar una regla especial para el caso en que este hubiere sido dictado por el jefe superior del servicio, prevención que sí formula el artículo 126 a propósito de la investigación sumaria.

Surge así el problema de determinar si procede o no la revisión jerárquica en el caso de llegar a aplicarse una medida disciplinaria por el jefe superior de servicio, en virtud de un sumario administrativo y, frente a una respuesta afirmativa, ante quien. Dicha incerteza resulta especialmente atinente a la destitución pues, según señalamos antes, la facultad de aplicar esta última recae precisamente en el jefe superior en virtud de la ley.

Y es que la apelación corresponde en este caso a un recurso administrativo interno de carácter jerárquico, destinado a que el acto administrativo sancionatorio sea revisado por el superior inmediato de quien lo dictó. Al tratarse de un control interno, la revisión referida corresponde ser efectuada por órganos administrativos "de la de misma rama de donde proviene el acto examinado"<sup>9</sup>.

Así, Aldunate ha sostenido que en este caso simplemente no resulta procedente la apelación<sup>10</sup>, Celis estima improcedente dicho recurso cuando se trata del jefe superior de un órgano descentralizado, pero lo estima admisible cuando el órgano pertenece a la administración centralizada<sup>11</sup>. Caso

---

ley señala que el nombramiento se resolverá por los jefes superiores en los servicios públicos regidos por el estatuto administrativo, con excepción del nombramiento de los cargos de exclusiva confianza del presidente de la república". Dictamen N° 23520 (1991).

<sup>5</sup> Dictamen N° E21316 (2020).

<sup>6</sup> Dictamen N° 35363 (2017).

<sup>7</sup> Dictamen N° 27652 (2016).

<sup>8</sup> "[...] no puede inferirse que esas autoridades sean las competentes para aplicar una medida expulsiva, toda vez que dicha potestad, propia del Ministro respecto del personal de su dependencia, no les fue delegada expresamente, sin que la circunstancia de haberse delegado la facultad de designar al personal que en ella se indica, lleve implícita la facultad de destituirlo [...]". Dictamen N° E21316 (2020).

<sup>9</sup> CORDERO 2015, 542. En este sentido, se ha precisado que el recurso jerárquico se formula respecto de actos administrativos dictados por un funcionario de "cualquiera de las oficinas, dependencias o empleos que forman parte del órgano público". ASTORGA 2016, 654.

<sup>10</sup> Vid. ALDUNATE 2011, 150.

<sup>11</sup> Vid. CELIS 2015, 234.

conflictual el de los ministros, pues su superior jerárquico es un órgano externo al ministerio, máxima jefatura estatal y de gobierno<sup>12</sup>.

Astorga identifica expresamente este recurso con el jerárquico previsto en el artículo 59 de la LBPA<sup>13</sup> y, por esta vía, tocaría reconocer límites similares a los que establece dicha norma, esto es, su improcedencia respecto de actos que emanen del presidente de la República, ministros de estado y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados.

No obstante, razones de texto podrían conducir a la interpretación contraria, en orden a que la limitación prevista en el artículo 126 del EA para la investigación sumaria aparece claramente omitida en el texto del 141 respecto del sumario administrativo, procedimiento especialmente destinado a la aplicación de medidas disciplinarias más graves. Ello permitiría sostener que se trata de una regla recursiva legal especialmente distinta.

En el caso específico de los ministerios, la Contraloría acogió esta última interpretación en los dictámenes N° 46001-2005<sup>14</sup> y N° 53520-2011<sup>15</sup>, tras concluir que procede apelación para ante el presidente de la República respecto de las destituciones aplicadas por los ministros de estado. El razonamiento seguido por el órgano contralor se fundó en reconocer un derecho a recurso jerárquico a partir del artículo 141 del EA y concluir que los ministros son dependientes del jefe de Estado.

Ambos pronunciamientos fueron reconsiderados por el nuevo Dictamen N° E30045-2020. En este último, el ente contralor cambia de criterio interpretativo y se inclina por concluir que el artículo 141 del EA omite precisar el régimen recursivo jerárquico aplicable al caso en que el acto administrativo sancionatorio emane del jefe superior del respectivo órgano, en este caso, un ministerio.

Así, al identificar esta apelación con el recurso jerárquico previsto en la LBPA, lleva a sostener que el artículo 59 de dicha norma contendría una disposición que, ante el silencio del EA, cobra aplicación especial y permite

<sup>12</sup> A propósito del recurso jerárquico, precisa Bermúdez que los ministros de estado tienen un superior jerárquico, cual es el presidente de la República. *Vid.* BERMÚDEZ 2014, 225.

<sup>13</sup> *Vid.* ASTORGA 2016, 638.

<sup>14</sup> "Consecuente con lo anterior, la medida disciplinaria de destitución aplicada a la peticionaria por el Subsecretario de Educación en virtud de las facultades delegadas por el titular de la cartera, debe entenderse impuesta por el Ministro de Educación, procediendo entonces que sea el Presidente de la República –y no el Ministro– en su carácter de superior jerárquico de este último, quien conozca y resuelva el recurso de alzada, como efectivamente ha acontecido en la especie, todo lo cual autoriza para concluir que no se ha configurado en este aspecto el vicio de ilegalidad que reclama". Dictamen N° 46001 (2005).

<sup>15</sup> "[...] en lo que atañe a la otra inquietud manifestada por la recurrente en relación con dicho proceso, es pertinente indicar que de acuerdo al artículo 141 de la citada Ley N° 18.834, la resolución que aplica una medida disciplinaria, podrá apelarse ante el superior jerárquico de quien la impuso, recurso que, en el caso de medidas impuestas por un Ministro de Estado, debe ser conocido por el Presidente de la República [...]". Dictamen N° 53520 (2011).

concluir que la vía administrativa interna se agota en esos casos con la reposición<sup>16</sup>.

