

Revista de Derecho Administrativo

ReDAd

› DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

- Arbitraje en las empresas del Estado
- Impuesto territorial
- Sustentabilidad en las empresas del Estado
- La confianza legítima en el Derecho administrativo
- Decisiones de los prestadores de servicios públicos en Colombia
- Decisiones y omisiones de la Administración en la ley de procedimientos estadounidense

› ENSAYOS

Derecho de Minería

División derecho público/
derecho privado

Historia del Derecho
administrativo

› COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

› COLOQUIOS

Actualidad y desafíos
regulatorios. XXII Jornadas
de Derecho de energía

› CRÓNICA

A 50 años del *Curso de Derecho administrativo* de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Crónica y entrevista a Tomás Ramón Fernández



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo

ReDAd

∴ Primera Sección

Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho administrativo
Derecho Extranjero y Comparado

∴ Segunda Sección

Ensayos, Historia, Jurisprudencia, Recensiones, Crónica y Coloquios

Ensayos

Derecho de Minería
Historia del Derecho Administrativo

Coloquios

Actualidad y desafíos regulatorios: XXII Jornadas de Derecho de Energía

Revista de Derecho Administrativo
ReDAd
Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

Julián Díaz Rojas
Ayudante de Redacción

Comité Editorial

Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina, Argentina*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fanlo Loras (*Universidad La Rioja, España*), Tomás-Ramón Fernández (*Universidad Complutense de Madrid, España*), Yves Gaudemet (*Université Panthéon-Assas Paris II, Francia*), Santiago González-Varas (*Universidad de Alicante, España*), Fernando López Ramón (*Universidad de Zaragoza, España*), Nicola Lugaresi (*Universidad de Trento, Italia*), Luis Ferney Moreno Castillo (*Universidad Externado de Colombia, Colombia*), Johann-Christian Pielow (*Universidad de Bochum, Alemania*), Jorge Precht Pizarro (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Enrique Rajevic Mosler (*Universidad Alberto Hurtado*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Rosa Gómez González (*Universidad de Los Andes, Chile*), Estela B. Sacristán (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Hubert Alcaraz (*Universidad de Pau, Francia*), Héctor Santaella Quinteros (*Universidad Externado de Colombia*), Javier Barnés (*Universidad Pompeu Fabra, España*), Christian Rojas Calderón (*Universidad Andrés Bello, Chile*), Gladys Camacho (*Universidad de Chile, Chile*)

La *Revista de Derecho Administrativo*, 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 principal es publicar investigaciones científico-jurídicas de Derecho Administrativo General (cuyas áreas más características enumeramos en las Instrucciones) y de Derecho Administrativo Económico, en especial: Bienes de Uso Público, Energía, Recursos Naturales, Aguas, Minas, Urbanismo, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. También forman parte del plan editorial la Historia del Derecho administrativo, el Derecho administrativo comparado y el Derecho administrativo extranjero. La Revista busca convertirse en sede de difusión de doctrina especializada en estas materias.

Convocatoria

La convocatoria para publicar en la *Revista de Derecho Administrativo* está abierta, de manera permanente, a todos los autores nacionales y extranjeros. Las colaboraciones pueden consistir en estudios de doctrina y de investigación (artículos que conforman la Sección 1); o comentarios de jurisprudencia; sistematizaciones normativas, ensayos, actas de coloquios, crónicas y recensiones (colaboraciones que conforman la sección 2). Para ser admitida, toda colaboración debe cumplir con las Normas Editoriales de esta Revista (disponibles en la edición electrónica de la Revista). Las colaboraciones de la sección 1 deben dirigirse al Sistema OJS en el sitio web. Consultas y envíos de colaboraciones para la sección 2, dirigirse a redae@uc.cl

Selección de trabajos: admisibilidad y arbitraje anónimo doble ciego. Toda colaboración para la sección 1: Doctrina (artículos doctrinarios e investigaciones), 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 y Latindex

Esta Revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

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

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

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

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

[Santiago de Chile, 2024]

Índice

Nº 39

Editorial

La Revista de Derecho Administrativo cumple 25 años..... 5

Primera Sección:

Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho administrativo

El arbitraje en las empresas del Estado
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL Y JUAN CARLOS FLORES RIVAS..... 7

La fiscalización y retroactividad del impuesto territorial ante el Derecho administrativo
JAIME PHILLIPS LETELIER, JAIME ARANCIBIA MATTAR Y EUGENIO BENÍTEZ KUFFERATH..... 23

Los criterios de sustentabilidad en el contrato público como deber estratégico del Estado
MAURICIO FIGUEROA MENDOZA Y DANIELLA PIANTINI MONTIVERO..... 43

Derecho Extranjero y Comparado

Estudio del principio de confianza legítima en el Derecho administrativo venezolano
ALEJANDRO CANÓNICO-SARABIA..... 61

Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia
CRISTIAN ANDRÉS DÍAZ DIEZ..... 85

Revisión judicial de las decisiones y omisiones de la Administración estadounidense, en el orden federal: Un modelo en continuo desarrollo
ESTELA SACRISTÁN..... 101

Segunda Sección:

Ensayos, Historia, Jurisprudencia, Recensiones, Crónica y Coloquios

Ensayos

Derecho de Minería

Análisis histórico de las rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre y la indemnización por expropiación de pertenencias en la Ley Minera
JUAN GUILLERMO TORRES FUENTEALBA..... 121

Necesaria objetivación de los criterios mínimos para la constitución de servidumbres legales mineras
MARÍA KARINA GUGGIANA VARELA..... 149

Explotación involuntaria de sustancias minerales concesibles por parte del Estado o titular de un contrato especial de operación
RAFAEL VERGARA GUTIÉRREZ Y
MAXIMILIANO URRUTIA GUZMÁN..... 159

División derecho público/derecho privado

La sujeción de la Administración al derecho público y al derecho privado. El caso de Chile. Respuesta a un cuestionario de Eberhard Schmidt-Assmann y Javier Barnes
ALEJANDRO VERGARA BLANCO..... 177

La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo
JAVIER BARNES..... 203

Historia del Derecho administrativo

Ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile: ¿Falta de influencia de la doctrina? El caso de Luis Claro Solar
ALEJANDRO VERGARA BLANCO..... 223

Jurisprudencia: Comentarios

“Constancias –individuales– de cambio de criterio” en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al Derecho administrativo
CRISTIAN ROMÁN CORDERO..... 227

Principio de proporcionalidad en materia sancionatoria ambiental. Análisis de su aplicación en un proyecto de engorda de salmónidos
JORGE BROWER GOUGAIN..... 243

<i>Revisión jurisprudencial sobre la eficacia internacional de derechos mineros constituidos en Chile</i> PÍA M. MOSCOSO RESTOVIC.....	255	<i>Los mecanismos de estabilización de precios para la energía eléctrica en Chile. Desafíos y lecciones</i> CLEMENTE PÉREZ ERRÁZURIZ.....	329
<i>El plazo razonable para las decisiones administrativas</i> RODRIGO CÉSPEDES Y JAIME GARCÍA.....	275	<i>La autonomía e independencia del Coordinador Eléctrico Nacional</i> DIEGO PERALES ROEHRS.....	339
<i>Criterios para ejercicio del derecho a defensa de funcionarios públicos y municipales</i> TAMARA ULLOA EYZAGUIRRE.....	283	<i>Sistemas de generación – consumo: oportunidades y desafíos para la reglamentación de la Ley N° 21.505</i> EDUARDO ESCALONA VÁSQUEZ Y ANTONIA JORQUERA CRUZ.....	346
Bibliografía: Recensiones		<i>Transición energética y mutación regulatoria</i> ENRIQUE SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ.....	363
<i>Alejandro Vergara Blanco (Editor) (2024) Grandes juristas. Su aporte a la construcción del derecho. Ediciones UC, Santiago de Chile, 924 pp.</i> SABRINA FEHER SZANTO.....	301	<i>Pliego Técnico Normativo N° 7 y su relación con los oficios circulares de SEC N° 26.035 y N° 19.615</i> LORETO VERGARA ABARZÚA.....	371
<i>Guillermo Jiménez (Editor) (2024) Problemas Actuales del Derecho Administrativo Chileno. Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo (2022). Tirant lo Blanch, Valencia, 590 pp.</i> MARIANA MUÑOZ MARABOLÍ.....	304	<i>Desafíos regulatorios en materia forestal para el desarrollo de Proyectos de Medios de Generación Distribuida</i> MIGUEL PELAYO SERNA Y LUIS MACHUCA BRAVO.....	377
<i>Magna Rodríguez, Carlos y Escobar Toro, Elizabeth (compiladores) (2024) Derecho administrativo y Constitución. Actas de las XVII Jornadas de Derecho administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 354 pp.</i> SOFÍA PAZ CARRASCO LONCHARIC.....	306	<i>Criterios jurídicos para la determinación de mínimos técnicos</i> OSCAR GUZMÁN ZEPEDA.....	392
Crónica		<i>Planificación de la transmisión eléctrica: experiencia, diagnóstico y reformas para abordar la transición energética</i> RODRIGO QUEZADA MARÍN.....	400
<i>A 50 años del Curso de Derecho administrativo de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Crónica y entrevista a Tomás Ramón Fernández</i> ALEJANDRO VERGARA BLANCO.....	307	<i>La servidumbre eléctrica: pasado, presente y futuro</i> SERGIO CORVALÁN VALENZUELA Y LUIS FELIPE MENGUAL HENRÍQUEZ.....	409
Coloquios		<i>Instrucciones a los autores (versión 2024).....</i>	427
<i>Actualidad y desafíos regulatorios: XXII Jornadas de Derecho de Energía</i> <i>Transición energética e integración vertical en el mercado eléctrico</i> ANDREA VON CHRISMAR MEDINA.....	320		

La Revista de Derecho Administrativo cumple 25 años

En 1999 nació la *Revista de Derecho Administrativo Económico*, por lo que ahora cumple 25 años, y hemos considerado oportuno realizar algunos cambios a nuestra propuesta editorial; además, hemos hecho un ajuste al título de la *Revista*, para hacerlo más acorde con la realidad, pues desde hace muchos años venimos publicando tanto artículos de Derecho administrativo general como de sus diversas especialidades, en especial aquellas que solemos agrupar en el derecho administrativo económico.

1. *Las etapas y logros de la Revista, desde 1999.* La *Revista* ha tenido hasta ahora tres etapas bien marcadas y podemos hacer un breve recorrido de todas ellas, ahora que iniciamos una nueva etapa.

En la primera etapa, desde 1999 a 2006, en que se editaron 17 números, su contenido se mantuvo restringido al plan editorial original y la *Revista* publicó fundamentalmente trabajos de derecho administrativo económico, de sus técnicas más acusadas y de las especialidades más conocidas, como el derecho de aguas, derecho de minas, derecho eléctrico, derecho sanitario (agua potable y alcantarillado), derecho del medio ambiente, derecho urbanístico y del ordenamiento territorial, derecho de bienes públicos (patrimonio/caminos/calles/cauces/playas). En lo posible, se decía en ese primer número, se intentaba abarcar otras ramas de menor desarrollo jurídico, relacionadas con la intervención administrativa en sectores económicos especiales: la pesca, el gas, la agricultura, la silvicultura, los alimentos, los medicamentos. En fin, se intentaba agregar también publicaciones sobre las consecuencias de las regulaciones administrativas en la propiedad raíz, como la expropiación y las servidumbres especiales. A través de esos 17 números se intentó entonces abarcar todas esas materias tan especializadas, como puede verificarse revisando su contenido, pero nuestra comunidad académica no tenía el suficiente desarrollo para producir una información tan especializada; no obstante, se podrá comprobar en esos números un importante esfuerzo por llegar a cumplirlo, a partir de la edición de las actas de diversas jornadas de Derecho de aguas, de Derecho de minería y de Derecho eléctrico.

La segunda etapa de nuestro esfuerzo editorial, entre 2007 y 2013, se realizó a través de una editorial externa al Programa de Derecho Administrativo Económico, en que se editaron con una periodicidad anual, 8 números, bajo el título *Revista de Derecho Administrativo*. Se produce entonces en esta etapa un primer impulso dirigido a ampliar la propuesta editorial al Derecho administrativo

todo, incorporando nuevas secciones, con el ánimo de publicar no sólo artículos de doctrina, sino también comentarios de jurisprudencia, ensayos y comentarios bibliográficos.

Luego, en 2014, el Programa retoma la edición de la revista, continuando la numeración que había quedado pausada en 2006 y su denominación original: *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Se han publicado en estos diez años, hasta fines de 2023, los números 18 (2014) a 38 (2023). El objetivo de retomar nuestra publicación y título fue comprender el verdadero contenido y relevancia de la enseñanza y práctica tanto del Derecho administrativo general, con sus instituciones características, como del derecho administrativo económico y todas las sub disciplinas especializadas que lo caracterizan.

En cuanto a los contenidos, a partir de ese número 18 (lo que se ha mantenido hasta el número 38), las secciones de la *Revista* se reorganizan publicando, en primer término, artículos de doctrina, que, como ya decíamos, constituye el núcleo central de nuestra publicación, en la cual se incorporan trabajos de investigación y estudios de doctrina inéditos, de autores nacionales y extranjeros, que constituyen un aporte a las disciplinas jurídicas, objeto de la *Revista*; desde ese momento, todos los trabajos presentados en esta sección fueron sometidos a rigurosos arbitrajes de pares anónimos, a fin de calificar su calidad, contenido y carácter científico. En segundo lugar, se incorpora de manera permanente una sección de comentarios de jurisprudencia, en que se intentó ofrecer análisis de controvertidas y contingentes sentencias emanadas de tribunales ordinarios y especiales. Se agregó una sección de sistematización normativa y ensayos, en la cual, poco a poco se fueron incorporando trabajos de carácter más práctico, no necesariamente de estilo científico, como informes en derecho vinculados a materias puntuales; y análisis, en lo posible descriptivos, críticos y profundos, sobre la normativa vigente de alguna de las temáticas que se abordan en las disciplinas objeto de nuestra publicación; así como de normas de naturaleza legislativa y administrativa en discusión o de reciente promulgación. En fin, la última sección es la de bibliografía, en que se presentaron recensiones de libros jurídicos recientes de la disciplina.

2. *Preocupación por los estándares editoriales.* En efecto, decíamos en 2014: "la *Revista* busca cumplir con los más estrictos estándares editoriales de las publicaciones científicas de Derecho, lo que incluye incorporar mejoras desde las normas editoriales

hasta los procesos de recepción, selección y publicación de artículos, de manera tal de obtener, en el corto plazo, la incorporación de nuestra *Revista* en las bases de datos y catálogos académicos, nacionales e internacionales, de mayor relevancia, como son, entre otros, SciELO, ISI y SCOPUS; ello permitirá a los autores obtener reconocimiento académico y fortalecerá la presencia del Programa de Derecho Administrativo Económico como un centro promotor de la investigación científica en estas disciplinas”.

Estos esfuerzos tuvieron por resultado que, cinco años después, en 2019, la *Revista* fue indexada por SCOPUS, una de las más relevantes bases de datos a nivel internacional que nuclea la producción de investigación científica del mundo en todas las disciplinas. Todos los trabajos publicados en la *Revista* fueron indexados en la base de datos bibliográficos Scopus–Social Sciences & Humanities, otorgándole una visibilidad mundial tanto a la *Revista* como a las investigaciones que en ella se publican. Se transformaba así en una de las revistas científicas de Derecho reconocidas a nivel internacional.

El resultado es que hoy la *Revista* es un vehículo de información académica y práctica de la disciplina del Derecho administrativo, y su indexación le ha permitido dar visibilidad a muchas investigaciones de la disciplina originadas en investigadores de universidades chilenas, principalmente. Su sistema de revisión de contribuciones, en que sus artículos son arbitrados mediante un sistema de arbitraje doble ciego, esto es, ni el autor sabe quiénes lo arbitrarán o lo arbitraron, ni los árbitros saben quién es el autor, ha permitido mantener las exigencias propias de las publicaciones de esta índole.

3. *La nueva etapa de la Revista*. Damos inicio a partir de este número 39, a una nueva etapa, en que retomamos el título *Revista de Derecho Administrativo (ReDAd)*, como el que tuvo entre los años 2007 y 2013; y ello es natural pues con el paso del tiempo la *Revista* fue ampliando el espectro de las materias de su interés, al punto que en toda su última etapa (no obstante haber mantenido su título inicial) la *Revista* ha abarcado materias tanto de carácter general de la disciplina matriz del Derecho administrativo como de las diversas *sub* disciplinas que suelen agruparse en el clasificadorio denominado derecho administrativo económico. Basta la revisión somera de todos sus índices para verificar que, en los hechos, nuestra *Revista* había estado operando en estos últimos diez años, como en los 8 anteriores, como una publicación de Derecho administrativo general, sin descuidar las demás disciplinas

especializadas. Pero la mantención de la expresión “Económico”, al final de su título parecía restringir su espectro, lo que cabía entonces corregir.

Junto con este cambio en el título que, como se ve, no implicará cambios sustantivos en su plan editorial, hemos tomado algunas decisiones editoriales, que esperamos sean bien recibidas. Desde el punto de vista formal, hemos decidido agrandar su tamaño a las medidas de las hojas A4 (210/297 mm), publicando los trabajos en dos columnas; así podremos asegurar una mejor lectura (en columnas menos anchas) y más facilidad de impresión y fotocopiado, como alternativa a la revisión *on line*. Este cambio nos permitirá, con mayor facilidad de espacio, incorporar nuevas secciones de fondo, como la dedicada a la Historia del Derecho administrativo; o la dedicada al Derecho administrativo extranjero y comparado (lo que era una necesidad acuciante, ya que cada vez más recibimos artículos de otros países hispanoamericanos y españoles); también nos permitirá ampliar la cobertura práctica e informativa de la *Revista* en todas las manifestaciones del Derecho administrativo, como los comentarios de jurisprudencia, de libros, crónicas de noticias relevantes para la disciplina, la edición de actas de coloquios y otros contenidos que cabrá ir definiendo poco a poco. Como es notorio, además, hemos podido aumentar el número de páginas.

Agregamos, en fin, una gran novedad en la propuesta editorial, ya que hemos incorporado un equipo de académicos colaboradores externos para la sección 2 de la *Revista*; estamos muy agradecidos de su aceptación a nuestra invitación y del compromiso con esta publicación, cuyo éxito siempre dependerá en buena parte del aporte de todos los académicos del país. Sus nombres y dedicaciones las consignamos al final de cada número, en las *Instrucciones a los autores*; y ese lugar era apropiado para señalarlo, pues se trata en verdad de un modo de acercar a nuestros eventuales autores a las temáticas más prácticas, a través de este grupo de académicos de las distintas universidades de nuestro país. Hemos cuidado de que este grupo de académicos colaboradores no queden inhabilitados para publicar en la *Revista* pues la sección 1 seguirá a cargo únicamente de la Dirección, Secretaría de Redacción y Comité editorial de la *Revista*, en especial de su sistema de arbitrajes de doble ciego, en cuya gestión tales académicos colaboradores no tienen participación.

De este modo, al actualizar y renovar nuestro plan editorial, seguimos dando pasos para asegurar que la *Revista* profundice su impacto en la cultura de la disciplina en los años venideros.

Alejandro Vergara Blanco

Director

El arbitraje en las empresas del estado

Arbitration in state companies

Alejandro Romero Seguel*
Juan Carlos Flores Rivas**

El propósito de este trabajo es analizar el régimen jurídico de las empresas del Estado y la posibilidad de pactar cláusulas de arbitraje en los actos y contratos que suscriban, para ello se revisan el estatuto jurídico de las distintas empresas del Estado con el objetivo de determinar si disponen de normas que habiliten el arbitraje. De lo que se trata es justificar que, al disponer nuestro legislador que ellas quedan sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, pueden pactar libremente las convenciones arbitrales que admite nuestro sistema dualista de arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje, Empresas Públicas, Estado Empresario.