## 2. Régimen recursivo jerárquico respecto de potestades delegadas

Otro tema que aborda indirectamente el Dictamen N° E30045-2020 radica en determinar si procede o no el recurso jerárquico respecto de actos ejecutados en virtud de potestades delegadas. Se trata aquí de un tema que acusa una difícil solución, pues la norma legal no ofrece suficiente claridad a este respecto.

Conviene precisar que la delegación administrativa es una transferencia temporal, específica y revocable del ejercicio de determinadas potestades, o de la sola facultad de firmar, que realiza una autoridad o jefatura administrativa a un órgano o funcionario de su dependencia. Su propósito es descongestionar y hacer más eficaz la resolución de los asuntos al interior del órgano respectivo<sup>17</sup>, alterando la distribución natural de sus competencias<sup>18</sup>.

Si bien la delegación administrativa constituye una medida de cotidiana ocurrencia, su regulación general se restringe a la regla prevista en el artículo 41 de la LOCBGAE<sup>19</sup>, la cual parece albergar dos principios contradictorios. El inciso 2° plantea que el delegante queda impedido de ejercer la facultad delegada sin revocar previamente la delegación (inavocabilidad particular); pero, según el literal d), este conserva el control jerárquico respecto de su delegado.

Soto Kloss sostiene, en principio, que el recurso jerárquico sería procedente respecto de los actos del delegado, dado que existe responsabilidad de

<sup>16</sup> “[...] no procede el recurso de apelación respecto de las medidas de destitución aplicadas por un Ministro de Estado –o por el Subsecretario por delegación– a los funcionarios de su dependencia y nombrados por aquella autoridad, atendido que esta instancia recursiva se encuentra limitada por el inciso cuarto del artículo 59 de la Ley N° 19.880, precepto que, a falta de regla especial en el Estatuto Administrativo, y por ser compatible con la regulación contenida en este, resulta aplicable en la especie”. Dictamen N° E30045 (2020).

<sup>17</sup> Tal como anota Valdivia, la delegación administrativa se trata de un instituto que opera siempre “al interior de un único organismo”. VALDIVIA 2018, 83.

<sup>18</sup> Vid. CORDERO 2015, 200.

<sup>19</sup> “El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

“a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;

“b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;

“c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;

“d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización; y

“e) La delegación será esencialmente revocable.

“El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación.

“Podrá igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada”.

control, pero advierte que este ejercicio posibilitaría la avocación sin necesidad de revocar y, con ello, eludir una proscripción expresa en la norma<sup>20</sup>. Quezada se inclina abiertamente por su procedencia<sup>21</sup>, en tanto Astorga lo considera así solo cuando se trata de una delegación de potestades y no de firma<sup>22</sup>.

La jurisprudencia de la Contraloría se inclinó por estimar improcedente el recurso jerárquico en un principio. Así puede verse en el Dictamen N° 41385-1994<sup>23</sup>, cuyo criterio va a ser reiterado, entre otros, por los dictámenes N° 38215-2001, N° 40436-2001, N° 7704-2005 y N° 60754-2005.

Tales pronunciamientos aluden al artículo 41 de la LOCBGAE y coligen una suerte de representación del delegante, ejercida por el delegado, de modo que, al no existir recurso respecto de lo actuado por el primero, tampoco lo habrá contra aquellas actuaciones ejecutadas por otro en su reemplazo. No obstante, nos parece con la mención de dicho artículo, el órgano de control ha debido tener en consideración la prohibición de avocación particular.

Dicha jurisprudencia va a evidenciar un cambio a partir del Dictamen N° 9306-2011<sup>24</sup>, que será reiterado en iguales términos por el Dictamen N° 19708-2011 y luego por los dictámenes N° 31774-2011, N° 49560-2011.

Podemos identificar que este cambio interpretativo se sustenta en tres fundamentos: 1. la facultad de conocer el recurso jerárquico es distinta de la facultad cuyo ejercicio fue delegado; 2. la autoridad delegante conserva responsabilidad por el control jerárquico, lo que justifica el conocimiento de dicho recurso; y 3. el artículo 141 del EA otorga un derecho a la doble instancia en los procedimientos disciplinarios.

<sup>20</sup> SOTO 1989, 142.

<sup>21</sup> QUEZADA 2017, 103.

<sup>22</sup> ASTORGA 2016, 661.

<sup>23</sup> “[...] cuando autoridades administrativas imponen medidas disciplinarias por delegación de funciones del jefe superior del servicio, los afectados no pueden interponer el eventual recurso de apelación que ante esta última autoridad pueda existir, porque aquellas jefaturas, al suscribir los documentos que aplican las sanciones, están representando a la superioridad máxima de la institución, por lo que debe entenderse que quien las impone es esta última a través de un delegado”. Dictamen N° 41385 (1994).

<sup>24</sup> “[...] el conocimiento y resolución de los recursos administrativos por parte de la superioridad respectiva, al corresponder a una potestad distinta de aquella que ha sido delegada, no importa vulnerar la regla que exige la previa revocación de la delegación, prevista en el inciso segundo del artículo 41 del texto orgánico constitucional antes referido”.

“[...] procede afirmar que la delegación de facultades en las Directoras Regionales, reducida actualmente, en lo que atañe al acto examinado, a la aplicación de las medidas disciplinarias de censura y multa, no importa que la Vicepresidenta Ejecutiva haya transferido la potestad revisora de la que es titular, motivo por el cual la decisión de la autoridad regional de que se trata, en orden a declarar improcedente el recurso de apelación contemplado en el artículo 141 del Estatuto Administrativo, deducido por la afectada en contra de la multa aplicada a su respecto, aduciendo que actúa con atribuciones delegadas, no se ajustó a la jurisprudencia vigente sobre la materia”. Dictamen N° 9306 (2011).

Ahora, si bien estos últimos pronunciamientos no aparecen expresamente reconsiderados por el Dictamen N° E30045-2020, lo cierto es que la hipótesis que este último manifiesta, en orden a considerar que la destitución pueda ser aplicada por un delegatario del ministro y negar también en este caso la procedencia del recurso jerárquico, implícitamente, importa desestimar que tal actuación pueda ser revisada por el delegante.

Si bien nos parece que el criterio jurisprudencial en esta materia es evidente, cierto resulta que la hipótesis de delegación fluye del requerimiento y no recibe una consideración particular en la fundamentación del dictamen, de modo que existirían argumentos para considerarla una declaración tangencial. Frente a ello tocará analizar la jurisprudencia posterior que el órgano pueda emitir en esta materia para reafirmar o desestimar este punto.

### III. ¿El dictamen en comento infringe el derecho a recurso administrativo?

A partir de la doctrina procesal se ha llegado a identificar principios indispensables para el desarrollo de un proceso como mecanismo legítimo de defensa de los derechos de las personas. Las nociones de debido proceso y tutela judicial efectiva resultan hoy consagrados a nivel constitucional y tratados internacionales como una garantía esencial para la protección de los derechos humanos.

Tales principios, surgidos en el contexto de la actividad jurisdiccional, han expandido su campo de aplicación a los procedimientos administrativos<sup>25</sup>, ejercicio este último no exento de complejidades y forzosas distinciones, ante las sustanciales diferencias que asoman entre la actividad jurisdiccional y administrativa. Así, tal como el ámbito administrativo sancionatorio ha recibido influjos de la dogmática penal, el procedimental lo ha recogido del orden procesal.

De esta forma, a partir de su consagración constitucional, la noción de debido proceso ha recibido permanente alusión por la jurisprudencia de la Contraloría, especialmente en el ámbito disciplinario. Por ejemplo, puede verse el reconocimiento del debido proceso en materia administrativa ya en un dictamen de 1983<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> "Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas". Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (2001), párr. 127.

<sup>26</sup> "[...] devuelve resolución de academia superior de ciencias pedagógicas de Santiago por la cual se establecen sanciones para las personas que atenten en contra de académicos, funcionarios o alumnos, o contra los recintos de esa academia, por cuanto ella se limita a disponer al respecto una investigación sumaria que no podrá exceder de 48 horas, omitiendo establecer los preceptos mínimos relativos al debido proceso que son exigibles en una normativa de esta naturaleza, acorde constitución pol art/19 num/3". Dictamen N° 435 (1983).

No obstante, somos de la idea que la asimilación de nociones surgidas al alero de otras disciplinas jurídicas no pasa por un acto de simple extrapolación, sino que requieren ser construidas a partir de la propia dogmática administrativa, pues solo así pueden resultar conciliables con los rasgos propios de esta rama jurídica.

Dentro de las garantías del debido proceso, el derecho a defensa y, en especial, el derecho a recurso como un elemento de este último<sup>27</sup>, requieren ser analizados a la luz de las normas y principios propios del ámbito administrativo. A este respecto, a partir del principio de impugnabilidad previsto en los artículos 15 y 59 de la LBPA, así como el 10 de la LOCBGAE, cabe identificar un régimen recursivo general<sup>28</sup>.

Tal régimen permite efectivamente reconocer al afectado por un acto administrativo un derecho a recurso en este ámbito, cuestión esta última que, en el caso de la aplicación de una medida disciplinaria, recaerá en el sancionado. Pero el ejercicio de tal derecho requiere ser construido sin desconocer la orgánica administrativa, lo que en este caso obliga a entenderlo como un control interno y, en el caso de la apelación, jerárquico.

Una cuestión fundamental –entre varias<sup>29</sup>– que separa la generalidad de la actividad procesal de carácter jurisdiccional de la administrativa, radica precisamente en el carácter indiscutible que adquiere, bajo ciertas condiciones, la decisión adoptada en virtud la primera. Dicha cuestión escapa al ámbito administrativo cuyas decisiones, aun cuando queden a firme, no gozan de cosa juzgada y pueden ser revisadas.

Esto permite que la revisión de la decisión administrativa admita diversas fórmulas de producción, como recursos administrativos, revisión de oficio,

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías del debido proceso en el ámbito administrativo exigen consagrar un derecho a recurso: “Que un segundo requisito exigido a todo procedimiento administrativo, para ser estimado justo y racional en lo que a este caso importa, radica en la posibilidad de impugnar la decisión que concluye su tramitación. Especialmente cuando esa resolución pueda favorecer a uno y perjudicar a otros, con falta de fundamento o de justificación [...]”. Sentencia TC Rol N° 6613 (2019), c. 6°.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, la Contraloría ha señalado: “[...] el artículo 15 de la citada Ley N° 19.880 – en concordancia con los artículos 3° y 10 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–, desarrolla el principio de impugnabilidad al precisar que ‘Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales’”.

“En concordancia con lo expuesto y en armonía con lo indicado, entre otros, en los dictámenes N° 62.496, de 2008, N° 54.097, de 2009 y N° 34.217, de 2013, todos de este origen, y al contemplar el referido artículo 5° del antedicho reglamento la figura de la ‘evaluación docente objetada’, sin prever una instancia administrativa de reclamación, se aplican supletoriamente los preceptos de la citada Ley N° 19.880, en particular su artículo 59, por lo que procede el recurso de reposición ante el funcionario o autoridad que resolvió tal objeción y, en subsidio, el jerárquico, ante su superior”. Dictamen N° 94239 (2014).

<sup>29</sup> “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 distintivos”. PONCE 2020, 189.

controles administrativos externos, sin perjuicio del contencioso administrativo. De modo que las limitaciones propias de la estructura administrativa, en tanto concibe jefaturas superiores cuyas decisiones agotan la vía interna, no excluye otros mecanismos de impugnación y, menos aún, causa indefensión.

En otras palabras, dicha orgánica no permitiría, sin desnaturalizar el recurso jerárquico, concebir una doble instancia. ¿De qué forma se logra identificar una jefatura superior llamada a conocer de una apelación al interior de un servicio, si el acto objeto de revisión emana precisamente de su máxima autoridad? La respuesta parece ser una: fuera de ese servicio, transformando así un recurso interno en externo.