Introducción

Las empresas del Estado conforman una realidad contingente por razones políticas, jurídicas y económicas. Su existencia y roles está condicionada, entre otras razones, por la opción entre un sistema de economía social de mercado y el modelo socialista en cualquiera de sus manifestaciones, siempre en relación con el rol que se asigna al principio de la subsidiariedad¹. En el modelo socialista hay profundas diferencias en la forma como se conciben a las empresas del Estado según los criterios de la socialdemocracia o de los colectivismos de inspiración marxista.

* Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Doctor en Derecho Universidad de Navarra, España. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Chile. Correo electrónico: aromero@uandes.cl. El presente trabajo se hace en el marco del Fondecyt Regular: "El arbitraje en las empresas del Estado (N° 1220291 de 2022), del cual el autor es Investigador Responsable.

** Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Chile. Correo electrónico: jcflores@uandes.cl. El presente trabajo se hace en el marco del Fondecyt Regular: "El arbitraje en las empresas del Estado (N° 1220291 de 2022), del cual el autor es Coinvestigador.

¹ LÓPEZ 2006, 15-49. VALLEJO y PARDOW 2008, 135-156.

The purpose of this work is to analyze the legal regime of State companies and the possibility of agreeing to arbitration clauses in the acts and contracts they sign. To do so, the legal status of the different State companies is reviewed with the aim of determining whether They have rules that enable arbitration. What it is about is justifying that, when our legislator provides that they are subject to the common legislation applicable to individuals, they can freely agree on the arbitration conventions that our dualistic arbitration system admits.

Keywords: Arbitration, Public Companies Business State.

En el plano teórico, la institución de las empresas estatales no es un tema pacífico, atendido que cuentan con defensores y detractores, los que toman posición según el rol que asignan al principio de subsidiariedad.

En muchos países –incluido el nuestro– las empresas del Estado han permitido desarrollar actividades económicas que los particulares no podían emprender. Junto a lo anterior también han servido de medio para proceder a estatizar o nacionalizar actividades económicas, especialmente en el ámbito de la minería, hidrocarburos, telecomunicaciones e infraestructura².

El presente trabajo pretende estudiar la regulación de las empresas públicas creadas por ley así como las sociedades del Estado y su estructura jurídica, con la finalidad de comprobar que la ausencia de norma especial sobre el arbitraje, hace que dichas entidades corporativas cuenten con habilitación constitucional y legal para someterse sus discrepancias al sistema arbitral.

Para comprobar lo anterior, se expondrán los aspectos generales del arbitraje, se analizará el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental como norma habilitante de la arbitrabilidad de los conflictos de las empresas públicas y sociedades del Estado.

² ESPLUGES 2020, 9-719, SORIANO 2023, 29-591.

Se hace presente, que si bien existen trabajos históricos³, temáticos⁴ o de codificación normativa sobre las empresas públicas⁵, no existen trabajos dogmáticos que aborden el arbitraje de las empresas públicas, no obstante ser una materia de enorme aplicación práctica.

I. Las empresas del Estado como realidad compleja ante el arbitraje

El interés que tiene examinar el régimen arbitral al que se someten las empresas estatales se justifica por la función que ellas pueden tener en el fenómeno de "colaboración público-privada"⁶. Como se sabe, esta fórmula alude a diversos instrumentos entre los cuales confluyen regulaciones de derecho público y privado, con el objetivo de realizar actividades económicas. Lo anterior requiere contar con un diseño jurídico especialmente en el ámbito de la contratación administrativa, que facilite la ejecución de proyectos donde coinciden los actores privados y el Estado, en los que el arbitraje puede tener un rol relevante⁷.

Desde el punto de vista cuantitativo, la importancia que puede tener el arbitraje en el que participan las empresas estatales resulta de considerar que el Estado de Chile ejerce actualmente un activo rol empresarial mediante la gestión de 28 empresas o sociedades, distribuidas a lo largo del territorio nacional abarcando diversos sectores considerados estratégicos por los gobiernos: minería, defensa, transporte, industria y servicios⁸. Dicha actividad se ejecuta mediante la suscripción de centenares de actos y contratos que pueden llevar al surgimiento de conflictos que sea necesario resolver mediante el arbitraje. Algunos de ellos podrían incluso revestir la naturaleza de arbitrajes internacionales, lo que supone

requerimientos diferentes en la organización del proceso arbitral.

La complejidad que supone hoy la actuación de las empresas del Estado ha llevado a la creación de un ente técnico coordinador, el Sistema de Empresas Públicas, conocido con su acrónimo SEP⁹.

Desde el punto de vista económico, la relevancia que tiene para los ingresos del Estado la actividad que desempeñan sus empresas, es otro elemento para buscar perfeccionar la aplicación del arbitraje. Una adecuada y rápida forma de solución de controversias mediante las técnicas que ofrece el arbitraje puede facilitar un mejor desarrollo de las políticas públicas que los gobiernos quieren realizar a través de sus empresas.

En este estudio continuamos con nuestra investigación sobre el Estado como parte en el arbitraje, examinando cómo se comporta el arbitraje en las empresas del Estado¹⁰. A la fecha no existe un trabajo que haya considerado de manera global las razones que justifican y las consecuencias que tiene que estas empresas pacten cláusulas de arbitraje.

II. La organización jurídicas de las empresas del Estado

En una consideración general, las empresas del Estado han surgido o han sido influenciadas por las diferentes inspiraciones ideológicas que se han disputado el espacio político en nuestra historia institucional. Cada empresa pública chilena obedece a diferentes momentos políticos, en los que se ha alentado su creación, modificación y cuando era necesario, también su extinción.

Según su organización jurídica la doctrina diferencia dos tipos de empresas públicas: las Empresas del Estado y las Sociedades del Estado¹¹.

Las Empresas del Estado son aquellas personas jurídicas creadas por ley que cuentan

³ SCHÖNHOUT Y HERREROS 2020, 496.

⁴ ZUVANICH Y VERGARA 2022, 304.

⁵ GARCÍA 2024, 575.

⁶ La expresión proviene del mundo anglosajón, específicamente, del programa del gobierno británico conservador de John Major de 1992, que alentaba el "Public Private Partnership". Sobre el tema, PUERTA 2022, 28.

⁷ En nuestro derecho es un ejemplo de esta técnica el Fondo de Infraestructura S.A., creado por la Ley N° 21.082, de 24 de marzo de 2018; dicho cuerpo legal creó una sociedad anónima del Estado, cuyo objeto es desarrollar actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de los servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación.

⁸ Más información en: <https://empresasestatales.cl>.

⁹ Su origen se encuentra al alero de la CORFO en 1997, cuando surge el SAE (Sistema Administrador de Empresas). A partir del año 2000 se le dio la calidad de comité técnico asesor del Estado con relación a las empresas del Estado. En el año 2001, a partir del comité indicado, se creó el Sistema de Empresas- SEP. La información sobre este organismo se ha obtenido de <https://www.sepchile.cl/quienes-somos/#estructura-organizacional>.

¹⁰ El inicio de esta investigación consta en el trabajo, ROMERO Y FLORES 2023, 189-224.

¹¹ SOTO 2012, 258-275. Del mismo autor, SOTO 2000, 335-342. Vid., Dictamen N° 20.241 (2008). Dictamen N° 54.844 (2003).

con personalidad jurídica de derecho público, y que no obstante formar parte de la Administración del Estado, quedan sometidas en su actuación al derecho común aplicables a los particulares¹².

Las Sociedades del Estado son personas jurídicas de origen contractual en las que el Estado tiene participación accionaria mayoritaria, y que no forman parte de la Administración del Estado¹³. Según Latorre, estas sociedades estarán integrada por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés de aquel, pero que no integran su Administración, y el derecho público solo regirá en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros¹⁴.

En cuanto a sus objetivos, las empresas del Estado han surgido para satisfacer fines tan variados como la seguridad nacional y la defensa; el transporte público de pasajeros; las comunicaciones a través del correo nacional e internacional; el aseguramiento de la circulación de moneda; la actividad portuaria; la seguridad alimenticia en el mercado de los granos y cereales; la prestación de servicios bancarios y financieros; los servicios de agua potable y alcantarillado; las actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura; el abastecimiento en el mercado de combustibles; el sistema de apuestas; y, la provisión de servicios a zonas geográficas apartadas.

Para alcanzar esta variedad de fines el legislador ha acudido a diferentes moldes jurídicos, a través de los cuales se permite que las empresas del Estado cuenten con un marco legal para su actuación, en la que concurren reglas de derecho público y de derecho privado. Así, mediante diversas opciones se ha definido su capacidad jurídica, el patrimonio que la compone, los órganos de gobierno o de gestión y los demás aspectos que son necesarios para que una persona jurídica pueda actuar en la consecución de los fines que indica su objeto social.

La posibilidad que las empresas del Estado puedan pactar libremente cláusulas de arbitraje en los actos y contratos que suscriben tiene una justificación constitucional en el ar-

tículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Como se pasa a explicar, ese precepto contiene la norma general de *arbitrabilidad* de las empresas del Estado, tal como se pasa a justificar.

Cabe hacer presente, que esta norma no se ha visto afectada por los cambios de regulación producida en el ámbito del derecho público, que ha introducido para las empresas públicas reglas sobre transparencia, lobby, contratación pública. Tampoco se ha impuesto una regla que impida que las controversias de las empresas públicas sean sometidas forzosa-mente a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

III. El artículo 19 N° 21 de Constitución y la *arbitrabilidad*

El artículo 19 N° 21 inciso 2° de la CPR dispone: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado"¹⁵.

La norma constitucional referida forma parte de las originalidades de la Constitución de 1980 (reformada el 2005), que al dar contenido al orden público económico dispuso que el Estado empresario debe actuar bajo un determinado marco¹⁶.

Para entender el alcance que esta norma constitucional tiene en la materia objeto de este estudio, recordemos que en el ámbito del arbitraje se acude al neologismo *arbitrabilidad* para indicar qué materias son susceptibles de arbitraje.

En nuestro derecho son arbitrables todas las disputas patrimoniales regidas por el derecho privado, atendido que son asuntos de arbitraje voluntario. En cambio, no lo son los asuntos de arbitraje prohibido, las que comprende a las cuestiones relativas a derecho de familia, las causas criminales, las de policía local y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial¹⁷. A lo anterior se suman asuntos que por

¹² BOLOÑA 2010, 292. Vid. Dictamen N° 39.562 (1997).

¹³ SILVA 1995, 268 y 269; SOTO 2000, 335-342.

¹⁴ LATORRE 2008, 226.

¹⁵ Sobre el origen de la norma, ver NAVARRO 2016, 32-47. RUIZ-TAGLE 2016, 48-65.

¹⁶ LÓPEZ 2006, 51-94. FERNANDOIS 2000, 63-78.

¹⁷ Arts. 229 y 230. Código Orgánico de Tribunales.

ser calificado como de orden público quedan fuera de ser resueltas mediante el arbitraje¹⁸.

La opción constitucional en el art. 19 N° 21 de la CPR, al someter a las empresas en sus actividades empresariales “a la legislación común aplicable a los particulares” ha incorporado a nuestro sistema para las empresas estatales una norma de *arbitrabilidad* objetiva y subjetiva. A través de esta solución se ha sorteado el problema que existe en otras latitudes la procedencia del arbitraje del Estado, y en particular, de sus empresas¹⁹. En el sistema arbitral chileno la remisión de las actuaciones empresariales “a la legislación común aplicable a los particulares” significa aceptar que todos los actos y contratos ejecutados como parte de la actividad empresarial el Estado permiten sometimiento a arbitraje conforme a las alternativas del sistema dualista chileno.

El dualismo arbitral, como lo expone Maturana significa que “entre la regulación del arbitraje interno y el arbitraje internacional en Chile existen importantes diferencias, de manera que podemos afirmar que nos encontramos ante regímenes autónomos que se basan en diversos principios regidos por diversas normas en cuanto a su funcionamiento que generan muchas y profundas diferencias entre ellos (...)”²⁰.

Esta norma constitucional despeja cualquier objeción de infracción al orden público que alguien pudiere levantar para poner en duda la posibilidad de pactar arbitraje. Como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 10 de abril de 2014, el orden público es “el conjunto de normas que buscan proteger el interés general o público de un país, siendo su cumplimiento necesario e imperativo”. Según el mismo fallo, se trataría de situaciones que denunciadas no pueden ser ignoradas por los jueces sin incurrir en esta falta y que debe necesariamente anular la sentencia dictada²¹. En lo concreto, al pactar las empresas del Estado arbitraje conforme “a la

legislación común aplicable a los particulares” no se produce una vulneración del orden público sustantivo o procesal²². No existe ninguna norma prohibitiva en nuestro ordenamiento jurídico que impida a las empresas estatales acudir al arbitraje.

La norma constitucional indicada ha resuelto para las empresas del Estado el problema de la *arbitrabilidad*, soslayado las restricciones que desde el ámbito del derecho administrativo alguien podría levantar para negar la posibilidad de pactar convenciones arbitrales. Todos los contratos de las empresas del Estado, esto es, empresas públicas y sociedades del Estado, que recaigan sobre materias de arbitraje voluntario permiten pactar convenciones arbitrales²³.

Distinta es la situación en la que se encuentra la actividad convencional de la Administración Pública, específicamente cuando suscribe contratos administrativos. En estos casos se debe contar con una regulación especial del arbitraje que habilite expresamente que el conflicto pueda ser resuelto por esa vía. Esto se explica porque en estas materias existe regulaciones especiales de la contratación administrativa, como acontece, por ejemplo, en materia de concesión de obras públicas, que consagra un régimen de arbitraje de carácter mixto con árbitros elegidos por cada una de las partes del contrato. Todo ello, con la exigencia de someter cualquier discrepancia ante el Panel Técnico de Concesiones de Obra Pública en forma previa para acudir a la comisión arbitral respectiva.

No obstante lo anterior, las empresas públicas eventualmente, de conformidad con el artículo 39 de la Ley de Concesiones, por la vía de convenios mandatos, podrían sujetar la provisión de su equipamiento o la prestación de servicios asociados, al régimen de concesiones, sirviéndose del sistema de resolución de controversia arbitral. Ello, demuestra que

¹⁸ La jurisprudencia ha resuelto que es de arbitraje prohibido el debate sobre la existencia y prescripción de los tributos, al ser de competencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros. *Sociedad de Inversiones Uniropa tres Limitada y otros con Cuneo Macchiavello Andre* (2019), citado en OSSES, AGUILERA y LETELIER 2020, 717. Sobre el tema, ESIS 2018, 139-161.

¹⁹ Sobre el tema, con diversos estudios BAUZÁ 2022, 51-619. Un estudio del tema, GARCÍA 2011, 43-58. BULLARD 2016, 667-714. LABBE 2013, 531-566; BALLESTEROS 2017, 27-69.

²⁰ MATURANA 2022, pp. 8-9.

²¹ *Constructora EMEX Limitada con Organización Europea para la Investigación Astronómica en el Hemisferio Sur*

(2014). Sobre el alcance de este concepto, TALERO 2022, 779-798. TAVOLARI 2018, 123-139.

²² Acepta esta diferencia entre orden público sustantivo y procesal la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de mayo de 2023, en los autos *Servicios Integrados Pañaturí S.A. con Empresa Pública de Hidrocarburos de Ecuador EP* (2022).

²³ En cambio, para otros entes estatales se requiere de una habilitación expresa, que el legislador viene concediendo. Así, en la Ley N° 21.094, de 2018 se las autorizó expresamente facultadas para: “i) Celebrar pactos de arbitraje, compromisos o cláusulas compromisorias, para someter a la decisión de árbitros de derecho las controversias que surjan en la aplicación de los contratos que suscriban” (art. 39).

las empresas públicas, salvo norma en contrario, cuentan con autonomía para poder sujetar sus conflictos, en este caso, a un régimen especial de controversias.

La habilitación general que concede la aplicación de las reglas generales permite que las empresas del Estado se beneficien de todas las ventajas que concede el arbitraje: flexibilidad y rapidez, frente a la lentitud que presenta la justicia estatal: una mayor intermediación entre las partes y el árbitro para resolver el conflicto; la posibilidad de designar como árbitros a personas que cuentan con una mayor experiencia o conocimiento, especialmente en materias de alta complejidad técnica; la mayor confidencialidad acerca del tema debatido, evitando que los conflictos adquieran una connotación pública que puede afectar los intereses de las partes.

Actuando a través de sus respectivos órganos de gestión las empresas estatales puedan convenir todas las posibilidades que nuestro derecho admite en la regulación arbitral, comenzando por definir si aceptan someterse a un arbitraje *ad hoc* o a uno institucional²⁴. Asimismo, según las facultades de actuación y decisión del árbitro podrán someterse a un arbitraje de derecho, a un arbitraje de equidad o a un arbitraje mixto. Según si está presente o no el factor de conexión podrán regirse por las reglas del arbitraje interno o por las de la Ley N° 19.971 de 2004, sobre arbitraje comercial internacional.

IV. La remisión al estatuto de las sociedades anónimas la *arbitrabilidad*

La habilitación constitucional para que las empresas del Estado puedan pactar arbitraje en los actos o contratos, conforme con la legislación común aplicable a los particulares, se ve refrendada por otra opción que hace el legislador al someter a las empresas del Estado al régimen jurídico de las sociedades anónimas.

En este caso, la remisión al arbitraje de las reglas de las sociedades anónimas implica aceptar la plena capacidad que tiene estas personas jurídicas para pactar arbitraje actuan-

do a través de sus órganos de gestión (gerente general y el directorio).

La posibilidad de aplicar las reglas de arbitraje vinculadas a las sociedades anónimas para el caso de las empresas de Estado, no significa empero que en ellas rija lo dispuesto en el art. 4 N° 10 de la LSA, cuando prescribe que el estatuto social debe señalar: "10) La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador"²⁵.

Para las empresas del Estado, a la que concurren como accionistas el Fisco y la Corfo, no se les aplica el mecanismo de solución de conflictos regido por el precepto anterior, atendido que por su propia naturaleza ninguno de los socios que concurren a formar las sociedades anónimas en estos casos se demandarán por algún conflicto societario.

En rigor, la aplicación de la normativa de las sociedades anónimas será solo para los conflictos que las empresas del Estado puedan tener con sus partes en los actos y contratos que suscriban. No es factible aplicar las diferencias que ocurran entre los accionistas (Fisco y Corfo) en su calidad de tales. Por la naturaleza que tiene el capital social, no se pueden dar en el caso de las sociedades del Estado regidas por la LSA conflictos entre los accionistas y la sociedad; tampoco es aplicable arbitrar los problemas que surjan entre la sociedad y sus administradores, atendido que su estatuto es diverso y depende de criterios

²⁵ El contenido de la regla general anterior quedó fijado por la ley la Ley N° 20.382, de 2010, que introdujo cambios para el perfeccionamiento de los gobiernos corporativos de las empresas, específicamente, para fortalecer los derechos de los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas. En lo que concierne al sistema de solución de controversias el art. 125 de la Ley N° 18.046 de 1981, dispone: "En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán el o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el N° 10 del artículo 4° de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros". "El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de presentación de la demanda".

²⁴ En el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) han acudido a este arbitraje: Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S. A., Polla Chilena de Beneficencia S.A., Corporación Nacional del Cobre (CO-DELCO), Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE), Empresa Nacional de Petróleo (ENAP), Empresa Portuaria Austral (que operará en el puerto de Punta Arenas y en el terminal de transbordadores de Puerto Natales) y Televisión Nacional de Chile.

vinculados a la política y a las facultades de los gobiernos de turno, que van renovando los directorios de las sociedades estatales, a no haber una junta de accionistas como las de las auténticas sociedades de capital.