Advertir en el artículo 141 del EA una imperfecta redacción que omite el supuesto en que el acto sancionatorio es dictado por la máxima autoridad de un ministerio o un servicio descentralizado, y suplir su silencio con la excepción prevista en el artículo 59 de la LBPA no nos parece, en ese entendido, una afectación del derecho recursivo.

Por el contrario, ofrece una vía interpretativa importante para llegar a integrar otros vacíos normativos presentes en el régimen procedimental disciplinario previsto en el EA, que constituyen afectaciones intensas del derecho a recurso y cuya aplicación no ha recibido, hasta ahora, acogida en la jurisprudencia de la entidad contralora, como podría ser, por ejemplo, la proscripción de la *reformatio in peius* prevista expresamente en el artículo 41 de la LBPA.

## Conclusión

El Dictamen N° E30045-2020 de la Contraloría General de la República modifica dos líneas jurisprudenciales que refieren, la primera, al régimen recursivo jerárquico frente al ejercicio de la potestad de destitución y, la segunda, más bien implícita en el pronunciamiento, a la procedencia de dicho recurso respecto de actuaciones emitidas en ejercicio de atribuciones delegadas.

El criterio reseñado concluye la improcedencia del recurso jerárquico frente a la aplicación de medidas disciplinarias por parte del ministro, o su delegatario, al personal de su dependencia, por aplicación de lo previsto en el artículo 59 de la LBPA, interpretado como complementario del artículo 141 del EA.

Dicha interpretación, en nuestra opinión, más que afectar el derecho a recurso administrativo, ofrece una vía de impugnación armónica con la orgánica administrativa y los principios generales del régimen recursivo jerárquico. Ello, a su vez, podría abrir la puerta a integrar otros principios previstos en dicha norma y omitidos en el EA, e incluso llegar a fortalecer el derecho a defensa en el ámbito disciplinario.

## Bibliografía citada

- Aldunate Ramos, F. (2011). *La responsabilidad administrativa y procedimientos disciplinarios*. Thomson Reuters.
- Astorga Valenzuela, C. (2016). *Los recursos administrativos* (T II). Círculo Legal Editores.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- Celis Danzinger, G. (2015). *Derecho administrativo disciplinario*. El Jurista.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Thomson Reuters.
- Phillips Letelier, J. (23 de junio de 2020). *La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de stare decisis*. Revista de Derecho Administrativo Económico. <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/16203>
- Ponce Correa, P. (25 de mayo de 2020). *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?* Revista de Derecho Administrativo Económico. <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/16209/13261>
- Quezada Rodríguez, F. (2017). *La delegación en el derecho administrativo chileno*. En J. I. Nuñez (Dir.) y R. Urzúa Arce (Coord.), *Temas misceláneos y actas del Primer Encuentro de Investigadores Jóvenes en Derecho Público y Teoría del Derecho* (pp. 81-110). Ediciones Universidad Finis Terrae.
- Soto Kloss, E. (1989). *La delegación en el derecho administrativo chileno*. *Revista de Derecho Público* (45-46), 115-147.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile. Decreto N° 100. 15 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.268.
- Ley N° 18.575 de 1986. *Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado*. 12 de noviembre de 1986. D.O. N° 32.640.
- Ley N° 18.834 de 1989. *Aprueba Estatuto Administrativo*. 15 de septiembre de 1989. D.O. N° 33.479.
- Ley N° 19.880 de 2003. *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

## Jurisprudencia

### Jurisprudencia Judicial

- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Caso 11.325. Juicio. Parágrafo 127 (2 de febrero de 2001).
- Sentencia TC Rol N° 6613 (2019): Tribunal Constitucional, 21 de noviembre de 2019.

### Jurisprudencia administrativa

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 435, 7 de enero de 1983.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 23520, 1 de octubre de 1991.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 41385, 2 de diciembre de 1994.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38215, 17 de octubre de 2001.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 40436, 31 de octubre de 2001.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 7704, 4 de febrero de 2005.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 46001, 30 de septiembre de 2005.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 60754, 29 de diciembre de 2005.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 9306, 14 de febrero de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 19708, 31 de marzo de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 31774, 18 de mayo de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49560, 8 de agosto de 2011.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 53520, 24 de agosto de 2011.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 27652, 14 de abril de 2016.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° 35363, 2 de octubre de 2017.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° E21316, 23 de julio de 2020.  
Contraloría General de la República. Dictamen N° E30045, 25 de agosto de 2020.

### **Siglas y abreviaturas**

CGR Contraloría General de la República.

EA Estatuto Administrativo.

LBPA Ley que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado.

LOCBGAE Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.  
párr. párrafo.

### Christián Rojas Calderón

*Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación* (Der Editores, 2019, 188 páginas)

El año 2018, la Superintendencia del Medio Ambiente aprobó 75 programas de cumplimiento que, según sus cálculos, importaron 157 USD millones de inversión en nuestro país. Con ello suma un total de 372 programas autorizados en toda su historia, por un total de 316 USD millones de inversión<sup>1</sup>. A través de este mecanismo legal, un sujeto contra el cual se ha iniciado un procedimiento sancionatorio puede suspenderlo con el fin de ejecutar las acciones de cumplimiento propuestas en dicho programa y así, en definitiva, ponerle término al sancionatorio sin sanción alguna.

Esto, que hace algunos años habrá sido impensado por los administrativistas más clásicos de nuestro país (i.e. la finalización de un procedimiento administrativo sancionatorio "sin la imposición de sanción" alguna) es solo uno de los cambios que en la última década ha experimentado el derecho administrativo y, entre ellos, el Derecho Administrativo sancionatorio. En muchas áreas se han instaurado las *autodenuncias* como mecanismos que permiten a un infractor obtener una rebaja o derechamente una exención de la sanción administrativa<sup>2</sup>. En otras tantas también han comenzado a verse los programas de subsanación de incumplimientos<sup>3</sup>. En fin, también hay casos de otros instrumentos como la sustitución de sanciones por otras ins-

tancias como capacitaciones o cursos al infractor<sup>4</sup>.