Dicho de otra forma, no todos los conflictos que surjan en las empresas del Estado regidas por la ley de sociedades anónimas son de competencia arbitral, debiendo excluirse los conflictos entre los accionistas (normalmente la Corfo y el Fisco). Tampoco rige el arbitraje para los conflictos entre los administradores y la sociedad, atendido que se rigen por estatutos legales diversos al de la LSA. Menos todavía, por ser inexistente, la posibilidad de conflictos de infracción de pactos de accionistas, al no darse esta posibilidad en las anónimas del Estado, atendido que su capital es inalienable²⁶. Por la misma razón anterior, tampoco existen en estos casos los conflictos derivados de la oferta pública de acciones (OPA), al no existir este mecanismo en este ámbito.

En los conflictos de la sociedad anónima estatal no se presenta *ad intra* la complejidad que se presenta en las anónimas ordinarias, en las que surgen relaciones de diverso tipo que dan lugar a conflictos de responsabilidad civil que se resuelven en el marco de las explicaciones contractuales y en las infracciones a deberes legales. Los conflictos internos de las anónimas estatales, si surgen una controversia societaria tienen otros caminos de solución, consistente en la remoción del respectivo director o su renuncia²⁷, incluyendo los proble-

mas que estas sociedades pueden tener con otros sujetos diversos de los socios (Fisco y Corfo), como ocurre con los que detentan la calidad de directores, gerentes, administradores y ejecutivos de la sociedad²⁸.

En las sociedades anónimas del Estado no se da la vocación extensiva que tienen el arbitraje en la sociedad anónima ordinaria, atendido que esta última constituye una realidad jurídica compleja en la que confluyen diversos intereses económicos y jurídicos, y que vincula a los que tienen la calidad de accionistas, pero que no se agota sólo es ellos²⁹. En las sociedades anónimas del Estado no se aplica lo que indica Puga para la sociedad anónima ordinaria, en orden constituir un instrumento colectivo de inversión. Las anónimas estatales no tienen accionistas, de la misma manera que una anónima en sentido estricto y, como consecuencia de ello cuentan con una forma de administración que para sus conflictos internos no requieren acudir al arbitraje como mecanismo de solución.

Aunque no hay duda de que las sociedades anónimas del Estado se comportan como un patrimonio de afectación, dotado de personalidad jurídica y administrado por un órgano y no por personas naturales, su proyección al arbitraje es *ad extra*³⁰.

V. Del servicio público a las empresas del Estado

La aceptación plena del arbitraje de las empresas estatales es el resultado de un profundo cambio producido en el derecho público chileno, en el cual actividades económicas que se encomendaban a un servicio público pasaron a ser regidas por el molde jurídico de las Empresas del Estado o Sociedades del Estado.

tales causas y, eventualmente, reciba utilidades provenientes de la sociedad en la cual participa”.

²⁸ No se aplica para efectos del arbitraje a las sociedades del Estado la ampliación subjetiva que admite el art. 68 inc. 2° de la Ley de Mercado de Valores, cuando indica que, “se entenderá por ejecutivo principal a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo, independientemente de la denominación que se les otorgue”.

²⁹ JEQUIER 2020, 229-321.

³⁰ La explicación de la sociedad anónima como patrimonio de afectación, PUGA 2021, 135.

²⁶ Para contrastar el régimen de las sociedades del Estado con las de capital, PUGA 2021, 1032-1034.

²⁷ Al respecto se puede observar el Dictamen N° 10.046 (2020), que respecto del conflicto de interés de la Presidenta del Directorio de la Empresa Nacional del Petróleo, con el ejercicio profesional de abogada de una firma demandante del Estado, señaló que: “En efecto, según consta en los registros de esta Contraloría General, el referido documento expresa que ella declara no estar afecta a las inhabilidades dispuestas en el artículo 54 de la Ley N° 18.575, siendo posible inferir, entonces, que la recurrida aceptó y reconoció la observancia de este marco jurídico. En este aspecto, cabe recordar que para que se configure la hipótesis a que se refiere el inciso segundo del artículo 56 de la Ley N° 18.575 es necesario que la representación de un tercero se verifique en el ejercicio de la actividad particular del funcionario sujeto a tal prohibición, lo que supone una actuación personal de este último en causa civil en contra de un organismo de la Administración del Estado. Sin embargo, la señalada disposición legal no regula la participación del funcionario público en sociedades de profesionales en la que uno o más de sus socios asumen la representación de terceros en acciones civiles que puedan entablarse en contra de un organismo de la Administración del Estado, lo que podría conducir al absurdo de que el funcionario se abstenga de patrocinar

Como se sabe, el servicio público alude, en general, a los órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Los servicios públicos están sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios³¹. Las empresas del Estado, en cambio, son personas jurídicas sometidas a las reglas de las sociedades y de las corporaciones, que a ser regidas por reglas de derecho privado le permiten una conducción distinta para la celebración de sus actos y contratos, entre los que se suma la admisión plena del arbitraje.

La utilización del molde jurídico del servicio público determina que en esa actividad de la administración del Estado no se pueda pactar arbitraje, al predominar una concepción restrictiva o abiertamente excluyente de la *arbitrabilidad* del conflicto en materia de derecho público. La posibilidad de que un servicio público pueda acudir a arbitraje en la solución de sus conflictos es un tema de competencia legal, que tenuemente se viene revisando, como ocurre en otras latitudes para admitir el arbitraje en materia tributaria³².

La mutación de servicio público a la estructura de empresa del Estado ha tenido como consecuencia facilitar el arbitraje por las razones antes expuestas sobre el alcance que tiene el art. 19 N° 21 de la Constitución. Mediante esta transformación se logró que pudieran pactar arbitrajes antes que podrían haber quedado catalogados como típicos servicios, como es el caso de la Casa de Moneda de Chile, que pasó a ser organizado como una sociedad anónima, como continuadora legal del servicio público Casa de Moneda de Chile.

La transformación constitucional que ha significado pasar del servicio público al régimen de las empresas del Estado supone un abandono de las posiciones dogmáticas sobre la concepción del Estado, que por cierto no ha sido pacífica en nuestro medio³³. El efecto de lo anterior determina que respecto de las empresas del Estado no rige en toda su extensión la advertencia formulada por Carré de Malberg, cuando señalaba que todo estudio de derecho público en general y del derecho constitucional en particular encierra y presupone la noción del

Estado³⁴. En el caso de las empresas del Estado en Chile su sometimiento “a la legislación común aplicable a los particulares” han determinado que sus problemas de arbitraje se equiparen a los que pactan las sociedades anónimas, conforme se pasa a explicar.

VI. La empresa del Estado como sociedad anónima

La configuración de las empresas estatales como sociedades anónimas o su sometimiento a las normas de ellas (para las sociedades creadas por ley) ha facilitado la utilización del arbitraje en su actividad empresarial.

En la práctica normalmente la creación de la sociedad anónima se encomienda por ley al Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), los que deben concurrir a la suscripción de la escritura pública correspondiente observando así la primera solemnidad prevista en la ley para el nacimiento de esta persona jurídica, salvo que la ley habilitante haya indicado otras reglas especiales.

La opción por una sociedad de capital se debe a una coyuntura política dada en la década de los noventa del siglo pasado, en la que se implementó un modelo de desarrollo donde el marco jurídico de la sociedad anónima pasó a ocupar un lugar relevante, incluido por cierto a las empresas del Estado. Esto se explica por la facilidad que ellas presentan para realizar actividades económicas, al existir un estatuto legal que facilita su gestión y control, esto último, por parte de la autoridad, en particular, por la Comisión del Mercado Financiero (CMF) y también a la Contraloría General de la República³⁵. Particular relevancia reviste que las sociedades estatales deban confeccionar estados financieros conforme a los principios y sistemas de contabilidad aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

El estatuto legal que se aplica a las empresas del Estado consta principalmente en la Ley N° 18.046, promulgada el 21 de octubre de 1981 y sus modificaciones posteriores³⁶. Conforme con su definición legal, la sociedad

³¹ Art. 25. Ley N° 18.575 de 1986.

³² Un estudio del tema, GARCÍA 2022, 13-313.

³³ Las divergencias se aprecian, entre otros, en los trabajos de: SCHÖNHAUT Y HERREROS 2020, 25-490. LARROULET 1984, 129-151.

³⁴ CARRÉ DE MALBERG 2022, 21.

³⁵ Conforme a lo previsto en el artículo 16, inciso segundo, de la Ley N° 10.336, que dispone que están sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las sociedades en que las empresas del Estado tengan aportes de capital, representación o participación mayoritarios, para los efectos de cautelar el cumplimiento de sus fines y la regularidad de sus operaciones.

³⁶ Sobre su evolución histórica en nuestro derecho, PUGA 2021, 43-60.

anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables³⁷.

La elección de este estatuto jurídico se puede explicar por varias razones.

Primero, en el plano político-económico, siguiendo a French Davis, es la consecuencia del conjunto de reformas adoptadas después de 1975, que desarrollaron el modelo neoliberal en Chile, dentro de las que se cuentan la reducción y neutralización del sector público y la privatización de numerosas empresas públicas y restricciones a las que se mantuvieron en el sector³⁸.

Segundo, la influencia del derecho societario norteamericano y de las ventajas que esta forma de organización logra en la práctica. Como lo indica el Mensaje de la Ley, "cabe hacer notar que al pretender facilitar el desarrollo de las sociedades anónimas en general, se ha tenido presente la eficiencia de este tipo de organización empresarial en cuanto a transferencia de propiedad, representatividad en la administración y posibilidad de aunar rápidamente mayores capitales, lo cual deberá reflejarse en mayores facilidades y menores costos para el emprendimiento de nuevos negocios, aspecto que se ha hecho muy necesario dado el grado de dinamismo que fundamentalmente a través de la competencia externa ha adquirido nuestra economía"³⁹.

En el caso de las empresas del Estado no se dio el paso de aplicar todas las reglas de las sociedades anónimas, introduciendo algunas peculiaridades relevantes en la formación del capital social y en los órganos de gobierno. En estas empresas no existe, como en las sociedades anónimas ordinarias, un capital aportado por accionistas que transan sus títulos mediante el traspaso o transferencia de las acciones y tampoco existe una junta de accionistas⁴⁰. El

rasgo distinto anterior explica que ellas tengan un sistema de administración diferente, cuya conformación actualmente le compete coordinar al Sistema de Empresas Públicas (SEP), que tiene dentro de sus funciones la de prestar asesoría técnica al Presidente de la República y a los Ministros, para nominar y cambiar a los integrantes de los directorios o de los consejos de las empresas del Estado y de aquellas en que este último tenga participación mayoritaria, cuando ellos así lo requieran⁴¹.

En lo que respecta al capital, en las sociedades anónimas del Estado su aportación se ha realizado de manera diferente, normalmente aportando bienes estatales que pertenecían al servicio público del que procedían o suscribiendo la Corfo y el Fisco el capital social en la escritura de constitución⁴². Es un rasgo distinto que en estas sociedades se declare por ley la inalienabilidad de las acciones que conforman el capital social, seguramente como una

funciones que la ley N° 18.046 confiere a los accionistas y a las juntas de accionistas, que para efectos de la presente ley corresponden a "la junta". En conformidad con lo señalado precedentemente, la junta de accionistas examinará la situación de la sociedad; designará una empresa de auditoría externa con el objeto de examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros de la sociedad; celebrará juntas extraordinarias, cuando así lo exijan las necesidades sociales, para decidir respecto de cualquier materia que la ley o los estatutos entreguen al conocimiento de la junta; y aprobará o rechazará el plan de desarrollo y negocios, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, o revisará la ejecución del plan de negocios".

⁴¹ Su origen se encuentra al alero de la CORFO en 1997, cuando surge el SAE (Sistema Administrador de Empresas). A partir del año 2000 se le dio la calidad de comité técnico asesor del Estado con relación a las empresas del Estado. En el año 2001, a partir del comité indicado, se creó el Sistema de Empresas- SEP. La información sobre este organismo se ha obtenido de <https://www.sepchile.cl/quienes-somos/#estructura-organizacional>.

⁴² En el capital social. Se trata de un capital social suscrito íntegramente por entes de Estado, como es Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) y el Fisco de Chile, representado por el Ministerio de Hacienda. La forma como se suscribe el capital social releva que no se trata de una sociedad mixta, en el que se permita incorporar capital privado, como ocurre en otras sociedades anónimas en las que el Estado tiene una participación social. Como corresponde una sociedad anónima, el capital se expresa en acciones, que en este caso se suscriben por los entes estatales que concurren a constituir estas sociedades. Esta forma de concebir el capital social en las empresas del Estado la diferencia de las sociedades anónimas abiertas o cerradas que permiten la transferencia de las acciones. En el caso de las anónimas estatales sus acciones no se transan en el mercado. Esta peculiaridad produce varios efectos, puesto que al no poder enajenarse las acciones no existe una valoración de mercado de estas empresas y tampoco estos títulos cumplen la función de ser un bien que permita servir de garantía patrimonial que en que puedan hacer efectivo los créditos que asumen con sus acreedores.

³⁷ Art. 1. Ley N° 18.046 de 1981.

³⁸ FRENCH-DAVIS 2022, 17-25. Un estudio del tema, VALDÉS 2020, 13-355. HUNNEEUS 2016, 365-449.

³⁹ Mensaje de la Ley N° 18.046 de 1980.

⁴⁰ Sin embargo, se aprecia en algunas regulaciones una solución en la que se busca que las facultades que son propias de la Junta de accionistas se ejerzan de alguna forma. A modo de ejemplo, ello consta en el art. 14 de la Ley que regula el estatuto de la Empresa Nacional del petróleo (Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1986) se dispone: "En todo lo que no se oponga a los términos de esta ley y a la naturaleza pública de la Empresa, corresponderá al Presidente de la República ejercer las atribuciones y

opción política para evitar su privatización mediante la simple enajenación de las acciones⁴³.

Actualmente pertenecen a esta categoría de empresas del Estado: Casa de Moneda de Chile S.A., Comercializadora de Trigo S. A. (COTRISA), Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S. A. (ECONSSA), Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (METRO), Fondo de Infraestructura S.A., Polla Chilena de Beneficencia S.A., Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua SpA, y Zona Franca de Iquique S.A.

Sin agotar la explicación del objeto social de estas empresas, haremos referencia a las principales actividades que realizan para verificar en ellas como estas personas jurídicas desempeñan actividades en las que no puede resultar ajeno pactar arbitrajes como sistema de solución de conflictos.

En el caso de la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (cuyo nombre de fantasía es METRO), su objeto social es realizar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios, mediante buses o taxibuses, de cualquier tecnología, que presten servicios de transporte público de pasajeros en superficie, y servicios anexos. Como sociedad anónima tiene su origen en la Ley N° 18.772. de 28 de enero de 1989.

Por su parte, la Casa de Moneda de Chile S.A., creada por la autorización de la Ley N° 20.329 (D.O. de 11 de diciembre d 2008), tiene como objeto social desarrollar actividades empresariales de carácter industrial y mercantil en materias gráficas, o en aquellas que hagan sus veces. Esta sociedad anónima es la continuadora legal del servicio público Casa de Moneda de Chile.

La Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado (Ley N° 18.885, D.O. N° 12 de enero de 1990) considera en su estructura once sociedades anónimas cuyo objeto es producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer aguas servidas, y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades en la forma y condiciones establecidas en los decretos con fuerza de Ley N°s 382 y 70, ambos del año 1988, del Minis-

terio de Obras Públicas⁴⁴. Estas sociedades son las sucesoras legales del Servicio Nacional de Obras Sanitarias⁴⁵. Estas sociedades se rigen por las normas de las sociedades anónimas abiertas y están sometidas a la fiscalización de la CMF.

En una época más reciente se creó el Fondo de Infraestructura S.A. (Ley N° 21.082, de 24 de marzo de 2018), que dio lugar a una sociedad anónima del Estado que tiene como objeto desarrollar actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de los servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación, en conformidad y con estricta sujeción a lo dispuesto en la citada ley.

Por último, un caso particular lo conforma la Comercializadora de Trigo S.A. (COTRISA), que curiosamente fue constituida como una sociedad anónima cerrada, mediante escritura pública de 16 de noviembre de 1986. El objeto de esta sociedad es "actuar en el mercado como poder comprador por cuenta del Estado, propiciando el cumplimiento del sistema de bandas de precios, cuya finalidad es atenuar el impacto de las constantes variaciones de los precios internacionales sobre el mercado doméstico"⁴⁶.

VII. Las empresas del estado creadas por ley

Las empresas del Estado creadas por ley se ubican dentro de los órganos que constituyen la Administración del Estado, que en nuestro sistema jurídico se configura, además, por los Ministerios, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de

⁴⁴ Estas son: Empresa de Servicios Sanitarios de Tarapacá S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Atacama S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo S.A., Empresa de Servicios Sanitarios del Libertador S.A., Empresa de Servicios Sanitarios del Maule S.A., Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de la Araucanía S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Aysén S.A. y Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A.

⁴⁵ En la constitución de estas sociedades se asignó al Fisco de Chile, representado por el Tesorero General de la República, una participación del 1% y a la Corporación de Fomento de la Producción, una participación inicial del 99%.

⁴⁶ DIPRES, <https://www.dipres.gob.cl/599/w3-propertyvalue-20883.html>.

⁴³ Las fórmulas que se utilizan para tal efecto son variadas, entre otras: "en ningún caso la suma de las acciones del Fisco y de la Corporación de Fomento de la Producción podrá ser inferior al 100% del total de las acciones de la sociedad respectiva".

Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades⁴⁷.

Actualmente pertenecen a esta categoría: Astilleros y Maestranzas de la Armada (ASMAR), Banco del Estado de Chile, Corporación Nacional del Cobre (CODELCO), Empresa de Correos de Chile, Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE), Empresa Nacional de Aeronáutica (ENAER), Empresa Nacional de Minería (ENAMI), Empresa Nacional de Petróleo (ENAP), las empresas portuaria de Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco (con domicilio en la ciudad de Puerto Aysén), Empresa Portuaria Austral (que operará en el puerto de Punta Arenas y en el terminal de transbordadores de Puerto Natales), Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE), y Televisión Nacional de Chile (TVN).

Estas empresas públicas creadas por ley pueden pactar arbitraje atendido que en el desempeño de sus actividades están regidas por el estatuto que indica el art. 19 N° 21 de la Constitución, antes explicado. Las empresas creadas por ley son la manifestación jurídica del Estado empresario que suscribe actos y contratos para cumplir con el objetivo para el cual fueron creadas.

En el caso de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO)⁴⁸, es una empresa del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio. Legalmente se le reconoce la calidad de "empresa"⁴⁹. Su giro principal es explorar, desarrollar y explotar recursos mineros, procesarlos para producir cobre refinado y subproductos, y luego comercializarlos a clientes en todo el mundo. Cuenta con un gobierno corporativo con un directorio formado por nueve integrantes y el presidente ejecutivo de la empresa.

En el caso de Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE), constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. Su regulación se contiene en el DFL N° 1, del 3 de agosto de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fijó el texto de su Ley Orgánica. Esta empresa contrata con el objeto de establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de pasajeros y carga a realizarse por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios de transporte complementarios,

cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades conexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad. Asimismo, podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña. Su objeto social lo podrá realizar directamente o por medio de contratos u otorgamiento de concesiones o mediante la constitución, con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas que, para todos los efectos legales posteriores a su constitución, se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas. La ley puntualiza que los actos y contratos que realice EFE en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado en todo aquello que no sea contrario a las normas del presente decreto con fuerza de ley (art. 3).

En el caso del Banco del Estado de Chile, se trata de una empresa autónoma del Estado que tienen como objeto prestar servicios bancarios y financieros con el objeto de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales. Para cumplir su objetivo se rige por lo dispuesto en su ley orgánica, la legislación aplicable a las empresas bancarias y otras leyes generales o especiales. Está sometida exclusivamente a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda⁵⁰.

En el ámbito de la defensa, existe la Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile (ENAER), que tiene como objeto el desarrollo de la Industria Aeronáutica, y atiende clientes nacionales e internacionales tanto para el mercado civil como militar; su regulación se contiene en la Ley N° 18.297, Ley Orgánica de la Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, de 16 de marzo de 1984.