### ¿Cómo comprender todos estos cambios en el Derecho Administrativo moderno?

Christian Rojas, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez, emprende en su más reciente libro *–Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación–* una explicación aplicada a los cambios que han venido experimentando dos áreas relevantes en nuestro país: el Derecho Ambiental y el Derecho de Aguas.

El punto de partida del Profesor Rojas es reconocer que las nuevas sociedades han ido experimentando el ascenso de los riesgos como situaciones cotidianas; riesgos, entendidos como contingencias o posibilidades de un daño derivados de la actividad humana. Cada avance tecnológico hace nacer, como correlato, un riesgo: las tecnologías que se usan en temas energéticos, de telecomunicaciones o alimentaria enfrentan la potencialidad de causarnos un daño<sup>5</sup>. Es imposible no reconocer en el autor la influencia de lo que podría llamarse como la "Escuela de Barcelona del Derecho Administrativo" encabezada por el Profesor José Esteve Pardo, quien ha escrito en abundancia sobre la relación entre los riesgos y el Derecho.

En esta nueva sociedad, la actividad de policía y de sus propios instrumentos jurídicos –entendida tradicionalmente–, se hace insuficiente. De hecho, plantea Rojas que

<sup>1</sup> Datos según la Cuenta Pública 2019 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

<sup>2</sup> Por ejemplo, en materia ambiental (art. 41, Ley Orgánica de la SMA), en aguas (art. 173 bis, Código de Aguas), en mercados financieros (art. 58, Ley N° 21.000).

<sup>3</sup> Así, en medio ambiente (art. 42, Ley Orgánica de la SMA), en mercados financieros (art. 54, Ley N° 21.000) o en temas laborales (art. 506 bis, Código del Trabajo).

<sup>4</sup> Por ejemplo, en materia laboral (art. 506 ter, Código del Trabajo).

<sup>5</sup> Rojas 2019, 72 y ss.

por la complejidad y variabilidad de las tareas administrativas, se va haciendo cada vez más difícil encuadrarla ante los inevitables cambios derivados de los vientos políticos o las nuevas ideas acerca de la gestión pública, que pueden resumirse en el paso del monopolio a la privatización y también desde la mera desregulación a la regulación pública de la economía<sup>6</sup>.

Ello hace que, en definitiva, la actividad material de la administración deba ser revisada (como declara el propio Rojas en la Introducción).

La solución dentro de este caos está dada por la idea de responsabilidad. En este sentido, Rojas sigue la (ya a estas alturas clásica) distinción entre Derecho Administrativo de la *luz roja* y de la *luz verde* que plantean hace años Harlow y Rawlings<sup>7</sup>. Bajo la lectura del Derecho Administrativo de la *luz roja*, una visión individualista y centrada en una aproximación "ciudadano vs. Estado", la función primaria de esta área del derecho debería ser limitar los excesos del poder estatal y someterlo al control de los tribunales de justicia y el Estado de Derecho. En contraste, la tradición de la "luz verde" mira al Derecho Administrativo como un vehículo para el progreso político, con formas más democráticas de control o escrutinio público (*accountability*), que van más allá de las cortes.

En este contexto, Rojas plantea abiertamente que la regulación de los riesgos solo puede ser entendida en una estructura metodológica "de carácter direccional, responsivo, receptivo o funcional del actuar de los poderes jurídico-administrativos atribuidos"<sup>8</sup>, más propia de un Derecho Administrativo de la "luz verde". Entonces, se hace

necesario mirar la nueva legislación de Derecho Administrativo no desde una actividad de policía, enfocada en el puro control, y con una sanción como única alternativa posible. Es necesario desplazar dicho pensamiento hacia la idea de una actividad de regulación y gestión de riesgos, con instrumentos y herramientas jurídicas flexibles, que sean capaces de adaptarse a las nuevas realidades.

Bajo este paradigma, Rojas hace un análisis de dos sectores de referencia relevantes para su análisis, que además guardan congruencia con sus áreas de investigación académica.

Por una parte, el Derecho Ambiental, con las nuevas herramientas introducidas por la Ley N° 20.417, entre las que destacan los nuevos mecanismos de incentivo al cumplimiento, la introducción del riesgo en la evaluación ambiental, y el ascenso de particulares en relación a funciones de fiscalización en el área<sup>9</sup>. Por la otra, en el Derecho de Aguas, especialmente en la nueva estructura sancionatoria derivada de la Ley N° 20.064 que modificó el Código de Aguas<sup>10</sup>, con una graduación de sanciones y con mecanismos de incentivo al cumplimiento como la autodenuncia.

Dado su contenido, resulta evidente que sea el mismo Esteve Pardo quien prologue este nuevo libro de Rojas, declarándolo desde ya como "una pieza fundamental en la renovación y construcción del Derecho Público en Chile"<sup>11</sup>. Y es que no puede ser de otro modo. Es necesario repensar el Derecho Administrativo con el fin de adecuarlo y comprenderlo a la luz de las nuevas tendencias, y *Riesgos y Derecho Administrativo* de Rojas es precisamente eso: una interesante invitación a mirar esta área del derecho de manera distinta,

<sup>6</sup> Rojas 2019, 55.

<sup>7</sup> Harlow y Rawlings 2009, 63 y ss.

<sup>8</sup> Rojas 2019, 70.

<sup>9</sup> Rojas 2019, 108-134.

<sup>10</sup> Rojas 2019, 144-154.

<sup>11</sup> Rojas 2019, xi.

bajo una mirada responsiva y de manera consistente a las más recientes modificaciones legales.

**Pablo Méndez**

*Profesor, Escuela de Derecho  
Universidad de Valparaíso.*

*Licenciado en Cs. Jurídicas,  
Universidad de Valparaíso (Chile).*

*LL.M., New York University (EE.UU.).*

**Bibliografía**

Harlow, C. y Rawlings, R. (2009). *Law and Administration* (3ª edición). Cambridge University Press.