En el mismo ámbito existe Fábricas y Maestranzas del Ejército (FAMAE), que es una corporación de derecho público cuyo objeto es la fabricación y reparación de elementos bélicos para satisfacer en la forma más amplia posible las necesidades de la defensa nacional⁵¹. Cuenta con un Director, que es el representante legal y judicial de la Corporación, el que podrá ejecutar todos los actos o contratos que fueren necesarios o útiles para la institución. En el orden judicial tendrá las facultades que mencionan ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil las que se

⁴⁷ Art. 3 inc. 2. Ley N° 18.575, de 1986.

⁴⁸ Su estatuto se contiene en el Decreto N° 3 de 2012.

⁴⁹ Art. 1. Decreto Ley N° 1.350 de 1976.

⁵⁰ Arts. 1, 2 y 3. Decreto Ley N° 2079 de 1978.

⁵¹ Su regulación consta en el Decreto N° 375 de 1978.

dan por reproducidas, con excepción de la de absolver posiciones.

Por su lado, Astilleros y maestranzas de la Armada (ASMAR), empresa autónoma del Estado con la calidad de persona jurídica de derecho público, con administración autónoma y patrimonio propio. Su Ley Orgánica en la Ley N° 18.296 de 1984. Su ámbito de contratación conforme a su objeto se en el servicio de reparación y carena de naves y artefactos navales nacionales y extranjeros, fabricar y reparar artículos industriales para fines de seguridad nacional y construir naves y artefactos navales para la Armada y para terceros.

En materia de comunicaciones existe la Empresa de Correos de Chile, la que fue creada por el DFL N° 10, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de 24 de diciembre de 1981. Es la sucesora legal del Servicio de Correos y Telégrafos. Es una persona jurídica de derecho público que tiene como objeto prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional y efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como encomiendas, giros postales, y similares.

En la actividad portuaria, la Ley N° 19.542 creó diez empresas del Estado, continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile⁵². Estas empresas son personas jurídicas de derecho público que constituyen empresas del Estado con patrimonio propio, de duración indefinida y se relacionan con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Su objeto es "la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste".

Para satisfacer los intereses energéticos existe la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), la que fue creada por la Ley N° 9.618, de 1950. Conforme con la ley, se trata de "una empresa comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Energía". Su actividad está regulada por la indicada ley y en lo no previsto en esa regulación, en cuanto fuere compatible y no

se oponga a ella, se regirá por las disposiciones de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, la demás normativa aplicable a las sociedades anónimas abiertas y por la legislación común. Su ámbito de contratación tiene como objeto ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, dentro o fuera del territorio nacional, ya sea directamente o por intermedio de sociedades en las cuales tenga participación o en asociación con terceros. Conforme a la ley, "si ejerciere dichas actividades dentro del territorio nacional por intermedio de sociedades en que sea parte o en asociación con terceros, deberá hacerlo por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, cumpliendo con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije en el respectivo decreto supremo". "La Empresa puede, además, ya sea directamente o a través de sociedades en que tenga participación, almacenar, transportar, transformar, tratar, procesar, refinar, vender y, en general, comercializar petróleo o gas, así como desarrollar cualquier otra actividad industrial que tenga relación con hidrocarburos, sus productos y derivados. Asimismo, la Empresa podrá, por cuenta del Estado, recibir, readquirir, vender y comercializar en cualquier forma los hidrocarburos provenientes de contratos especiales de operación, y ejercer las demás funciones y derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato le encomienden, sea que en estos contratos tenga o no participación la Empresa" (art. 4).

En el ámbito de las apuestas existe Polla Chilena de Beneficencia S.A., que es una sociedad anónima formada por accionistas estatales (El Fisco y la CORFO), constituida por la Ley N° 18.851, de 7 de noviembre de 1989, que transformó a la Empresa del Estado Polla Chilena de Beneficencia en sociedad anónima. Su actividad se rige por las normas de las sociedades anónimas abiertas, sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República y la CMF.

En el ámbito de la comunicación existe Televisión Nacional de Chile (TVN), que es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. Fue creada por la Ley N° 19.132. Su administración está a cargo de un directorio y además por un Director Ejecutivo que es designado o removido por el Directorio. Al Director Ejecutivo le compete la ejecución de los acuerdos del Directorio, la

⁵² Así nacieron las empresas portuarias de Arica, Iquique, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Puerto Montt, Chacabuco (con domicilio en la ciudad de Puerto Aysén), Empresa Portuaria Austral (que operará en el puerto de Punta Arenas y en el terminal de transbordadores de Puerto Natales).

supervisión permanente de la administración y funcionamiento de la empresa y la representación extrajudicial y judicial de la misma, con todas las facultades que se contemplan en el inciso segundo del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil. En relación con el tema que nos ocupa el director ejecutivo, requerirá acuerdo previo del Directorio para: e) Transigir y someter a compromiso (art. 18)⁵³.

Por último, Zona Franca de Iquique S.A. (ZOFRI) es una sociedad anónima cuya creación fue autorizada por la Ley N° 18.846, que autorizó la actividad empresarial del Estado en materia de administración y explotación de la zona franca de Iquique. Fue constituida por el Fisco, representado por el Tesorero General de la República, y la Corporación de Fomento de la Producción. Su actuación comercial la realiza conforme las normas de las sociedades anónimas abiertas, quedando sometida a la fiscalización de CMF (art. 2). Esta sociedad anónima es la continuadora legal de la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique, que tenía el estatuto de servicio público.

VIII. La procedencia del arbitraje en las empresas del Estado

Como se anticipaba, el propósito de este trabajo es demostrar que es admisible que las empresas del Estado, ya sea en su manifestación de sociedades anónimas o de empresas del Estado creadas por ley, pueden pactar arbitraje.

En efecto, primeramente, no existe ninguna limitación jurídica que impida a estas empresas celebrar convenios arbitrales ni proscripción alguna de esta manifestación de su capacidad contractual. No se contiene en los estatutos legales de estas personas jurídicas ninguna norma impeditiva o prohibitiva con tal efecto, lo que está en consonancia con el mandato constitucional del art. 19 N° 21 de la CPR, de aplicar a estas personas jurídicas "la legislación común aplicable a los particulares".

⁵³ La posibilidad de comprometer estaba reconocida para TVN en la Ley N° 17377 de 1970 sobre la Televisión chilena. En dicha normativa creo una persona jurídica de derecho público denominada «Televisión Nacional de Chile». En ella se reconocía al Directorio como atribución: "b) Representar judicial y extrajudicialmente a la Empresa con amplias facultades. En el orden judicial el Directorio tendrá las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil".

Si bien se podría argumentar que el principio de legalidad⁵⁴, entendido en términos estrictos, impediría que las empresas públicas por ser parte de la Administración del Estado someter sus controversias al arbitraje. Sin embargo, la ubicación orgánica de las empresas públicas, así como la propiedad de las mismas, no son óbice para que, en virtud del principio de igualdad las empresas públicas, en cuanto a su actuación deban regirse por el régimen de derecho privado que le es aplicable a la universalidad de las empresas del mercado⁵⁵.

En este sentido, señala Aróstica que "(...) es evidente que debe recibir plena aplicación esa legislación común en lo concerniente a las relaciones bilaterales o convencionales que dichas empresas mantengan con los usuarios o consumidores, ya que su actividad se traduce, precisamente, en celebrar o ejecutar actos de comercio"⁵⁶.

Por otro lado, la plena admisibilidad de poder pactar arbitrajes es una consecuencia de las facultades que la ley asigna a los órganos de administración de las empresas, entre las que están las del art. 7 del Código de Procedimiento Civil, lo que ratifica la posibilidad de pactar arbitraje conforme a las reglas de *arbitrabilidad* que tiene nuestro sistema dualista de arbitraje. La única regla especial que encontramos en esta materia en la regulación de las empresas del Estado se recoge en estatutos de TVN, que permite que el Director pueda pactar compromisos, pero para ello requerirá de acuerdo previo del Directorio (art. 18 letra e).

Lo anterior determina que para acordar una convención de arbitraje las empresas del Estado pueden actuar conforme con las siguientes pautas:

Primero, según la materia, podrían pactar las cláusulas en todos aquellos casos que el asunto sea materia de arbitraje voluntario. Y deben someterse al arbitraje forzoso cuando el conflicto en que participen se vincula con esta categoría.

Segundo, pueden pactar cláusulas de arbitraje que les permita organizar el procedimiento como un arbitraje ad hoc o según las reglas de un arbitraje institucional.

⁵⁴ BERMÚDEZ 2011, 76.

⁵⁵ VERGARA 2022, 66.

⁵⁶ ARÓSTICA 2001, 111.

Tercero, según el tipo de conflicto que se deba resolver y los factores de conexión que pueden estar presentes en él, tendrán que someterse a las reglas del arbitraje interno o del arbitraje comercial internacional o arbitraje internacional. Esta diferencia se explica porque desde la promulgación de la Ley N° 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional, se admite la posibilidad de realizar un arbitraje comercial internacional en nuestro país. Cuando pactan un arbitraje comercial internacional se trata de un arbitraje que tiene sede en Chile, pero que se sigue por las reglas de la LACI al concurrir en el conflicto los factores de conexión que acepta la ley. Esto puede acontecer de manera particular con los contratos internacionales que pueden pactar las empresas estatales, y que por acuerdo de las partes se decide radicar en Chile.

La posibilidad de pactar un arbitraje comercial internacional no se debe confundir con los casos en que las empresas del Estado se someten a un arbitraje internacional. En estos casos se aplican las reglas del DL N.º 2.349, de 1978, que autoriza a los organismos y a las empresas del Estado para acordar en sus contratos internacionales -cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero- cláusulas que les permitan someterse al derecho y a los tribunales extranjeros, dentro de los que se contempla expresamente el arbitraje⁵⁷.

Cuarto, pueden asignar a los árbitros las facultades de actuación y decisión del árbitro según acuerden que se trate de un arbitraje de derecho, un arbitraje de equidad o un arbitraje mixto.

⁵⁷ Conforme al art. 3º de esa regulación, de manera expresa se incluye se indica que "para los efectos de este decreto ley, se entenderá por organismos, instituciones y empresas del Estado, todo servicio público, institución fiscal o semifiscal, centralizada o descentralizada, empresa del Estado y, en general, todo organismo autónomo creado por ley como, asimismo, toda empresa, sociedad o entidad pública o privada en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones, centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital, representación o participación superiores al 50% del capital social, aun cuando se exija norma expresa para aplicarles las disposiciones legales del sector público". Conforme a esa normativa, los límites de orden público en los que no existe *arbitrabilidad* por razón de la materia se da "en los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes fiscales, ni en los actos o contratos que celebren los organismos, instituciones o empresas del Estado de Chile, cuando la legislación particular por la cual se rijan excluya en forma expresa la sumisión a la ley o tribunal extranjeros, o disponga que los diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley chilena o a tribunales nacionales" (art. 7 inc. final).

Quinto, las empresas del Estado, según la naturaleza jurídica sobre la que versa el conflicto, pueden participar en arbitrajes civiles o comerciales, de derecho marítimo, de nombres de dominio de Internet, de sociedades, de seguros, arbitraje concursal, entre otras tantas manifestaciones.

IX. No se aplican a las empresas del Estado las restricciones que tienen los servicios públicos y ministerios para arbitrar

La clara autonomía jurídica que tienen las empresas del Estado, donde la posibilidad de pactar arbitraje surge como una consecuencia de la regulación general que se les aplica, especialmente, la ley de sociedades anónimas, debe, empero, llevar a descartar que limiten su actuación algunos criterios restrictivos que ha impuesto la Contraloría General de la República para algunos entes estatales objetos del control. Conforme a este ente, algunos organismos públicos no pueden someter sus conflictos a arbitraje, salvo que una norma legal expresa los autorice. Así lo ha resuelto, de manera recurrente, frente a la consulta de la procedencia del arbitraje para entes diferentes de las empresas del Estado, cual ocurre en los dictámenes N°s 36.764, de 2008 y 52.185, de 2012, en los que se ha señalado que los organismos públicos requieren de una autorización legal y expresa para someter a arbitraje los conflictos en que sean parte, como acontece con los ministerios⁵⁸.

Efectivamente, el ente contralor ha declarado mediante dictámenes que no es procedente el arbitraje, y que se debe excluir la cláusula respectiva en las pólizas de seguro o las garantías tomadas por las empresas que contratan con una municipalidad⁵⁹.

Sin embargo, la Contraloría respecto de la juridicidad de un arbitraje entre una filial de Enap y una empresa privada, señaló que en virtud del artículo 21B de la Ley Orgánica de la Contraloría, con ocasión del control de lega-

⁵⁸ Dictamen N° 11.398 (2017), respecto del Ministerio de Energía; Dictamen N° 48.840 (2014), respecto del Servicio del Registro Civil; Dictamen N° 52.185 (2012), respecto del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana -SERVIU Metropolitano; Dictamen N° 54.844 (2003), respecto de las municipalidades (de manera concluyente señala este dictamen: "En consecuencia, cumple con manifestar que la jurisprudencia relativa a que las municipalidades requieren de una autorización legal expresa para someter a arbitraje los conflictos en que sean parte, permanece vigente").

⁵⁹ Dictamen N° 11.170 (2019).

lidad o de las auditorías, no puede evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, y que la sociedad filial de ENAP, de conformidad con sus estatutos, se encuentra facultada para celebrar todos los actos y contratos y realizar todas las actividades que sean necesarias para desarrollar sus fines.

Lo anterior es coherente con lo sustentado por la doctrina, que distingue entre servicio público y empresa pública. En el caso de los servicios públicos, estos tienen por finalidad la satisfacción de las necesidades públicas en forma regular y continua, mediante procedimientos determinados y sujetos fuertemente al principio de legalidad, de ahí que el arbitraje debe ser autorizado legalmente. Mientras que, en el caso de las empresas públicas, su finalidad esencial es perseguir un fin de lucro, salvo el caso de empresas monopólicas⁶⁰.

Conclusiones

Como queda demostrado, no existen limitaciones para que las empresas del Estado puedan pactar arbitraje, en toda la variedad que admite el sistema dualista chileno.

La posibilidad de pactar arbitraje es una consecuencia de una política pública que inserta a las empresas del Estado dentro de una economía social de mercado, economía de mercado (Estado liberal o neoliberal), que las ubica en las antípodas de lo que acontece en modelos más o menos intervencionistas o autoritarios, que no han desarrollado el arbitraje del Estado de la forma como lo concibe el sistema chileno, dentro de la estructura del funcionamiento de las sociedades anónimas.

La forma como se articula el arbitraje de las empresas del Estado está en plena sintonía con el principio de la subsidiariedad, como criterio de organización social, al quedar sujetas en sus arbitrajes a las mismas reglas que se aplican a los actos o contratos que suscriben los particulares.

El régimen jurídico que regula el arbitraje de las Empresas del Estado permite, a nuestro juicio, conciliar de mejor forma los intereses del Estado con los de los particulares y poder llevar adelante las diversas manifestaciones que tiene el fenómeno de la "colaboración público-privada". Cabe aplicar aquí el reconocido dístico latino: donde existe la misma razón, ha de aplicarse la misma disposición.

El régimen de arbitraje aplicable a las Empresas del Estado facilita utilizar regulaciones de derecho público y de derecho privado, derecho comercial, derecho civil, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho de la libre competencia, sin caer en una visión reduccionista que podría llevar a concebir el mismo tema como un "arbitraje de derecho administrativo". La amplia regla de arbitrabilidad que recoge el art. 19 N° 21 de la CPR es una originalidad de nuestro sistema jurídico que facilita la consecución del bien común a que está llamado el Estado, incluido cuando actúan también a través de sus empresas, especialmente en el control de los recursos públicos.

Como se puede advertir, esta ponencia contiene alguna de las bases dogmáticas y los fundamentos del arbitraje en las empresas públicas chilenas, incorporando, a nuestra realidad, los criterios que explican esta materia.

Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2022). Empresa y Servicio del Estado: una distinción finalista. En S. Zuva-nich, Sonia y A. Vergara [Ed.], *Empresas Públicas: régimen jurídico*. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo (2017). Tirant lo Blanch.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001) *Derecho Administrativo Económico*. Universidad Santo Tomás.
- BALLESTEROS PANIZO, Covadonga (2017). *El arbitraje de derecho público*. Aranzadi.
- BALLESTEROS PANIZO, Covadonga (2020). El criterio de arbitrabilidad en derecho administrativo. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1511263>.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2022). *Mediación y arbitraje en la administración pública*. Boch.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011) *Derecho Administrativo General*. 2ª edición. Thomson Reuters.
- Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje de la Ley N° 18.046 de 1980. Ley sobre Sociedades Anónimas. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7574/>.
- BOLAÑA KELLY, Germán (2010). *Organización Administrativa*. Legalpublishing.
- BULLARD, Alfredo (2016). *Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*. En A. Bullard [Ed.], *Litigio arbitral* (pp. 667-714). Palestra.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (2022). *Teoría General del Estado*, 4ª edición. Fondo de la Cultura Económica.
- Dirección de Presupuesto. Cotrisa S.A. dipres.gob.cl. <https://www.dipres.gob.cl/599/w3-property-value-20883.html>.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos (2020). *Tratado de inversiones extranjeras y arbitrajes de inversiones en Iberoamérica*. Tirant lo Blanch.
- ESIS VILLARROEL, Ivette (2018). Arbitrabilidad y orden público. En M. Vásquez [Dir.], *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Thomson Reuters.

⁶⁰ ARANCIBIA 2022, 228-229.

- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan (2021). La lucha contra la corrupción desde el arbitraje. En (VV.AA.) *Arbitraje: presente y futuro*. Aranzadi.
- FRENCH-DAVIS, Ricardo (2022). *La pandemia neoliberal*. Taurus.
- GARCÍA MACHMAR, William (2024). *Código de las empresas públicas de Chile*. Hammurabi.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2011). *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo (2022). *El arbitraje en materia tributaria*. Tirant lo Blanch.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2018). El derecho de sociedades como vehículo de reactivación, fomento y desarrollo de la figura concesional. Ley N° 21.082, sobre "Fondo de Infraestructura S.A.". En J. ARANCIBIA y A. ROMERO [Ed.], *Cuaderno de Extensión Jurídica* (31), Universidad de los Andes.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2020). *El arbitraje en el derecho chileno de sociedades comerciales*, 2ª ed. Thomson Reuters.
- HUNNEEUS, Carlos (2016). El régimen de Pinochet. Taurus.
- LABBE AROCCA, Juan Pablo (2013). El arbitraje contencioso administrativo en Chile. En J. ARANCIBIA, J. MARTÍNEZ y A. ROMERO [Coord.], *Precedentes, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*. Abeledo Perrot.
- LARROULET, Cristián (1984). Reflexiones en torno al empresario en Chile. *Documento de Trabajo Centro de Estudios Públicos* (22).
- LATORRE VIVAR, Patricio (2008). Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (30), 223-240. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000100005>.
- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián (2006). *Garantía constitucional de la no discriminación económica*. Editorial Jurídica de Chile.
- MATURANA MIQUEL, Cristián (2022). El monismo o dualismo en el arbitraje. En M. Letelier 30 años de desarrollo institucional del arbitraje y de la mediación, CAM Santiago.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2016). El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público* (62), 32-47. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i62.43194>.
- OSSES, Claudio; AGUILERA, Laura y LETELIER, Macarena (2020). *El arbitraje en la jurisprudencia de las Cortes Superiores de Chile*. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.
- PUERTA SEGUIDO, Francisco (2022). *La colaboración público-privada en el desarrollo y explotación de infraestructuras varias: una de arena y otra de cal*. Iustel.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2021). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA PRADO, Esteban (2021). *La sociedad anónima*, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y FLORES RIVAS, Juan Carlos. (2023). El Estado como parte en el arbitraje. En *Jornadas de Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch .
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. (2016). Principios constitucionales del Estado empresario. *Revista de Derecho Público* (62), 48-65. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i62.43195>.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995). *Derecho Administrativo Chileno y comparado. El servicio público*. Editorial Jurídica de Chile.
- Sistema de Empresas. Quiénes somos. <https://www.sepchile.cl/quienes-somos/#estructura-organizacional>.
- SCHÖNHOUT SOTO, Constanza y HERREROS NOGUEIRA, José (2020). *Empresas públicas: Revisión histórica para una nueva teoría*. Ius Civile.
- SORIANO HINOJOSA, Álvaro (2023). *Las Administraciones Públicas ante el arbitraje*. Atelier.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo*, 3ª ed. Thomson Reuters.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2000). Las Sociedades del Estado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2), 335-342. <https://doi.org/10.7764/redae.4.2>.
- TALERO RUEDA, Santiago (2022). *Arbitraje Comercial Internacional*, 2ª ed. Tirant lo Blanch.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2018). Reflexiones sobre el Orden Público Procesal. En R. RIVERO y J. MARÍN [Dir.], *Reformas Necesarias a la Justicia Chilena*, Tomo I. Libromar.
- VALDÉS, Juan Gabriel (2020). *Los economistas de Pinochet*. Fondo de la Cultura Económica.
- VALLEJO GARRETON, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego (2008). Derribando Mitos sobre el Estado Empresario. *Revista Chilena de Derecho* 35 (1), 135-156. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100006>.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2022). El doble régimen jurídico de la actividad empresarial de la Administración. En ZUVANICH, Sonia y VERGARA, Alejandro (2017). *Empresas Públicas: régimen jurídico*. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo. Tirant lo Blanch.
- ZUVANICH, Sonia y VERGARA, Alejandro (2022). *Empresas Públicas: régimen jurídico*. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo. Tirant lo Blanch.