## Salinas Bruzzone, Carlos

*Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del Derecho sancionador regulatorio en Chile* (Santiago: Thomson Reuters, 354 pp.)

Presento el segundo libro del profesor Carlos Salinas Bruzzone.

Esta obra trata acerca de la misma temática que el primero, que fuera publicado hace algunos años ya<sup>1</sup>, aunque con un nivel de profundidad completamente diferente. Y no puede ser de otra forma, pues los casi 10 años de diferencia entre uno y otro, se completan con el hecho que el que es objeto de esta recensión es el fruto de su tesis doctoral que defendió brillantemente en la Universidad de Valparaíso, la que fue dirigida por el Prof. Dr. Juan Carlos Ferrada.

En efecto, en este excelente trabajo se nos presenta con preclara actualidad el debate en torno a las potestades sancionatorias de la Administración Pública. Se trata de un texto que posee una muy buena estructura, con capacidad auto-constructiva, en la medida que cada una de sus apartados y subapartados, van preparando las siguientes, lo que hace que la lectura del texto sea de una cadena lógica, que va seduciendo argumentativamente al lector.

Consta además, de un estupendo prólogo del Prof. Dr. Raúl Letelier que en unas breves páginas iniciales da cuenta del debate –tomando postura–, en torno a las potestades sancionatorias, como parte esencial de la actividad de la Administración Pública.

### I. Algunas cuestiones básicas, que se deben agradecer

Sobre este muy buen trabajo, quisiera destacar críticamente algunas cuestiones.

<sup>1</sup> Titulado *Derecho administrativo sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile* (Santiago: Punto Lex-Thomson Reuters, 2010, 446 pp.).

En primer lugar, cabe destacar la erudición en el manejo profuso y erudito de la temática, haciendo un verdadero “levantamiento” en clave histórica de la cuestión en torno a las potestades sancionatorias, tanto de la doctrina y jurisprudencia nacional y española, de la corriente mayoritaria (pp. 11-69).

Incluso el autor se acerca y desarrolla –lo que es un gran aporte–, no sólo la línea doctrinaria mayoritaria que se sostiene en la afirmación de la existencia de un único *ius puniendi* estatal-, sino que también dedica buena parte a las líneas críticas de esa misma doctrina mayoritaria (pp. 72-172).

### II. Algunas ideas centrales

Son destacables algunas ideas nucleares del texto:

1) La idea de construcción sistemática para comprender los poderes de sanción de la Administración es central, y permite construir parte importante de sus críticas y propuestas (pp. 176-256).

En torno a ello, una visión sistémica del Derecho (no sistemática, meramente descriptiva) que recorre el texto en varias ocasiones, como fundamento de una crítica metodológica que enfrente la idea del supuesto único *ius puniendi* estatal, la que no resulta consistente al pasarla rápidamente por ese tamiz. Este supuesto, del que deriva el fundamento de la disciplina del Derecho penal y –forzadamente– el del Derecho administrativo en su variante sancionatoria, que justificaría la utilización del primero por parte del segundo, y que se basa en una igualdad ontológica y en una diferenciación cualitativa.

Al respecto, se ha sostenido por la doctrina mayoritaria –copiando y atrayendo el debate y solución española a nuestra

realidad, descontextualizadamente–, que ello se hace “con matices”, generándose una inseguridad sistémica total pues el mayor o menor número de “matices” siempre va a depender de la voluntad del configurador (el regulador legislativo o administrativo), o del revisor o controlador (administrativo o jurisdiccional).

2) Esto es explicable, en mi concepto, por deficiencias dogmáticas y regulatorias de nuestro Derecho administrativo –en parte derivada de su escaso (histórico) desarrollo normativo, y de explicaciones dogmáticas que abarquen o comprendan todas sus complejidades<sup>2</sup>–, para lo cual con la finalidad de explicar sus faltas de desarrollo, vacíos o inconsistencias se recurre o recurría a otras disciplinas para afirmar sus posiciones, muchas veces sin considerar los contextos ni las consideraciones dogmáticas y sistémicas de esas propias disciplinas. Ocurre u ocurrió durante mucho tiempo con el Derecho civil: para explicar la responsabilidad por daños provocados por la Administración, para explicar la responsabilidad por riesgos (ambientales o de otro tipo), para explicar el acto administrativo, para explicar los contratos administrativos; y sigue ocurriendo en buena medida para explicar la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

Lo anterior, ha generado una explicación en algunos sobre la base en Derecho civil o en Derecho penal como en este caso que es sólo histórica<sup>3</sup>, al mismo tiempo intentos de otros de alejarse para construir autónomamente la disciplina<sup>4</sup> y, asimismo, las respuestas que les han

dado<sup>5</sup>. Ello ha ocurrido, por cierto, en un marco generalizado del uso recursivo a una variante autoritaria de la disciplina (fundamentada en la sola decisión de la autoridad con base remota en Schmitt y más cercana a nuestra área de estudio en su discípulo Forsthoff, con vigencia en Chile) sin más justificación adicional que el procedimiento, es decir, en lo formal; y luego, también garantista o sobregarantista de los derechos, intereses o meras expectativas (basada en una sobreprotección patrimonial).

3) Especialmente dificultosa es, a partir de lo que se sostiene en el texto, es la creación analógica “desde arriba” de esta área, a partir de la conexión el Derecho Administrativo en sus aspectos sancionatorios con disposiciones constitucionales que fueron establecidas para otros fines: entre ellas, la referencia a un racional y justo procedimiento; y aunque en una variante no originalista de la interpretación constitucional se encuentra plenamente justificada, eso no impide que tenga defectos.

Claro, ello podría justificar –y lo ha hecho– exámenes de ponderación y proporcionalidad a propósito de específicas situaciones sometidas a conocimiento de los Tribunales, pero que estimo no son suficientes en caso alguno para construir un sistema de sanciones desde arriba como se dijo.

4) Estas insuficiencias e inconsistencias sólo hacen posible otra clase de respuesta que el autor identifica como un Derecho Administrativo Sancionador de carácter regulador, en base a principios jurídicos o técnicas (pp. 257-323).