Normativa citada

- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421 de 1943. 15 de junio de 1943. D.O. No. 19.583
- Ley N° 21.094 de 2018. Sobre universidades estatales. 25 de mayo de 2018. D.O. No. 42.074.
- Ley N° 20.382 de 2009. Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. 13 de octubre de 2009. D.O. No. 39.490.
- Ley N° 18.045 de 1981. Ley de Mercado de Valores. 21 de octubre de 1981. D.O. No. 31.095.
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. No. 32.640.
- Ley N° 10.336 de 1952. Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 12 de mayo de 1952. DO. No. 22.261.
- Ley N° 18.046 de 1981. Ley sobre Sociedades Anónimas. 21 de octubre de 1981. D.O. No. 31.096.
- Decreto N° 1 de 1987 [con fuerza de ley]. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional de Petróleo. 04 de diciembre de 1986. D.O. No. 32.754.
- Decreto N° 3 de 2012 [Ministerio de Minería]. Fija el texto refundido de los estatutos de la Corpora-

ción Nacional del Cobre de Chile -Codelco. 17 de septiembre de 2005. D.O. No. 38.268.

Decreto N° 1.350 1976 [Ministerio de Minería]. Crea la Corporación Nacional de Cobre de Chile. 30 de enero de 1976. D.O. No. 29.393.

Decreto N° 2079 de 1978 [Ministerio de Hacienda]. Fija el texto de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile. 16 de diciembre de 1977. D.O. No. 29.966.

Decreto N° 375 de 1953 [Ministerio de Defensa]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 223, de 1953, Ley Orgánica de las Fábricas y Maestranzas del Ejército. 28 de diciembre de 1978. D.O. No. 30.291.

Ley N° 17.377 de 1970. Televisión chilena. 21 de octubre de 1970. D.O. No. 27.770.

Decreto N° 496 de 2002 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulgó la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo. 10 de octubre de 2001. D.O. No. 37.173.

Jurisprudencia citada

Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.562-1997, de 01 de diciembre de 1997.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 54.844-2003, de 02 de diciembre de 2003.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.241-2008, de 30 de abril de 2008.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 52.185-2012, de 24 de agosto de 2012.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.840-2014, de 01 de julio de 2014.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.398-2017, de 04 de abril 2017.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.170-2019, de 24 de abril de 2019.

Sociedad de Inversiones Uniropa tres Limitada y otros con Cuneo Macchiavello Andre (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de abril de 2019 (Rol N° 14706-2018). Undécima Sala. [Recurso de queja].

Constructora EMEX Limitada con Organización Europea para la Investigación Astronómica en el Hemisferio Sur (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de abril de 2014 (Rol N° 9211-12). Primera Sala. [Recurso de nulidad].

Servicios Integrados Pañaturi S.A. con Empresa Pública de Hidrocarburos de Ecuador EP (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de mayo de 2023 (Rol N 10.750-2022). Quinta Sala. [Recurso de nulidad].

La fiscalización y retroactividad del impuesto territorial ante el Derecho administrativo

Inspection and Retroactivity of the Land Tax Through the Lens of the Administrative Law

Jaime Phillips Letelier*
Jaime Arancibia Mattar**
Eugenio Benítez Kufferath***

El artículo analiza la fiscalización y aplicación retroactiva del impuesto territorial en Chile. Propone una reinterpretación de los deberes de fiscalización de la autoridad y de información del contribuyente, con el fin de restringir la retroactividad como medio de protección de la confianza.

Palabras clave: Fiscalización - Retroactividad - Impuesto territorial - Confianza legítima.

Introducción

El Servicio de Impuestos Internos (SII) tiene la práctica de emitir tasaciones de bienes

The article analyses the inspection and retroactive application of the land tax in Chile. It proposes a reinterpretation of the authority's duties of inspection and the taxpayer's duty to inform, to restrict retroactivity as a means of protecting legitimate expectations.

Keywords: Inspection - Retroactivity - Land Tax - Legitimate Expectations.

raíces con efecto retroactivo cuando detecta errores, omisiones o desactualización en el avalúo fiscal de un predio; generando ello consecuentes giros suplementarios. Se ampara esta práctica en los artículos 10 a 19 de la Ley N° 17.235 de Impuesto Territorial (LIT). El SII entiende que en esos casos la tasación debe tener efecto retroactivo por expresa disposición de la ley, que se trata de actos declarativos y que el contribuyente tiene un deber general correlativo de informar la existencia de errores, omisiones o falta de actualización de las tasaciones vigentes.

Conociendo de impugnaciones respecto de la tasación o del giro resultante, los Tribunales Tributarios y Aduaneros (TTA) han sostenido opiniones diversas respecto de esta retroactividad. Algunas sentencias la han validado en virtud de los argumentos del SII. Otras han declarado la ilegalidad del giro retroactivo por violentar al contribuyente que pagó el impuesto determinado por el SII de buena fe. Esta última postura ha encontrado también asidero en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

La principal causa de estas divergencias en la mirada parcial que se hace del ecosistema normativo que rige los avalúos fiscales. Se suele mirar la LIT como una normativa aislada en desconexión con las instituciones generales del derecho tributario y administrativo que rigen los actos de la Administración del Estado.

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: jphillips@derecho.uchile.cl. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile

** Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Cambridge. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes (Chile). Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago de Chile.

*** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes (Chile). Correo electrónico: eugenio@benitezabogados.cl. Dirección postal: Avenida la Dehesa 1844, of 810, Lo Barnechea, Santiago.

Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11220262 titulado "La prohibición de retroactividad en el derecho administrativo chileno: fundamentos y aplicación práctica", en el que Jaime Phillips Letelier es investigador responsable y del proyecto FONDECYT Regular N° 1210112, titulado "La función de fiscalización administrativa: potestades, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno", en el que Jaime Arancibia Mattar es investigador responsable. Agradecemos los comentarios a borradores previos de este trabajo de Rosa Gómez González, Silvia Díez Sastre, José María Rodríguez de Santiago, Alonzo Ramírez Guerra, Ivette Esis Villarroel y Alejandro Leiva López. Asimismo, damos las gracias a los árbitros anónimos y a María Pilar Navarro Schiappacasse, quienes nos impulsaron a mejorar sustancialmente el trabajo.

Artículo recibido el 18 de marzo de 2024 y aceptado el 17 de junio de 2024.

En particular, se trata de las normas que determinan la vigencia de los actos administrativos, las causales de cesación, los deberes legales de fiscalización y de información del contribuyente, y los principios de irretroactividad y de protección de la confianza.

Argumentaremos en este trabajo que la tasación puede ser modificada con efecto retroactivo solo cuando la omisión, error o falta de actualización de una tasación es imputable a un incumplimiento de los deberes legales del contribuyente consagrados en la LIT; no existiendo en la ley un deber general del contribuyente de monitorear la existencia de defectos en la tasación, sino deberes específicos de entregar información a requerimiento particular del SII. En ausencia de dicho incumplimiento, se debe entender que el defecto en la tasación es imputable al SII, procediendo solo la modificación prospectiva (*ex nunc*) de la tasación y no el cobro retroactivo (*ex tunc*) por aplicación de los principios de confianza legítima e irretroactividad del acto administrativo consagrados en los artículos 26 del Código Tributario y 52 de la Ley N° 19.880.

Para desarrollar este argumento, utilizamos una metodología dogmática y jurisprudencial. Se analizaron las normas pertinentes de la LIT, Código Tributario y de la Ley N° 19.880. En lo jurisprudencial, se hizo una búsqueda de jurisprudencia judicial y administrativa del SII de entre 2009 (fecha de implementación de los TTA) hasta 2023. En lo judicial, dado que muchas causas son reservadas, no se pudo consultar toda la jurisprudencia, pero sí hay una muestra significativa desde el año 2009 hasta el 2023 que da cuenta de las principales tendencias seguidas por los operadores jurídicos.

En cuanto a lo terminológico, las fuentes consultadas usan las expresiones tasación, avalúo o reavalúo, para referirse al acto administrativo que declara el valor fiscal de un inmueble. Nosotros unificaremos la terminología con la expresión "tasación" para referirse a dicho acto, que en todas las fuentes analizadas en este trabajo corresponde a un acto administrativo de avalúo de efectos generales o particulares, que reemplaza a otro anterior.

Este estudio se divide en tres partes. Primero, haremos una descripción del estado del arte en materia de fiscalización y retroactividad del impuesto territorial. Se comienza con la normativa y la doctrina. Luego se hará un análisis de la jurisprudencia administrativa del SII

y la judicial de los TTA y tribunales superiores de justicia.

Segundo, criticaremos la posición que avala de modo irrestricto la aplicación retroactiva de una tasación. En particular, se abordará la retroactividad por disposición expresa de la LIT, la naturaleza declarativa de las tasaciones y la existencia de un supuesto deber general del contribuyente de informar defectos en las tasaciones vigentes. El análisis propuesto permitirá desmotar la idea de que, en todos los casos, las modificaciones realizadas a las tasaciones fiscales deben regir siempre en forma retroactiva.

Tercero, proponemos una nueva comprensión de los deberes de fiscalización y de información del contribuyente para mostrar en qué casos una tasación puede ser modificada en forma retroactiva y cuándo no. Esto incluirá una reflexión sobre la aplicación de la LIT teniendo en cuenta las normas generales tributarias y del procedimiento administrativo; un análisis sobre la vigencia temporal de las tasaciones, y una articulación de los deberes de fiscalización del SII y los de información del contribuyente. Se finalizará con unas breves conclusiones.

I. Fiscalización y aplicación retroactiva del impuesto territorial

1. Análisis de la LIT: doctrina e interpretación administrativa

El impuesto territorial no es de declaración y pago, sino que debe ser determinado por el SII¹, con la colaboración del contribuyente². La LIT establece en su artículo 3° la obligación legal general de la autoridad de reevaluar los bienes raíces cada cuatro años³, y mantener actualizados los roles de avalúo⁴. En un caso especial, cuando se produce una ampliación del límite urbano el SII tiene un plazo de seis meses para efectuar el respectivo reavalúo desde la recepción de la información⁵. La mayor parte de este impuesto va al fondo común municipal⁶. Constituye el ingreso con mayor

¹ MASSONE 2016b, 2147; ASTE 2018, 542.

² ROJAS 2001, 24.

³ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 3°, inciso 1°; Resolución exenta SII N° 131, 2 de octubre de 2020. Ver también, MAGASICH-AIROLA Y NAVARRO-SCHIAPPACASSE 2020, 360-361.

⁴ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 16.

⁵ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 3°, incisos 2° y 3°.

⁶ Decreto Ley N° 3063, de 1979. Artículo 37.

participación en los recursos totales de las municipalidades⁷.

Para aplicarlo la LIT el SII cuenta con potestades de fiscalización⁸. Se trata de una actividad de inspección, medición y comprobación⁹, con el fin de reunir la información necesaria para determinar la base imponible del impuesto territorial en el acto administrativo de tasación y la conformación del catastro de bienes raíces¹⁰. Puede solicitar información a las notarías y conservadores de bienes raíces sobre escrituras públicas e inscripciones; a las municipalidades sobre ampliaciones del límite urbano, permisos, loteos, subdivisiones, aprobaciones sobre la Ley de Copropiedad Inmobiliaria o concesiones; y a las personas naturales o jurídicas propietarias de bienes raíces¹¹.

Las solicitudes de información dirigidas a particulares no deben implicar costos para el propietario. Puede el SII solicitar a los propietarios "una declaración descriptiva y de valor de mercado del bien raíz, en la forma, oportunidad y plazo que el Servicio determine"¹². Con todo, el régimen de la LIT parece estar en consonancia con el general previsto en el Código Tributario, en el sentido que el particular debe responder a los requerimientos de información que le formule el SII¹³.

Además, el SII ha interpretado que existe también un deber general de información por parte del contribuyente, sustentado en los artículos 16 y 28 de la LIT. Los contribuyentes deben entregar a la autoridad toda la información que hayan adquirido en cualquier momento sobre algún "error o falta de actualización de la información registrada"¹⁴. Asimismo, existe una obligación de arrendatarios y corredores de entregar una declaración jurada en el contexto de la declaración de renta, la cual puede incidir en materia de impuesto territorial¹⁵. También el SII puede solicitar infor-

mación a los particulares en el contexto de los procedimientos para rebajar la tasación¹⁶.

Determinado un avalúo mediante la tasación general señalada en el artículo 3º, el SII forma un rol de avalúos para la comuna correspondiente el que es notificado mediante un procedimiento especial previsto en la LIT¹⁷. Este procedimiento permite el cobro anual del impuesto en cuatro cuotas (abril, junio, septiembre y noviembre)¹⁸, cuyo valor se reajusta cada año¹⁹. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del presidente de la República de modificar la periodicidad del pago del impuesto territorial²⁰.

Es usual que ocurran hechos que modifique en valor del predio, por lo que las tasaciones deben hacerse con regularidad²¹. La tasación general puede ser modificada por las causales establecidas en los artículos 10, 11 y 12. Las causales las podemos clasificar en dos grupos. El primer grupo, se refiere a errores u omisiones al momento de efectuar la tasación del predio, lo que se traduce en errores de transcripción, copia, de cálculo, de clasificación, de destinación del predio, por omisión de bienes en la tasación, y por error u omisión en el otorgamiento de exenciones²².

El segundo, se refiere a cambios de circunstancias del predio. En el caso de los predios de la primera serie (agrícolas), el artículo 11 de la Ley 17.235 señala que los avalúos serán modificados además cuando existan construcciones de nuevas casas patronales y alteración de la capacidad potencial de uso actual del suelo agrícola.

Por su parte, el artículo 12 de la misma ley establece que los avalúos de los bienes de la segunda serie (no agrícolas) se modificarán en el caso de existir nuevas construcciones; ampliaciones, rehabilitaciones, reparaciones o transformaciones; demoliciones totales o parciales; nuevas obras de urbanización que aumenten el valor de los bienes tasados y divisiones o fusiones en la medida que impliquen un cambio en el valor del bien raíz.

⁷ CABRERA 2022, 68.

⁸ Entendemos que la fiscalización que realiza el SII en materia de impuesto territorial tiene por finalidad la aplicación del tributo, para lo cual debe realizar una actividad de inspección y control respecto de un tercero, el contribuyente (BARRIGA 2023, 20-21). En relación con el ejercicio de potestades fiscalizadoras en general, véase, en especial, LEAL (2015), JARA y MATURANA (2009), OSORIO y JARA (2017).

⁹ VERGARA 2020, 150-151. En materia tributaria, véase MASBERNAT 2011.

¹⁰ NAVARRO-SCHIAPPACASSE y MAGASICH-AIROLA 2023, 10.

¹¹ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 3º, inciso 4º, y 16.

¹² Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 3º, incisos 9º y 10º.

¹³ Artículo 33 bis N° 1. Código Tributario.

¹⁴ Resolución exenta N° 7, de 2021.

¹⁵ Resolución exenta N° 12, de 2015.

¹⁶ Resolución exenta N° 40, de 2023; Resolución exenta N° 200, de 2010; Resolución exenta N° 65, de 2010.

¹⁷ Ley N° 17.235, de 1998. Artículos 5º y 6º.

¹⁸ Ley N° 17.235, de 1998. Artículos 18 y 22º.

¹⁹ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 9º.

²⁰ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 22º. Artículo 36, Código Tributario.

²¹ ROJAS 2001, 135.

²² Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 10, letras a), b), c), f) y g).

Respecto de los efectos en el tiempo de las modificaciones de avalúos, el artículo 13 de la LIT establece como regla general que estas rigen "desde el 1° de enero del año siguiente a aquél en que ocurra el hecho que determine la modificación, o en caso de no poderse precisar la fecha de ocurrencia del hecho, desde el 1° de enero del año siguiente a aquél en que el Servicio constate la causal respectiva"²³. Tratándose de las modificaciones fundadas en las letras a), b), c) y f) del artículo 10 (a saber, todas errores u omisiones en tasaciones anteriores) rigen desde la fecha de la tasación que contenía el error u omisión²⁴. Respecto de predios en que no hubo tasación debiendo haberse hecho, la nueva tasación rige desde la fecha en que se produjo la omisión, es decir, con efecto retroactivo²⁵.

Corroborando lo señalado el artículo 19 que permite el cobro retroactivo por hasta tres años contados desde que se notifique el rol o giro semestral, suplementario o de reemplazo, según corresponda. De acuerdo con la LIT, los roles suplementarios "contendrán las diferencias de impuesto territorial (...) provenientes de modificaciones que importen un mayor pago de impuesto territorial"²⁶. De esta forma, la LIT permitiría la emisión de giros suplementarios cuando éstos sean consecuencia de una modificación de la base imponible del impuesto territorial (determinado por el avalúo fiscal vigente).

Tratándose de exenciones estas pueden caducar de pleno derecho cuando desaparecen los requisitos requeridos para gozar de ellas por simple pérdida o incumplimiento de las condiciones, en cuyo caso la tasación puede ser modificada a partir del 1° de enero siguiente a la fecha del hecho²⁷. El artículo 13 de la LIT no limita la retroactividad favorable cuando se omite considerar el derecho a una exención en una tasación, de manera que en ese caso podría emitirse un rol de reemplazo retroactivo favorable al contribuyente por existir un pago indebido²⁸.

Dado que el acto administrativo de modificación puede entrar en vigencia después del 1° de enero siguiente al hecho que produce

la modificación, podemos decir que la LIT consagra una regla general de retroactividad de las modificaciones de avalúo²⁹. Asimismo, es habitual que el SII constate la causal de modificación de la tasación bastante tiempo después de que esta se verifica³⁰. En ese caso, la ley establece de modo reglado que la nueva tasación debe regir desde el hecho o desde la fecha de la tasación anterior que se corrige. Por lo tanto, en ese caso, la modificación deberá proyectar sus efectos a una fecha anterior a su entrada en vigencia.

Existe una excepción a esta regla que resultan ser modificaciones que inciden en determinar un menor valor del bien raíz. Se trata de la letra e) del artículo 10 y c) del artículo 12, que se refieren a cambios de circunstancias por "siniestros u otros factores que disminuyan considerablemente el valor de una propiedad, por causas no imputables al propietario u ocupante" y por haber ocurrido demoliciones. El citado artículo establece también de modo reglado que las modificaciones rigen desde el 1° de enero del año en que ocurre el hecho. No obstante, luego señala en forma expresa que en virtud de estas rebajas no procederán devoluciones, de modo que se limita el efecto retroactivo favorable al contribuyente respecto de las cuotas ya pagadas³¹.

La extensiva retroactividad establecida en estas normas tiene una importante limitación: la prescripción de tres años del artículo 200 del Código Tributario³². Por ello, el SII solo puede girar el impuesto territorial con efecto retroactivo tres años hacia el pasado. No procede en este caso aplicar la regla de prescripción de seis años prevista en la citada norma porque ella solo aplica en el caso de impuestos de declaración cuando esta no se presenta o se hubiese presentado una falsa con malicia³³.

2. Jurisprudencia judicial

Los TTA dan curso a reclamos contra los avalúos a través del procedimiento general de reclamaciones (artículo 124 y siguientes del Código Tributario) y del procedimiento especial de avalúos (artículos 149 y siguientes del Código Tributario). El procedimiento general

²³ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 13°, inciso 1°. Ver también, Circular N° 31 (2019); Circular N° 17 (2017) y Circular N° 15 (2017) y Circular N° 28 (2020).

²⁴ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 13°, inciso 2°.

²⁵ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 14°. Ver también, SALAZAR 2017, 4-5.

²⁶ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 19, inciso 2°.

²⁷ Circular N° 15 (2017); Ordinario N° 2450-2010.

²⁸ Oficio N° 1781 (2020); Oficio N° 2284 (2018).

²⁹ ROJAS 2001, 192.

³⁰ GONZÁLEZ 2013, 450; SALAZAR 2017, 9-10.

³¹ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 13°, inciso 3°. Ver también, Circular N° 29 (2010); Circular N° 34 (2017); Circular N° 42 (2019) y Oficio N° 1404 (2010).

³² Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 13°, inciso 4°. Ver también, GONZÁLEZ 2013, 450-451.

³³ Artículo 200, incisos 1° y 2°, Código Tributario.

se puede incoar hasta 90 días después de la notificación respectiva por cualquier vicio en contra de una liquidación, giro, o resolución. Conocerá el TTA respectivo con posibilidad de apelar para ante la Corte de Apelaciones respectiva y casar la sentencia ante la Corte Suprema. El procedimiento especial de reclamo de avalúos de bienes raíces se puede iniciar hasta 180 o 90 días después de notificada una tasación general o su modificación respectivamente, solo por las causales expresamente establecidas en el artículo 149. En contra de la sentencia del TTA conoce de la apelación un tribunal llamado "Tribunal Especial de Alzada" integrado por un ministro de corte de apelaciones del lugar y miembros técnicos designados por el presidente de la República³⁴.

Suelen ser impugnados ante los TTA por los contribuyentes las modificaciones de tasaciones de impuesto territorial, siendo darles efecto retroactivo una práctica recurrente del SII. Existe un grupo de casos en que la tasación de reemplazo y el giro retroactivo del impuesto son dejados sin efecto por falta de fundamentación, a causa de que el SII no señaló los elementos fácticos que sustentaban la decisión³⁵. En otros casos, no obstante, el TEA respectivo ha dejado sin efecto la sentencia del TTA que acogió el reclamo por falta de fundamentación de la modificación de tasación y su giro retroactivo, por no ser ese vicio de aquellos reclamables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 del Código Tributario³⁶. Con todo, el Tribunal Constitucional ha

declarado inaplicable el límite a la impugnabilidad previsto en el artículo 149 por contrariar el artículo 19 N° 20 de la Constitución³⁷.

Existen también otras limitaciones procesales para impugnar tasaciones y sus respectivos giros. Si se impugna el giro de impuesto territorial por la vía del artículo 124 del Código Tributario, de no haberse reclamado la tasación, el giro solo puede ser cuestionado en la medida que no se conforme con la tasación previa (utilizando en forma analógica el concepto de "liquidación")³⁸. Por otro lado, si un giro es impugnado en virtud del procedimiento especial de reclamo de avalúos, se ha señalado que si lo que realmente se impugna es la tasación el plazo de 30 días se cuenta desde la notificación de este último acto administrativo³⁹.

Refiriéndose a la retroactividad en forma específica, existe un grupo importante de fallos que cuestionan el efecto retroactivo de avalúos y sus respectivos giros. En un caso el TTA estimó que no había antecedentes para modificar el avalúo de un predio y que, además, no procedía que fuesen cobradas diferencias respecto de giros ya realizados en el pasado porque el contribuyente que pagó de buena fe estaba amparado por el artículo

dos, el TEA rechazó la apelación del SII por no haberse fundado en alguna causal legal del artículo 149 del Código Tributario, siendo que el TTA ya había acogido el reclamo por la causal de falta de fundamentación la cual no está prevista en la citada norma (ver *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017), considerandos 21° al 28° confirmada en *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* del Tribunal Especial de Alzada de Valparaíso (2017); *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2016), considerandos 17° al 24°, confirmada en *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* del Tribunal Especial de Alzada de Valparaíso (2017)).

³⁷ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 149, incisos segundo y final, del Código Tributario, de 31 de marzo de 2022, considerando 5°, con voto de minoría de los ministros García, Pozo, Silva y Pica.

³⁸ *Pontificia Universidad Católica de Chile con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Santiago Oriente* (2015), considerando 13°; *Pontificia Universidad Católica de Chile con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Santiago Oriente* (2015), considerando 13°; *Weinreich Balze con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Santiago Oriente* (2015), considerando 12°.

³⁹ *Zona Franca de Iquique con Servicio de Impuestos Internos* (2012), considerando 15°.

³⁴ Artículo 121, Código Tributario.

³⁵ *Obispado de Valdivia con SII Región de los Ríos* (2016), considerando 19°, confirmada en *Obispado de Valdivia con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2016); *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017), considerandos 21° al 28°, confirmada en *Valparaíso con Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* del Tribunal Especial de Alzada de Valparaíso (2017); *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2016), considerandos 17° al 24°, confirmada en *Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* del Tribunal Especial de Alzada (2017); *Landea Burchard y otros con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2021), considerandos 39° y 40°; *Vicuña Pérez y otro con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2021), considerando 37°.

³⁶ *Sociedad de Rentas Dalmacia Limitada con Servicio de Impuestos Internos* (2014), considerandos 16° y 17°, revocada en *Sociedad de Rentas Dalmacia Limitada con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Antofagasta del Tribunal Especial de Alzada* (2014), considerando 3°; *Contreras González con Servicio de Impuestos Internos* (2013), considerando 12°, revocada en *Contreras González con Servicio de Impuestos Internos* del Tribunal Especial de Alzada (2014), considerando 4°. En dos casos ya cita-

26 del Código Tributario⁴⁰. También opera el artículo 26 del Código Tributario cuando, al cambiar la destinación y haber nuevas construcciones en un predio, el SII cobra diferencias retroactivas que se originan en un error u omisión del propio servicio, salvo que el contribuyente no hubiese respondido a un requerimiento de información o hubiese impedido que la autoridad conociera el hecho (por ejemplo, si se construye sin permiso de edificación)⁴¹.

En cuanto a las tasaciones retroactivas originadas en la derogación legal de exenciones, sin acudir al artículo 26 del Código Tributario, los TTA han resuelto que es deber SII fiscalizar la aplicación de esas leyes, teniendo el deber de eliminar la exención del rol de avalúos cuando corresponda. De esa manera, si un contribuyente siguió gozando de ella por la omisión del SII, no puede la autoridad luego eliminarla con efecto retroactivo⁴². En un sentido similar, también se dejó sin efecto una tasación en que el SII asignó un destino "no agrícola" a un predio por no haber aportado la contribuyente información en contrario y luego haber girado cobros retroactivos: resolvieron los TTA que si había dudas el SII debió ejercer sus potestades fiscalizadoras⁴³, y no escudarse en la falta de información emanada el contribuyente pues este no es un impuesto de declaración⁴⁴ (salvo, claro está, que hubiese solicitado la información conforme con el artículo 16 N° 3 de la LIT).

Otros procesos muestran que también los TTA han respaldado la acción del SII y los cobros retroactivos de impuesto territorial. En ese sentido, el SII emitió una tasación retroactiva respecto del inmueble de una institución deportiva que mantenía convenios vigentes

con establecimientos educativos, lo que le permitía gozar de una exención. Al no estarse usando el convenio la autoridad entendió que desapareció el hecho que motivaba el otorgamiento de la exención y que se incurrió en la causal de modificación del artículo 10, letra g), de la LIT, rigiendo la modificación desde el 1° de enero siguiente a la ocurrencia del hecho⁴⁵. En forma similar, para gozar de la exención se exige acreditar la vigencia y uso efectivo de convenio, pues de lo contrario SII podrá modificar la tasación y girar retroactivamente e impuesto correspondiente⁴⁶.

Respecto de las causales del artículo 10, letra f), y 12, letra a), sobre omisión de bienes y nuevas edificaciones, el TTA del Bío-Bío sostuvo que el contribuyente tiene un deber de informar al SII nuevas edificaciones que afecten la tasación del predio. Al respecto, se consideró que el SII tiene la obligación legal de modificar una tasación y girar en forma retroactiva la diferencia que resulte si el contribuyente no informa las nuevas construcciones, que son consideradas una omisión en la tasación anterior⁴⁷. En el mismo sentido, respecto del cambio de destino del predio del artículo 10 letra d), la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que no está de buena fe el contribuyente que no avisó al SII el nuevo destino dado al predio que no se condecía con la antigua información contenida en el rol de avalúos, de manera que sí procedía modificar la tasación con efecto retroactivo⁴⁸.

Existe un grupo de casos recientes que dan cuenta de la práctica del SII de dar efecto a sus tasaciones. Sin embargo, en todos ellos la autoridad se ha allanado a la pretensión de la parte reclamante por tener la nueva tasación un defecto que afecta su validez, como un error de transcripción o en el avalúo mismo⁴⁹. Naturalmente, este allanamiento no im-

⁴⁰ *Quiroz Fuenzalida con Servicio de Impuestos Internos* (2013), considerando 36°, confirmada en *Quiroz Fuenzalida con Servicio de Impuestos Internos del Tribunal Especial de Alzada* (2013), que declaró inadmisibile la apelación del SII por no fundarse en causal legal.

⁴¹ *Soc. Turística Inmobiliaria Aventuras Andinas Ltda con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso con* (2022), considerandos 36°, 37° y 38°.

⁴² *Club Gimnástico Alemán de Temuco con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Temuco* (2013), considerandos 16° y 17°; *Inmobiliaria Frontera Country Club con Servicio de Impuestos Internos de Temuco* (2011), considerandos 26° y 27°.

⁴³ *Andrés González Martín y cia. con SII Región de los Ríos con* (2016), considerando 19°, confirmada por *Andrés González Martín y Cia. con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2016); *María Antonieta Gil Muñoz y Cia con SII Región de los Ríos* (2016), considerando 18°, confirmada por *María Antonieta Gil Muñoz y Cia con SII Región de los Ríos* (2016).

⁴⁴ Artículo 21, Código Tributario.

⁴⁵ *Estadio Israelita Maccabi Viña del Mar S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2016), considerando 30°, confirmada en *Estadio Israelita Maccabi Viña del Mar S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017).

⁴⁶ *Sociedad Inmobiliaria Cachagua S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2015), considerando 9°.

⁴⁷ *Sáez Gutiérrez con SII Director Regional de Concepción* (2016), considerando 9°.

⁴⁸ *Bodegas San Francisco Limitada con Servicio de Impuestos Internos XIV DR Stgo. Poniente* (2023), considerando 13°.

⁴⁹ *Reyes García y otros con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2024); *Lira Ramírez con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2023); *Celedón González con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2023); *Celedón González con Servicio de Impues-*

pide que luego en el futuro la tasación vuelva a hacerse con el mismo efecto, aunque en los pronunciamientos constan los argumentos de los reclamantes dirigidos a cuestionar el efecto retroactivo de la tasación.

En contra de las actuaciones del SII también se han interpuesto acciones de protección ante las Cortes de Apelaciones. No hay información de alguna que haya sido acogida, sino que son todas rechazadas por no ser la protección la vía idónea para conocer de estos asuntos o por extemporaneidad⁵⁰. Las cortes de apelaciones también pueden conocer de estas causas cuando se interponen apelaciones de acuerdo con el procedimiento de reclamación general del Código Tributario, procediendo luego el recurso de casación ante la Corte Suprema. Asimismo, existe un caso iniciado por una acción de vulneración de derechos que da cuenta de un giro retroactivo al momento de realizarse la cobranza, pero que fue acogido por otros defectos en el procedimiento administrativo⁵¹.

La Corte Suprema ha estimado que era inválido el acto administrativo que modificaba con efecto retroactivo la tasación pues el artículo 13 había que entenderlo en armonía con el artículo 26 del Código Tributario y la prohibición del artículo 19 N° 20 de la Constitución de no imponer tributos manifiestamente injustos⁵². También la Corte Suprema ha aplicado el artículo 26 del Código Tributario para restringir la retroactividad en un caso de omisión de bienes⁵³.

tos Internos V DR de Valparaíso (2023); Valdés Celedón con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso (2023).

⁵⁰ *Fuentealba Macaya con Director Regional VIII SII (2017)*, confirmada por *Fuentealba Macaya con DR VIII Servicio de Impuestos Internos (2017)*; *Inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. con SII, Dirección Regional Octava Región (2011)*, confirmada por *Inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. con SII, Dirección Regional Octava Región (2011)*; *Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. con SII (2004)*. En *Baquedano Espinoza con Director Regional SII del Maule (2016)*, el SII subsanó el reclamo del contribuyente y dejó sin efecto la tasación y su giro retroactivo, por lo que el tribunal rechazó la acción. En *Cortes Jeffs con SII de San Antonio (2015)*, el tribunal acogió un recurso contra un giro retroactivo por pérdida de los requisitos para gozar de una exención, sin embargo, en *Cortes Jeffs con SII de San Antonio (2016)*, se rechazó el reclamo por extemporáneo.

⁵¹ *Sociedad de inversiones San Fabián SpA con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte (2023)*.

⁵² *Magasich Airola con Servicio de Impuestos Internos (2017)*, considerandos 10° y 11°. En ese mismo sentido, *Magasich Airola con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso (2017)* y SALAZAR 2017, 12-15.

⁵³ *Ramon Prieto Tres Palacios con Servicio de Impuestos Internos (2013)*, considerandos 7° y 8.

En otro, originado en un procedimiento de reclamación general, estimó que no era posible asimilar la tasación a una liquidación para efectos de aplicar el límite a la impugnabilidad del artículo 124 del Código Tributario respecto de los giros de impuesto. Por ello, dejó sin efecto la sentencia que declaró inadmisibles el reclamo tributario interpuesto en contra del giro retroactivo del impuesto territorial y, en lugar de ello, lo acogió dejando sin efecto los giros suplementarios⁵⁴. Un tercer pronunciamiento de la Corte Suprema rechazada una casación interpuesta por el SII con un planteamiento similar a los fallos ya citados⁵⁵.

El planteamiento de la Corte Suprema no se basa en negar el tenor literal del artículo 13 de la LIT. Más bien, entiende que esas normas tendrían un vacío en cuanto que no distinguen la buena o mala fe de los contribuyentes frente a las modificaciones de tasación y sus giros suplementarios. Por otro lado, argumenta también que el impuesto territorial hay que entenderlo de forma que no resulte ser un tributo manifiestamente injusto (artículo 19 N° 20 de la Constitución). Concluye que el SII no puede dar efecto retroactivo a una tasación a menos que se acredite mala fe del contribuyente, es decir, que el error en una tasación previa le sea imputable o haya ocultado información que tenía el deber de entregar. Ahora bien, también existe una importante opinión de minoría que opta por una aplicación estricta y literal del artículo 13 de la LIT, señalando que no existen razones para apartarse del tenor literal de dicha norma⁵⁶.

Por último, también la Corte Suprema ha conocido de recursos de queja interpuestos contra las sentencias dictadas por los tribunales especiales de alzada. De ellas, se registra una sola que hace mención al cobro retroactivo del impuesto territorial que declaró inadmisibles un recurso de queja. Ahí un voto de minoría cuestiona el efecto retroactivo de una modificación de tasación sin que se cumplirían los requisitos del artículo 10, letra d), de la LIT⁵⁷.

⁵⁴ *Díaz Mena con SII DR Valparaíso (2018)*, considerando 6° sentencia de casación y 1° de la sentencia de reemplazo.

⁵⁵ Ver, *Club Deportivo Atlético Comercio con SII VII DR Talca (2017)*, confirmada por *Club Deportivo Atlético Comercio con SII (2019)*.

⁵⁶ *Club Deportivo Atlético Comercio con SII (2019)*, voto de minoría del ministro Dahm y *Magasich Airola con Servicio de Impuestos Interno (2017)*, voto de minoría del ministro Dahm.

⁵⁷ *Inversiones Puerto Claro Ltda. (2011)*.

II. Críticas a los supuestos de retroactividad de la LIT

1. Retroactividad por disposición expresa de la LIT

El primer supuesto en que descansa la aplicación retroactiva de las retasaciones del impuesto territorial es en el tenor literal del artículo 13 de la LIT. Según esta norma, las modificaciones de avalúos rigen desde la fecha del hecho que motiva el cambio o desde el 1° de enero siguiente a la constatación de la causal de no poderse determinar la fecha. En los casos de errores u omisiones, el nuevo avalúo rige desde ese momento⁵⁸.

La Ley N° 19.880 regula la irretroactividad del acto administrativo en su artículo 52. La mencionada norma establece que “los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”. De este modo, la regla general es que los actos administrativos solo rijan para el futuro, es decir, desde su publicación⁵⁹. La regla contiene una excepción legal referida a los actos de contenido favorable, que no sería el caso de la tasación de bienes raíces. Valdivia afirma otras dos excepciones: los actos interpretativos y el acto de invalidación⁶⁰.

Dicho lo anterior, como ocurre con la retroactividad de la ley⁶¹, dado que el principio está consagrado en una norma de rango legal nada impide que el legislador haga una excepción al principio y entregue la potestad de dar efecto retroactivo a un acto administrativo. Ese sería el caso de la tasación de bienes raíces, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la LIT. Por lo tanto, se podría concluir que el SII está obligado a aplicar la tasación con efecto retroactivo por ordenarlo así la legislación.

Sin embargo, esta interpretación es equivocada porque prescinde de aplicar otros preceptos de otros cuerpos legales referidos a esta materia. Con ello, se incurre en el vicio denunciado por Celso en el Digesto, quien señala: “[e]s contra derecho juzgar ó responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley”⁶².

Los actos administrativos de tasación y retasación del impuesto territorial deben operar por regla general solo con efecto *ex nunc* por aplicación de las normas sobre vigencia temporal y cobro de los tributos, y por las normas sobre vigencia temporal de los actos administrativos.

Lo que la jurisprudencia contraria a la aplicación retroactiva de las tasaciones le reprocha al SII es justamente eso. Pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia y de los TTA hacen ver la necesidad de integrar la LIT con las normas generales tributarias que restringen la retroactividad, y la restricción a la retroactividad prevista en la Ley N° 19.880⁶³. Apuntan estos fallos a que es necesario integrar la regla del artículo 13 de la LIT con aquellas normas que restringen la retroactividad considerando la existencia de buena fe por parte del contribuyente⁶⁴. Por otro lado, en materia de legislación tributaria, la ley tributaria tiene por regla general efecto solo prospectivo⁶⁵, norma inspiradora de normativa tributaria en general⁶⁶. Lo anterior se puede extender a las tasaciones pues las normas generales del procedimiento administrativo establece reglas similares sobre efectos desde la entrada en vigencia y restricción de la retroactividad *in peius*⁶⁷. En ese sentido, Massone señala que es preciso restringir aquel efecto retroactivo lesivo de derechos fundamentales⁶⁸.