Ello implica mirar ya el fenómeno sancionatorio ya no como una deriva administrativa de castigos, sino que como una consecuencia del ciclo regulatorio.

<sup>2</sup> Lo que está siendo “enfrentado” por la actual generación de administrativistas.

<sup>3</sup> Martín-Retortillo, Sebastián (1996) *El Derecho civil en la del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid: Civitas, in totum

<sup>4</sup> Vergara Blanco, Alejandro (2010) *El Derecho administrativo como sistema autónomo*. Santiago: Abeledo Perrot-Legalpublishing, in totum.

<sup>5</sup> Bermúdez Soto, Jorge (2012) *Las relaciones entre el Derecho administrativo con el Derecho común*. Santiago: LegalPublishing, in totum.

En efecto, la sanción administrativa persigue ya no la retribución, sino que la corrección de conductas, en la medida que la Administración debe ejecutar la ley, aquello que el legitimado democrático supremo –en nuestra república, el Congreso– ha determinado.

¿Qué conductas? Aquellas que surjan de las prescripciones regulatorias específicas, consecuencia inevitable de la verdadera “explosión regulatoria”, derivada del cada vez mayor desarrollo de las áreas o sectores de referencia a que refiere Schmidt-Assmann.

Esta conclusión se ve reforzada aún más con la reconfiguración del Estado ya no como prestador, sino que uno regulador en base a prescripciones de Derecho público, que lo ubica en posiciones de “garante” de bienes y servicios como señala Esteve Pardo.

Por último, resulta sumamente destacable el esfuerzo por construir en base a principios (considerados como técnica acumuladora de elementos normativos, dogmáticos y jurisprudenciales) unos propios de carácter operativo/configurador para este Derecho administrativo

sancionador regulatorio. Distinguiendo entre los de orden sustancial: respeto a las reglas de mercado, razonabilidad, legalidad, proporcionalidad, responsabilidad, transmisibilidad y non bis in ídem; y los de orden adjetivo: debido procedimiento, y extinción (prescripción y decaimiento).

Sólo anoto, que en esta parte hay mucho camino pendiente, en sus aspectos normativos, dogmáticos y jurisprudenciales.

### III. Al cierre

Considero que el libro que es objeto de esta recensión no puede ser más oportuno, porque en un contexto complejo –de debates, de cambios–, un trabajo y texto como el de esta recensión que da sólidos argumentos que pueden ser más o menos debatibles, pero que sin duda constituye un aporte a la juridificación, a la objetivación, a la racionalidad de la actividad sancionatoria, y también de la argumentación que puedan hacer los controladores.

No queda más que recomendar vivamente su lectura, especialmente pertinente para estos tiempos.

Christian Rojas Calderón\*

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Derecho del Medio Ambiente, de la Universidad Adolfo Ibáñez. Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Correo electrónico: christian.rojas@uai.cl.



# 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 e indexada en Latindex y SCOPUS. Recoge estudios de doctrina, comentarios de jurisprudencia, sistematizaciones normativas, 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.

## II. 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 estándares de citación de la *American Psychological Association* (APA) 7ª edición, sin perjuicio de las modificaciones que se señalarán posteriormente en la sección Bibliografía citada.

## III. Normas de publicación referidas a los autores

### 2. 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.

La ReDAE utiliza el sistema Open Journal Systems (OJS), por lo que para el envío de trabajos se debe ingresar a [http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE\\_y](http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE_y) registrarse con un Nombre de usuario y contraseña. Los archivos deben ser enviados mediante esta plataforma en Microsoft Word o en formato compatible y en lengua castellana.

### 3. 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

## IV. Reglas para la sección Doctrina

- Los trabajos deberán ser escritos en tamaño carta, de medidas 21.59 cm x 27.94 cm.

- Los márgenes deben ser de 2.54 cm de todos los lados.
- Su extensión máxima será de ochenta mil caracteres (80.000) con espacios, incluidas las notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso; con interlineado sencillo y sin espacios entre párrafos.
- La fuente debe ser Times New Roman tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página, con uso de caja amplia.
- Todo el cuerpo del trabajo debe ir justificado.
- Cada párrafo debe comenzar con una sangría de ½ pulgada (1,27 cm.) a la izquierda.
- No se deben incluir viñetas o adornos innecesarios, así como negritas o subrayados no indicados específicamente. Los destacados o énfasis de palabras o conceptos especiales deberán llevar cursivas.
- En nota a pie de página inicial, 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 postal y el correo electrónico institucional. Las referencias siempre se remiten a una nota a pie de página.
- La numeración debe estar ubicada en la esquina inferior derecha.

#### 1. Estructura del trabajo

- La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés) alineada en forma centrada y en mayúsculas, el nombre de su autor o autores alineados a la derecha; un resumen (en castellano y en inglés) de trescientos (300) caracteres con espacios incluidos como máximo. Finalmente, se deben agregar tres (3) a cinco (5) palabras clave (en castellano y en inglés).
- No se debe incluir portada aparte del texto.
- El orden predeterminado corresponde al siguiente:
  - Nombre del trabajo centrado
  - Autores o autores alineados a la derecha con un asterisco (\*) nota a pie de página donde se indiquen las referencias del autor dichas anteriormente.
  - Resumen y palabras claves /abstract y keywords
  - Introducción (en negritas).
  - Texto o cuerpo del trabajo. Los títulos deberán numerarse I, 1, a, i); 2, a, i); II, 1, a, i); etc.
  - Conclusión (en negritas).
  - Bibliografía (en negritas).

#### 2. Tablas

Las tablas deben ir en el orden en que aparecen como complemento o arrojan datos según el tema que se está tratando en el trabajo. Se debe incluir el número de tabla con negritas (por ejemplo, Tabla 1) y el título debe ir debajo del número de la tabla y en cursivas, ambas alineadas a la izquierda. En una nota debajo de la tabla se debe

informar sobre la autoría de la tabla, ya sea de elaboración propia o, de lo contrario, referirla a quien pertenezca originalmente.