El examen sistemático de las normas de la LIT, tributarias y del procedimiento administrativo que hacemos no conlleva una prohibición absoluta de la retroactividad. Pensamos que la potestad del SII para dejar sin efecto sus propios actos y corregir con efecto retroactivo la determinación de un tributo cuando ello es necesario producto de un incumplimiento de deberes legales del contribuyente. Un ejemplo de aquel caso es el contribuyente que presentó una declaración errónea o in-

⁵⁸ ASTE 2018, 576.

⁵⁹ CORDERO 2015, 280; BERMÚDEZ 2014, 161.

⁶⁰ VALDIVIA 2018, 198.

⁶¹ CLARO SOLAR 2013, 65; ALESSANDRI et al. 2005, 225.

⁶² Digesto 1.3.24.

⁶³ *Bodegas San Francisco limitada con Servicio de Impuestos Internos XIV DR Stgo. Poniente* (2023); *Magasich Airola con Servicio de Impuestos Interno* (2017), considerando 10° y 11°. Ver también *Díaz Mena con SII DR Valparaíso* (2018), considerando 6° sentencia de casación y 1° de la sentencia de reemplazo. Ver *Club Deportivo Atlético Comercio con SII VII DR Talca* (2017), confirmada por *Club Deportivo Atlético Comercio con SII* (2019). Recientemente, *Bodegas San Francisco limitada con Servicio de Impuestos Internos XIV DR Stgo. Poniente* (2023), considerando 4°.

⁶⁴ Artículo 26 y 8° bis, Código Tributario;

⁶⁵ Artículo 3°, Código Tributario.

⁶⁶ Artículo 4°, Código Tributario.

⁶⁷ Ley N° 19.880 de 2003. Artículo 51 y 52.

⁶⁸ MASSONE 2016a, 885.

completa y luego el SII, sobre la base de antecedentes fidedignos, corrige la primigenia determinación del tributo.

Pero creemos que ello es distinto del caso de una tasación que busca sustituir con efecto retroactivo a otra anterior emitida en forma válida, en una situación donde el contribuyente no ha incumplido deberes legales propios. Para solucionar ese caso, advertimos que el legislador no ha derogado en forma expresa el artículo 13 de la LIT ni tampoco los tribunales han sostenido que deba entenderse como tácitamente derogado.

Por ello, el intérprete debe dar al artículo 13 de la LIT un lugar en armonía con otras normas aplicables, como son los artículos 3° y 26 del Código Tributario y el artículo 52 de la Ley 19.880⁶⁹. Por ello, una respuesta al problema de la aplicación retroactiva del impuesto territorial debiese preferir la interpretación que integre de modo armónico las notas de la LIT, del Código Tributario y de la Ley 19.880. Considerando esto, la respuesta al problema objeto de este trabajo que daremos en la tercera sección considerará que el artículo 13 de la LIT, estando vigente, debe ser interpretado en armonía con las otras reglas igualmente vigentes que restringen la retroactividad en general y del acto administrativo.

2. Naturaleza jurídica de la tasación: ¿declarativa o constitutiva?

La retroactividad de la nueva tasación puede encontrar sustento en la naturaleza declarativa de la tasación o retasación de un inmueble. Todo acto declarativo retrotrae sus efectos al momento en que ocurrió la situación declarada. En consecuencia, si la retasación envuelve la declaración de haberse producido un cambio de circunstancias en el bien tasado, sería válido sostener que ella opera con efecto retroactivo desde dicho momento. Por lo tanto, el artículo 13 de la LIT no sería una verdadera excepción al principio de irretroactividad consagrado en el Código Tributario y en la Ley 19.880, pues la tasación o retasación solo constituye una declaración de cuál es la carga asignada al contribuyente por la ley vigente.

A este argumento se le pueden formular dos objeciones. La primera objeción es que la naturaleza declarativa de un acto no excluye el carácter constitutivo de sus efectos legales. Entender que la tasación solo tiene un efecto declarativo y no constitutivo, requiere asumir

que el tributo se devenga en favor del Fisco *ex lege* sin la mediación del acto de tasación. No obstante, la realidad es que el acto de tasación es un acto administrativo que completa la regulación de la LIT y la aplica al caso particular, determinándose la base imponible en este acto.

Decir que la tasación vigente puede ser modificada con efecto retroactivo equivale a señalar que el acto administrativo de tasación primigenio caduca de pleno derecho por los cambios de circunstancias que afecten al predio o que el impuesto se devenga con total independencia de la tasación vigente, la que tendría solo una función informativa. Por ejemplo, por existir nuevas construcciones, urbanizaciones cercanas o por la simple plusvalía. Estos cambios gatillarían el deber de formular una nueva tasación y, en concepto del SII, el deber de información general haría que el contribuyente esté por definición de mala fe por no informar el cambio de circunstancias.

No obstante, la tasación no caduca de pleno derecho por cambios de circunstancias ni tampoco tiene un rol meramente informativo. La tasación determina un aspecto esencial del tributo que es su base imponible. En palabras de Baraona, una obligación existe verdaderamente "cuando su finalidad pueda ser determinada a partir de los datos que arroje la información radicada en su objeto y que no precise, como algo esencial... de mayores precisiones"⁷⁰. De ahí que, si la obligación legal no cumple con este requisito, será inexistente.

La tasación le da existencia jurídica al impuesto territorial. El impuesto se devenga conforme con la tasación vigente que sea válida. Mientras no opere su extinción, seguirá produciendo efectos conforme con el artículo 3° de la Ley 19.880. Ello cambiaría si la tasación es revocada, invalidada. También cuando es reemplazada por otra en ejercicio de la potestad prevista en el artículo 13 de la LIT. En este último caso, la tasación tiene un efecto declarativo (pues reconoce la ocurrencia del hecho que autoriza la modificación, de los cuales unos son primigenios a la tasación que se reemplaza y otros sobrevinientes) y un efecto constitutivo (pues modifica la carga tributaria del contribuyente a partir de su vigencia).

Se trata de dos efectos conceptualmente distintos. La actividad administrativa que consiste en declarar la existencia de un hecho que incide en la determinación de la base im-

⁶⁹ SALAZAR 2017, 11-15.

⁷⁰ BARAONA 1997, 518.

ponible del impuesto territorial no debe ser confundida con la obligación jurídica que nace para el contribuyente en virtud de ese acto. Al mismo tiempo que el acto puede declarar que, por ejemplo, existió hace cinco años un hecho que justifica un cambio, la obligación puede nacer desde la fecha de entrada en vigencia del acto (*ex nunc*).

En concreto, la obligación del impuesto territorial solo existe verdaderamente una vez que ha sido fijada por la autoridad tributaria. Antes de ello podemos decir que la normativa se encuentra incompleta. Por tanto, el carácter retroactivo de la declaración de ocurrencia de un hecho que admite modificación del gravamen no obsta a que la obligación a la que da sustento opere con efecto *ex nunc* a partir de su nacimiento producto de la fijación de la autoridad.

Uno podría señalar que la distinción entre la declaración del hecho y el nacimiento de la obligación es inútil porque el artículo 13 de la LIT impone de modo reglado la retroactividad en las situaciones que indica, de manera que la obligación queda determinada con efecto *ex tunc*, es decir, desde la ocurrencia del hecho que motiva el cambio. Sin embargo, en el apartado anterior, ya descartamos esa posibilidad. Desde una mirada global del contexto normativo tributario y administrativo, argumentamos que se debe restringir la retroactividad cuando no se verifica un incumplimiento de los deberes legales del contribuyente. Siguiendo esa línea, tampoco la naturaleza declarativa de la tasación impone de modo necesario la retroactividad pues, como decíamos, es posible distinguir la declaración de un hecho y la obligación, la cual se puede imponer desde la fecha del hecho (*ex tunc*) o solo con efecto desde la entrada en vigencia de la nueva tasación (*ex nunc*).

Considerando esto, para aplicar en forma correcta el artículo 13 de la LIT, hay que preguntarse en qué situaciones el sistema jurídico en su conjunto permite retrotraer a hechos pasados los efectos constitutivos del acto administrativo de tasación. Para responder dicha pregunta, será necesario considerar el conjunto normativo que regula el principio de irretroactividad tributaria y de los actos administrativos que se mencionó en el apartado anterior, y el hecho de que la obligación legal-tributaria contenida en la LIT solo está completa una vez que está vigente la respectiva tasación.

3. Deber general de información del contribuyente

El SII también ha fundado la retroactividad de sus retasaciones en el incumplimiento del deber del contribuyente de informar cualquier cambio de circunstancia del bien, lo que sería manifestación de mala fe tributaria objetiva según un sector de la jurisprudencia⁷¹. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró recientemente que el contribuyente que omite informar por propia iniciativa del cambio de circunstancia de su bien infringe el deber de buena fe en la relación legal tributaria, deducible del artículo 1546 del Código Civil, de colaborar lealmente con la autoridad fiscalizadora "...informando oportunamente a aquella todas las circunstancias que modifiquen o alteren la serie en que cabe calificarlo, y que inciden en el avalúo de inmuebles y el pago del impuesto territorial"⁷².

Sin embargo, sostenemos que semejante deber genérico de información no está contenido en la LIT. Más bien, establece el deber del SII de mantener al día las tasaciones y de recabar la información que las municipalidades, notarios y conservadores de bienes raíces tienen el deber de entregar. Y respecto de los propietarios-contribuyentes solo se establece un deber específico de responder requerimientos de información del SII⁷³.

Podría insistirse en que, por medio de una circular, el SII podría interpretar de modo general la normativa con el fin de dejar establecido un deber general del contribuyente de informar los cambios de circunstancias del predio o los posibles defectos en la tasación vigente. De ese modo, se crearía una suerte de "requerimiento general" de entregar información. Esto sería concordante con los deberes de buena fe objetiva del contribuyente, su deber de colaboración en materia tributaria y los artículos 33 y 33 bis del Código Tributario. Sin embargo, al planteamiento descrito se le pueden formular tres objeciones.

Primero, como se dijo, el impuesto territorial es determinado por el SII y no es de

⁷¹ *Andrés González Martín y cia. con SII Región de los Ríos con* (2016), considerando 19°, confirmada por *Andrés González Martín y Cia. con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2016); *María Antonieta Gil Muñoz y Cia con SII Región de los Ríos* (2016), considerando 18°, confirmada por *María Antonieta Gil Muñoz y Cia con SII Región de los Ríos* (2016).

⁷² *Bodegas San Francisco limitada con Servicio de Impuestos Internos XIV DR Stgo. Poniente* (2023), considerando 13°.

⁷³ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 16.

aquellos sujetos a declaración. Entender que el SII puede crear administrativamente un deber general de entregar información haría que el sujeto encargado de determinar el tributo sea el contribuyente, como ocurre con el impuesto a la renta. Sin embargo, desde el punto de vista de la legalidad, pensamos que no resulta válido que el SII cambie por la vía administrativa la naturaleza jurídica del tributo por uno de declaración cuando la ley establece que la base imponible es determinada por la autoridad. Quien tiene el deber jurídico de mantener al día los avalúos es el SII, no el contribuyente.

Segundo, entender que el artículo 16 contiene un deber general de información del contribuyente implicaría, a su vez, que este tiene un deber permanente de monitorear el estado y valor del predio. No concuerda esto con la idea de que los requerimientos de información no le pueden significar costos al contribuyente. Sí concuerda, en cambio, con la idea de que el deber de información solo opera a solicitud del SII, quien tiene el deber de facilitar el cumplimiento evitando que se generen dichos costos.

Tercero, la existencia de un deber general de pagar el impuesto territorial no debe ser confundido con los deberes legales que son de la naturaleza de un cuerpo legal. Es decir, se puede cumplir de buena fe con el impuesto territorial, pero confiando en que será el SII quien determinará la base imponible de modo correcto. Un deber general de entregar información requeriría, en este caso, escrituración y que sea interpretado de modo estricto.

Por otro lado, de concluirse la existencia de un deber genérico y anticipado del contribuyente acerca de los cambios de su inmueble, se producirían dos consecuencias imprevistas e indeseables para el legislador: nunca sería necesario distinguir entre buena y mala fe del contribuyente, pues siempre estaría de mala fe, y el deber de mantener al día los roles de avalúo perdería parcialmente su sentido, pues podría cobrar con la retroactividad máxima de tres años en todas las hipótesis.

Se puede concluir con lo anterior, que la LIT no contempla un deber general de información del contribuyente. Más bien, es el SII quien debe, en virtud de sus poderes de fiscalización, determinar el tributo. Con todo, esto no significa que el contribuyente no tenga deberes en el contexto de la aplicación de este tributo. Sí existen deberes del contribuyente, pero no tienen la extensión de un deber gene-

ral y coexisten con las potestades fiscalizadas del SII. Esto servirá, en la próxima sección, para determinar cuándo el contribuyente se encuentra de buena o mala fe.

III. Deberes de fiscalización y retroactividad en la LIT: una propuesta

1. Aplicación de la Ley N° 19.880 y del Código Tributario

La existencia de errores, cambios de circunstancias o la pérdida de exenciones pueden producir que el contribuyente no pague por concepto de impuesto territorial lo que debiese corresponder de aplicarse en forma correcta la ley. Dentro del marco que produce ese supuesto se puede comprender la retroactividad regulada en el artículo 13 de la LIT. Sin embargo, como argumentamos, la LIT no es una norma aislada, sino que debe entenderse y aplicarse teniendo en cuenta el ecosistema normativo tributario y del acto administrativo.

Comenzaremos analizando el rol de la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo. La actividad del SII podemos entenderla como una de servicio público a cargo de una Administración titular de potestades públicas⁷⁴. Consecuencialmente, le resultan aplicables las normas sobre procedimiento administrativo que son más recientes que la LIT y que tienen reglas expresas sobre vigencia y retroactividad de los actos administrativos. Con ello, surge la pregunta de cómo rige la Ley 19.880 en materia de impuesto territorial: ¿produjo esta ley una derogación tácita de las normas sobre efectos temporales de las tasaciones o solo tiene una vigencia supletoria?⁷⁵ Esta pregunta responderemos a continuación.

Las normas que regulan la vigencia temporal del acto administrativo en la Ley 19.880 son los artículos 3°, 51 y 52. El primero de ellos establece la presunción de legalidad del acto administrativo desde su entrada en vigencia y su ejecutividad inmediata⁷⁶. El segundo establece que su entrada en vigencia se produce desde su notificación o publicación. El tercero señala que el acto administrativo “no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”.

En distintos contextos, se ha presentado el problema de si las normas de la Ley 19.880

⁷⁴ MASSONE 2016a, 57-59.

⁷⁵ VERGARA 2005.

⁷⁶ CORDERO 2023, 548-550.

derogan en forma tácita las reglas especiales que regulan determinados procedimientos o actos administrativos. De acuerdo con el artículo 52 del Código Civil, la derogación tácita opera cuando las nuevas disposiciones son inconciliables con las de la ley anterior. En materia administrativa esto presenta una dificultad importante, pues las normas administrativas especiales (como sería la de retroactividad del artículo 13 de la LIT) siempre pueden conciliarse con una ley general como es la Ley N° 19.880 por la vía del principio de especialidad.

Sin embargo, se podría argumentar que el artículo 52 de la Ley N° 19.880 constituye una base esencial del procedimiento administrativo obligatorio en todos los sectores, incluido el tributario⁷⁷. Así, el artículo 13 quedaría parcialmente derogado en forma tácita. No obstante, esta solución dejaría el SII desprovisto de la potestad de dar efecto retroactivo en la tasación. Ello produciría resultados indeseables en aquellas situaciones en que una tasación es defectuosa o está desactualizada como consecuencia de una conducta antijurídica del contribuyente.

Por estas razones, estamos de acuerdo con la posición de la Corte Suprema que deja subsistente el artículo 13 de la LIT de cara a la Ley N° 19.880, pero aplica los artículos 26 del Código Tributario y 52 de la Ley N° 19.880 en forma supletoria para resolver el caso del contribuyente de buena fe que se ve alcanzado por una tasación aplicada con efecto retroactivo. Se podría estar en desacuerdo con esta posición señalando que la existencia de una norma expresa (como es el artículo 13 de la LIT) excluye la supletoriedad de cuerpos legales más generales como el Código Tributario y la Ley N° 19.880.

No obstante, ello no tiene en cuenta los posibles grados de supletoriedad que pueden existir. Opera aquí una supletoriedad de segundo grado y de tercer grado. De segundo grado, pues la LIT no distingue entre el contribuyente de buena o mala fe, de manera que el artículo 26 del Código Tributario puede integrar ese vacío. De tercer grado, porque la irretroactividad del artículo 52 de la Ley 19.880 es una base que puede servir para interpretar las normas de la LIT⁷⁸.

Por lo tanto, pensamos que la retroactividad del artículo 13 de la LIT debe ser aplicada

en forma restrictiva (considerando el artículo 52 de la Ley N° 19.880) y distinguiendo la buena o mala fe del contribuyente (artículo 26 del Código Tributario). Esta última norma protege al contribuyente que paga el tributo depositando su confianza en la tasación vigente. Interpretamos el citado artículo como una hipótesis de protección de la confianza⁷⁹. No es la buena fe entendida de un modo subjetivo que conduce el problema a la pregunta de si el contribuyente conoce o no el impuesto que realmente debe pagar su predio, pues quien tiene el deber jurídico de determinar el valor del predio es el SII. Tampoco una buena fe objetiva que nos conduce a derivar del deber general de pagar impuestos un deber general de entregar información no contenido en la LIT.

El enfoque correcto es el que se puede lograr desde la idea de protección de la confianza, por el cual el contribuyente pierde la buena fe cuando concurre a la formación del vicio por incumplimiento de un deber propio⁸⁰. En ese sentido, la tasación es un acto administrativo que contiene una interpretación de las normas de la LIT que sirven para determinar el valor fiscal del predio y mientras esté vigente el contribuyente puede pagar de buena fe el tributo confiando en el valor determinado y la calificación jurídica realizada⁸¹.

Según lo expuesto, una tasación o retasación del impuesto territorial sólo podría operar con efecto retroactivo cuando el tiempo transcurrido entre el cambio de circunstancia del bien y el acto de retasación obedece a un incumplimiento normativo imputable al deudor. Fuera de estas hipótesis, la retasación no podría operar con efecto retroactivo *in peius* respecto de un contribuyente de que ha pagado el tributo depositando su confianza en la tasación vigente, por aplicación de los mandatos legales de irretroactividad contenidos en la legislación tributaria y de procedimientos administrativos.

2. Vigencia temporal de las tasaciones

La entrada en vigencia de la tasación es regulada por los artículos 3° y 51 de la Ley N° 19.880. Esta se produce desde que el acto recibe la debida publicidad, regulada en la LIT⁸². Desde ese momento, el acto goza de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad, salvo que medie una orden de sus-

⁷⁷ VERGARA 2005, 47.

⁷⁸ CORDERO 2015, 355-357.

⁷⁹ PHILLIPS 2018, 58.

⁸⁰ PHILLIPS 2018, 48-50.

⁸¹ PHILLIPS 2018, 51-52.

⁸² Ley N° 17.235 de 1998. Artículos 5° y 6°.

pensión administrativa o judicial⁸³. De acuerdo con la doctrina, el acto administrativo cesa de estar vigente por el agotamiento de su contenido, cumplimiento del plazo, caducidad, extinción por la autoridad administrativa o por decisión judicial⁸⁴.

En la LIT no se contemplan causales expresas de caducidad de la tasación ni un plazo específico de vigencia, de modo que esas causales no tienen sustento legal para operar. El agotamiento del contenido del acto podría operar en caso de destrucción del predio (demolición de un edificio de departamentos o una inundación permanente, por ejemplo), aunque tampoco sin respaldo legal. Lo que sí prevé la LIT es la modificación de la tasación por decisión de la autoridad administrativa y las normas generales tributarias por decisión judicial.