El texto de la tabla se debe ser el mismo que el resto del trabajo, es decir, Times New Roman tamaño 12.

Estas instrucciones se aplican de igual forma a las Figuras.

### 3. Citas

#### 3.1 Citas textuales.

Independiente si se trata de citas textuales, parafraseadas u otras, siempre se debe citar a pie de página como se muestra en la sección 4.2.

- Citas con menos de 40 palabras.

Se incorpora en el mismo texto empezando y finalizando con comillas.

- Citas con más de 40 palabras.

Si la cita tiene más de 40 palabras, debe escribirse aparte del texto. Al lado izquierdo debe ir una sangría de 1,27 centímetros en todo el cuerpo de la cita sin comillas.

### 4. Bibliografía citada

Al final del trabajo debe ir la lista de referencias utilizadas y efectivamente citadas en el trabajo. La palabra referencias debe ir en negritas. Cada una de estas citas debe tener una sangría de 1,27 centímetros al margen izquierdo.

El orden de las referencias se separa según la Bibliografía citada, las Normas citadas y la Jurisprudencia citada; todas ellas en orden alfabético.

Ejemplos de cita:

#### a) Libro

- Impreso: Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

Ejemplo: García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.

- En línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. DOI o URL

b) Capítulos de libros: Apellido Autor, N. N. (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Editor (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx-xxx). Editorial.

Ejemplo: Moraga Klenner, C. (2008). Derecho Público chileno, y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad. En R. Pantoja [Coord.], *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (pp. 277-323). Editorial Jurídica de Chile.

c) Artículo de revista: Agüero Vargas, F. y TORO BOSSAY, L. (2010). Límite a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Público*, (75), 16-59.

d) Documentos en formato electrónico: Apellido, A., Apellido, B. y Apellido, C. (día de mes de año). *Título de la página web*. Nombre de la página. <https://url.com>

e) Tesis o monografía: Leal Vásquez, B. (2014). *La potestad de inspección de la Administración del Estado* [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].

5. Normas citadas

Solo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético de abreviaturas. Ejemplo para la Ley señalada: LBPA.

A. *Constitución Política*

*Forma estándar*

Nombre oficial de la Constitución [abreviación]. Artículo específico citado. Fecha de promulgación (País).

Ejemplo: Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

B. *Leyes que no sean códigos*

*Forma estándar*

Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo: Ley N° 21.248 de 2020. Reforma Constitucional que permite el Retiro Excepcional de los Fondos acumulados de Capitalización Individual en las condiciones que indica. 30 de julio de 2020. D.O. No. 42.709.

C. *Códigos*

*Forma estándar*

Título oficial del Código [abreviación]. Número y año de la ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (país).

Ejemplo: Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 19.696 de 2000. 29 de septiembre de 2000 (Chile).

D. *Decretos con fuerza de ley*

*Forma estándar*

Número y año del decreto [con fuerza de ley]. Asunto. Fecha de promulgación del decreto. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo: Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 24 de abril de 2006. D.O. No. 38.446.

E. *Decretos / ordenanzas / acuerdos / resoluciones*

*Forma estándar*

Número y año del decreto / ordenanza / acuerdo / resolución [Ente que lo promulgó]. Asunto. Fecha de promulgación del acto. Ente que lo promulgó.

Ejemplo: Resolución 6577 de 2008 [Ministerio de Educación]. Por la cual se establecen los parámetros y procedimientos para la fijación de la tarifa de matrícula. 29 de septiembre de 2008.

#### F. *Órganos Internacionales*

- Tratados y otros acuerdos internacionales

##### *Forma estándar*

Acuerdos o tratados entre dos o tres participantes: Nombre del tratado o del acuerdo. Asunto del tratado. Participantes (X – Y). Artículo. Fecha. Acuerdos o tratados multilaterales: Nombre del tratado o de la convención. Artículo. Fecha.

Ejemplo: Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Artículo 3°. 12 de agosto de 1949.

#### 6. 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.

##### *Forma estándar*

Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso

Ejemplo: Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Rol N° 26.650-2018, 15 noviembre 2019.

- Casos de derecho internacional

##### *Forma estándar*

Participantes X vs. Y. Número del caso. Tipo de proceso. Número Parágrafo. (Fecha).

Ejemplo: Fiscalía vs. Kayishema & Ruzindana. Caso No. ICTR 95-1-T. Juicio. Parágrafo 126 (21 de mayo de 1999).

#### 7. 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.

#### 8. Referencia abreviada de Obras

A diferencia del sistema de citación APA, 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:

- Obras con un autor: CASSAGNE 2006, 52. / MODERNE 2005, 113.

- b) Obras con dos autores: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 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; COLDRO 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.

#### 9. 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".

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

#### 10. Referencias abreviadas de Jurisprudencia

Ejemplos:

- a) En sentencias judiciales: Corte Suprema Rol N° 62.128-2016.
- b) En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).
- c) En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

## V. Evaluación y publicación de trabajos

Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), serán revisados por ayudantes de redacción para la verificación del cumplimiento de estas normas, su corrección gramatical, ortográfica, atingencia y novedad, de manera previa al envío al doble arbitraje. Las solicitudes de corrección de los trabajos a sus autores no generan un compromiso de publicación por parte de la *Revista*. Para mantener la transparencia, se debe cuidar cualquier autorreferencia que delaten su autoría, por ejemplo, autocitas.

La *Revista* cuenta con un filtro antiplagio.

1. Sobre el arbitraje. Los trabajos de Doctrina, previamente revisados por la Redacción de la *Revista*, serán evaluados anónimamente por, al menos, dos árbitros ciegos 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.

2. 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.

3. 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 ésta;

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. Así mismo, 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.

4. 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.

5. 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 podrán siempre repetir en contra del autor por el monto total de las indemnizaciones y costas, más los reajustes e intereses del caso.

6. 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 de que el autor no suscriba el Contrato de 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>