Como se ha señalado, las causales de modificación de la tasación están reguladas en los artículos 10, 11 y 12 de la LIT. La legislación habla solo de "modificación", sin distinguir el supuesto subyacente a cada una. Para hacer una distinción, es útil acudir a las categorías de la Ley 19.880: la invalidación del artículo 53 y la revocación del artículo 61.

Hay causales de modificación que responden a la lógica de una aclaración o invalidación del acto administrativo de tasación, institución regulada en los artículos 62 y 53 de la Ley N° 19.880, respectivamente. Tienen en común estas causales el ser defectos o vicios que ocurren en el origen del acto administrativo de tasación, de manera que el acto que rectifica el error o la invalidación se entiende que tiene efecto retroactivo, ya sea porque el acto corrector se entiende incorporado al primigenio o porque se restablece la legalidad con efecto retroactivo⁸⁵. Se trata de los errores de transcripción, copia, cálculo, clasificación y omisión de bienes mencionados en la LIT⁸⁶.

Otras causales responden más bien a la lógica de una revocación. Un cambio de circunstancias hace conveniente modificar una tasación que, en su origen, fue conforme a derecho. Como argumentamos, una tasación ya practicada en forma válida por el ente fiscal no deviene en antijurídica por los cambios de circunstancias en el predio, pues la LIT no

contempla causales de caducidad de pleno derecho. Sin un acto administrativo expreso del SII que interrumpa la ejecutividad de la tasación vigente, el contribuyente puede seguir confiando en ella al pagar el tributo y estará de buena fe mientras no sea modificada en forma expresa o el contribuyente infrinja sus deberes de información⁸⁷. Tal sería el caso del cambio de destinación, existencia de sinistros, nuevas construcciones, alteración de la potencialidad, demoliciones, nuevas obras de urbanización y divisiones o fusiones⁸⁸.

Desde el punto de vista de la Ley 19.880, el contribuyente no tiene un derecho adquirido a mantener la tasación practicada: esta puede ser modificada. Pero eso no es lo mismo que afirmar que pueda tener efecto retroactivo. El artículo 52 de la Ley N° 19.880 y las normas generales tributarias prohíben la retroactividad *in peius*. Por ello, la retroactividad del artículo 13 de la LIT debe ser mirada en el contexto del artículo 52 y del artículo 26 del Código Tributario. Por otro lado, el caso es distinto de aquellos donde la causal subyacente a la modificación es la existencia de una antijuridicidad en la tasación primigenia. Se trata de una tasación válida que está vigente y produce efectos hasta su modificación por un acto administrativo expreso.

Una última causal que es preciso analizar es la que se refiere en el error u omisión en el otorgamiento de exenciones⁸⁹. Una tasación puede contener un error u omisión relativo a exenciones coetáneo a su dictación, lo que produciría una antijuridicidad de la tasación y el acto que la reemplace sería uno de restablecimiento de la legalidad. Pero también el derecho a la exención puede ganarse o perderse por un cambio de circunstancias del predio, cuando pasa o deja de cumplir de hecho a cumplir con los requisitos para una exención; o cuando opera un cambio legislativo que crea o deroga una exención. En este último caso, habrá que estarse a la regulación de la respectiva exención para saber cuál es su vigencia temporal y, por tanto, el impuesto a pagar.

Las distinciones realizadas muestran que cada causal de modificación puede tener tres distintas lógicas subyacentes. Servirá esto en el próximo apartado para determinar la operatividad y alcance de los deberes legales del SII y del contribuyente en la aplicación, fisca-

⁸³ Ley N° 19.880 de 2003. Artículo 3°.

⁸⁴ VALDIVIA 2018, 198-201.

⁸⁵ Sobre la retroactividad de la aclaración, ver ARANCIBIA 2020, 262 y LEPPE 2010, 271-275.

⁸⁶ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 10°, letras a), b), c) y f), y 13, inciso 2°.

⁸⁷ PHILLIPS 2018, 37 y 44.

⁸⁸ Ley N° 17.235, de 1998. Artículos 10, letras d) y e), 11 y 12.

⁸⁹ Ley N° 17.235, de 1998. Artículo 10, letra g).

lización y pago del impuesto territorial; lo que a su vez permitirá determinar la situación de buena o mala fe del contribuyente.

3. Deberes de fiscalización y buena fe tributaria

Resta por resolver cuándo está de buena o mala fe el contribuyente en las distintas hipótesis, para efectos de restringir la retroactividad del artículo 13 de la LIT aplicando el 26 del Código Tributario. Tal norma ha sido interpretada como una manifestación del principio de protección de la confianza propio del derecho administrativo, en el sentido de que el contribuyente que se haya ajustado a una determinada interpretación de la ley tributaria sustentada por la autoridad merece una protección consistente en la restricción de efecto retroactivo de un cambio de criterio⁹⁰. Considerando esto, para decidir cuándo está de buena o mala fe el contribuyente, analizaremos si existe una legítima confianza teniendo en cuenta la extensión de los deberes de fiscalización del SII y los de entregar información del contribuyente.

El artículo 3° de la LIT establece el deber general del SII de evaluar cada cuatro años los bienes raíces sujetos al tributo. En forma adicional, el artículo 16 del mismo cuerpo legal establece el deber de la autoridad de mantener al día los roles de avalúo por medio de la información que suministren notarios y conservadores de bienes raíces, municipalidades y los particulares. Las normas citadas muestran que el sistema que establece la LIT es uno en que la determinación de la base imponible es de cargo de la autoridad y no del contribuyente.

Ya argumentamos que el artículo 16 N° 3 de la LIT no puede ser interpretado o aplicado como un deber general de entregar información del contribuyente, pues eso implicaría invertir la regla general de la LIT y convertir el impuesto territorial en uno de declaración y pago. No impide lo anterior que se entienda que el particular tenga un deber específico de entregar información previo requerimiento del SII. Por otro lado, el artículo 28 establece el deber del contribuyente de facilitar la "visita y mensura de los inmuebles" y a proporcionar la información que el SII solicite.

La LIT establece un deber general de fiscalización y aplicación del tributo por parte

del SII; y un deber del contribuyente de facilitar la inspección del inmueble y proporcionar la información que le solicite la autoridad. Mientras el contribuyente dé cumplimiento a sus deberes legales, puede depositar su confianza en la tasación vigente para efectos del pago del impuesto. Tal cuadro atrae la protección del artículo 26 del Código Tributario. Por tanto, dependiendo de la infracción que subyazca al error o falta de actualización de una tasación podremos afirmar que el contribuyente está de buena o mala fe y, en consecuencia, determinar si procede o no el cobro retroactivo.

Cuando la tasación es modificada por existir una antijuridicidad en su origen (errores u omisiones) es preciso preguntarse por el origen del error u omisión. Si el error u omisión es imputable al contribuyente por haber impedido la inspección, haber ocultado o suministrado información errónea, hay que considerar que se encuentra de mala fe y que el tributo puede ser cobrado con el máximo de retroactividad de tres años. Pero si el error u omisión es imputable al SII por malos cálculos, mensura o por una incorrecta aplicación de la normativa, debe considerarse que el contribuyente está de buena fe y el impuesto solo podría ser cobrado con efecto *ex nunc* por aplicación del artículo 26 del Código Tributario, pues el contribuyente podía confiar en que la tasación vigente es correcta.

La tasación también puede ser modificada por un cambio de circunstancias. En tal situación, hay que preguntarse si la falta de actualización de la tasación le es imputable a una infracción normativa cometida por el SII o por el contribuyente. Estaría de mala fe el contribuyente que impide la fiscalización del SII (con un ocultamiento de bienes, por ejemplo), omite suministrar información o entrega información defectuosa. Pero estaría de buena fe si la falta de actualización se debe al simple retardo del SII de mantener el rol de avalúos al día por falta de cumplimiento de sus deberes de fiscalización.

Por ejemplo, en el caso de una nueva construcción, el contribuyente tiene el deber de solicitar los permisos a la respectiva municipalidad y el SII recabar de ahí la información para mantener el rol de avalúos actualizado. Si el SII retrasa emitir una nueva tasación, no puede fundar el cobro retroactivo en que el particular sabía que debía pagar más, pues él no ha incurrido en ninguna infracción normativa. En tal caso, solo puede modificar la tasación con efecto *ex nunc*.

⁹⁰ PHILLIPS 2018, 58. Para la protección de la confianza como principio del derecho administrativo, ver BERMÚDEZ 2016, 223-238; CORDERO 2015, 109-113.

No estaría de buena fe tal contribuyente si el SII le solicita información para mantener actualizado el rol y este no la suministra o lo hace de modo defectuoso. En ausencia de un requerimiento preciso de información acerca del inmueble por parte del SII, la retasación retroactiva no podría estar fundada en una omisión informativa genérica del contribuyente porque la ley no contempla ese deber. Si el contribuyente no ha sido requerido para informar, el tiempo transcurrido entre el cambio de circunstancia del bien y el acto administrativo de retasación sólo sería imputable al atraso del servicio en ejercer sus potestades de fiscalización⁹¹, razón por la cual la retasación no podría ser retroactiva *in peius*.

De lo anterior se desprende que el deber de fiscalizar el hecho gravado, que da sustento jurídico a la irretroactividad de la retasación, se entiende cumplido una vez formulado el requerimiento específico de información sobre el bien tasado al contribuyente. A partir aquel momento, el particular tiene el deber de informar sobre la situación del bien, de forma tal que la retasación podría operar con efecto retroactivo al instante en que se produjo la pérdida de su buena fe por incumplimiento de aquel deber.

Concuera lo anterior con la posición del Tribunal Constitucional en el sentido de que el aumento de un gravamen por razones de lentitud o tardanza de la Administración en exigirlo sería inconstitucional, pues introduciría una desigualdad ante la ley entre el deudor verdaderamente moroso y el diligente que padece la inacción del acreedor⁹². El cobro retroactivo existiendo buena fe del contribuyente podría constituir, en términos constitucionales, un tributo manifiestamente injusto o arbitrario⁹³.

Podría argumentarse que la tasación no es un acto de "interpretación" que atraiga la protección del artículo 26 del Código Tributario, porque se limita a determinar la base imponible consistente en el valor del bien raíz y no a determinar el sentido y alcance de las normas tributarias. Sin embargo, esta idea

puede ser descartada. Las tasaciones dictadas en aplicación de la LIT sí tienen contenido interpretativo, como muchos actos de aplicación⁹⁴. Las tasaciones deben interpretar las normas de la LIT para determinar el valor del bien raíz, como las que determinan la serie y establecen los distintos supuestos de hecho (artículo 1º, LIT), deben interpretar si concurre una exención (artículo 2º, LIT), debe determinar la tasa (artículo 3º), debe valorar los hechos para ponderar si procede una modificación (artículo 10, 11 y 12, LIT), y en general todas las normas de la LIT que inciden en la determinación del tributo deben ser interpretadas en cada tasación⁹⁵.

Para terminar, se puede abordar de modo particular el caso de las exenciones. Estas suelen tener su regulación propia. Por lo anterior, no son inmediatamente encuadrables en las hipótesis de modificación previstas en la LIT. Hay un error u omisión en el otorgamiento de una exención que es coetáneo a la tasación, habría que estarse a lo dicho para las hipótesis de invalidación o anulación de una tasación. Sin embargo, frente a un cambio de circunstancias esto puede variar. La ley que consagra una exención podría contemplar causales de caducidad para el caso en que el contribuyente incumpla alguna condición o deje de cumplir el supuesto de hecho habilitante. En tal caso, como se dijo, habría que analizar si el error o falta de actualización de la tasación se debe a un incumplimiento del contribuyente (teniendo en cuenta la estructura de derechos y deberes que hay en la legislación especial de la exención) o al incumplimiento de los deberes de fiscalización del SII.

Conclusiones

1. La retroactividad prevista en el artículo 13 de la LIT debe ser entendida a la luz de las normas sobre irretroactividad contenidas en la Ley N° 19.880 y el Código Tributario. Sin que la norma deba entenderse como derogada tácitamente, la retroactividad de la LIT debe ser entendida como excepcional y dirigida a situaciones en que el contribuyente está de mala fe, es decir, que ha incurrido en un incumplimiento normativo relacionado con la determinación y cobro del impuesto territorial.

⁹¹ *Andrés González Martín y Cía. con SII Región de los Ríos con* (2016), considerando 19º, confirmada por *Andrés González Martín y Cía. con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2016); *María Antonieta Gil Muñoz y Cía con SII Región de los Ríos* (2016), considerando 18º, confirmada por *María Antonieta Gil Muñoz y Cía con SII Región de los Ríos* (2016).

⁹² Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2019.

⁹³ Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 20.

⁹⁴ PHILLIPS 2018, 51.

⁹⁵ Desde la filosofía del derecho se puede decir que la comprensión, interpretación y aplicación de la ley forman parte de un mismo movimiento hermenéutico. Al respecto, ver GADAMER 2003, 401.

2. Una tasación fiscal es, por regla general, un acto declarativo de efectos constitutivos. El reconocimiento de un cambio en la situación de hecho de un inmueble no necesariamente obliga a que el tributo sea cobrado también retroactivamente, pues el artículo 26 del Código Tributario impide modificar la tasación en forma retroactiva respecto del contribuyente que se ajustó de buena fe a la antigua tasación. De ese modo, la tasación siempre puede cambiar con efecto *ex nunc*, pero solo podrá tener efecto *ex tunc* respecto del contribuyente de mala fe.

3. Para determinar si un contribuyente está de buena o mala fe es preciso considerar la estructura de deberes de fiscalización e información contenidos en la LIT. Si el error o falta de actualización de una tasación proviene de una omisión en el ejercicio de las potestades de fiscalización del SII, luego el contribuyente puede confiar en la tasación vigente y estará de buena fe para efectos de limitar la retroactividad prevista en el artículo 13 de la LIT. Pero si el error o falta de actualización obedece a un incumplimiento de los deberes del contribuyente de entregar información, deberá considerarse que está de mala fe y la nueva tasación deberá regir en forma retroactiva.

4. El SII debiese considerar modificar su política de determinación y vigencia de las tasaciones fiscales, teniendo en cuenta que por regla general debiesen tener solo efecto prospectivo. La retroactividad estaría reservada para aquellas situaciones en que el contribuyente incurre en algún incumplimiento normativo.

Bibliografía citada

- ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2005). *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*. Tomo I. 7ª edición. Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2020). La potestad de aclaración de los actos administrativos. En Bronfman, Cancela, Martínez y Peredo [editores]. *Política, derecho y constitución*. Estudios en homenaje al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut. Tirant lo Blanch.
- ASTE MEJÍAS, Christian (2018). *Los otros impuestos en la legislación chilena. IVA, impuesto sobre herencias y donaciones, impuesto de timbres y estampillas e impuesto territorial*. Legal Publishing Chile.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997). La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos. *Revista Chilena de Derecho*, 24 (3), 503-523.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2016). El principio de protección de la confianza legítima como fundamento y límites de la actuación de la Administración del Estado. En FERRADA BERMÚDEZ y URRUTIA [editores]. *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau (223-239)*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. 3ª edición. Legal Publishing Chile.
- BARRIGA ALARCÓN, María Paz (2023). *Hacia una teoría general de la fiscalización. Dudas y problemas para iniciar el debate*. Editorial Hammurabi.
- CABRERA TORO, Marcela (2022). *Análisis de los ingresos municipales 2009-2021*. Repositorio.uchile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/191817>
- CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo I. Editorial jurídica de Chile*. CORDERO QUINZÁCARA, Eduardo (2023). *Curso de derecho administrativo*. Editorial Libromar.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. 2ª edición. Legal Publishing Chile.
- GADAMER, Hans-Georg (2003). *Verdad y método*. 10ª edición. Ediciones Sígueme
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Jaime Molinas, Editor.
- GONZÁLEZ ORRICO, Jaime (2013). Notas sobre la recaudación del impuesto territorial. *Revista de Actualidad Jurídica* (28), 443-471.
- JARA SCHENETTTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1-28.
- LEAL VÁSQUEZ, Brigitte (2015). *La potestad de inspección de la Administración del Estado*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 56.
- LEPPE GUZMÁN, Juan Pablo (2013). Efectos retroactivos del acto invalidatorio: interpretación administrativa y judicial (Corte Suprema). *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(2), 271-275.
- MASBERNAT MUÑOZ, Patricio (2011). Potestades tributarias fiscalizadoras y principios constitucionales en dos sentencias recientes de tribunales superiores en España. *Ius et Praxis*, 17 N° 1, 321-330.
- MASSONE PARODI, Pedro (2016a). *Principios de derecho tributario. Tomo I*. Legal Publishing Chile.
- MASSONE PARODI, Pedro (2016b). *Principios de derecho tributario. Tomo III*. Legal Publishing Chile.
- MAGASICH-AIROLA, Álvaro Pablo y NAVARRO-SCHIAPPACASSE, María Pilar (2020). Modificaciones de la Ley 20.732, sobre rebaja del impuesto territorial correspondiente a propiedades de adultos mayores vulnerables económicamente. En María Pilar NAVARRO-SCHIAPPACASSE y Álvaro MAGASICH-AIROLA [coordinadores], *Reforma Tributaria 2020: Principales cambios (357-383)*. Tirant lo Blanch.
- NAVARRO-SCHIAPPACASSE, María-Pilar y MAGASICH-AIROLA, Álvaro-Pablo (2023). Datos personales tributarios, vida privada y acceso a la información contenida en el catastro de bienes raíces: Una propuesta de solución a partir de los derechos del contribuyente. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 12, 1-34.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal, y JARA VILLALOBOS, Camilo (2018). *Fiscalización y sanción administrativa ambiental*, Librotecnia.
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2018). El principio de protección de la confianza legítima en el artículo 26 del Código Tributario. *Ius et Praxis*, 24 (1), 19-68.
- ROJAS RETAMAL, Roberto (2001). El impuesto territorial. Cono Sur Ltda.

- SALAZAR PINTO, Gabriela (2017). *Los efectos de la retroactividad en la determinación del avalúo de bienes raíces*. Repositorio.uchile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168001>.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005). Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En: *Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 31-47). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- VERGARA SOTO, Andrés (2020). Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, 145-165.

Normativa citada

- Circular N° 15 de 2017 [Servicio de Impuestos Internos]. Aplicación de la exención del 100% del impuesto territorial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99 de la ley general de urbanismo y construcciones, contenida en el DFL N° 458, de 1976, del ministerio de vivienda y urbanismo. 22 de febrero de 2017.
- Circular N° 17 de 2017 [Servicio de Impuestos Internos]. Norma aplicación de ajustes al avalúo de terreno a casos particulares de bienes raíces no agrícolas correspondientes a sitios no edificados, propiedades abandonadas y pozos lastreos ubicados en las áreas urbanas. 22 de febrero de 2017.
- Circular N° 28 de 2020 [Servicio de Impuestos Internos]. Imparte instrucciones sobre las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.210, publicada el 24 de febrero de 2020, a la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial, en materia de sobretasa. 9 de abril de 2020.
- Circular N° 29 de 2010. Norma aplicación de rebajas al avalúo fiscal de bienes raíces destruidos o dañados gravemente por sismo y/o posterior maremoto del 27 de febrero de 2010. 15 de abril de 2010.
- Circular N° 31 de 2019 [Servicio de Impuestos Internos]. Imparte instrucciones sobretasa. 12 de julio de 2019.
- Circular N° 34 de 2017 [Servicio de Impuestos Internos]. Norma aplicación de rebajas de avalúo para propiedades destruidas o gravemente dañadas, ubicada en zona declarada de catástrofe. 16 de junio de 2017.
- Circular N° 42 de 2019 [Servicio de Impuestos Internos]. Imparte instrucciones transitorias situación de emergencia. 30 de octubre de 2019.
- Circular N° 48 de 2009. Establece procedimiento para que las municipalidades informen al servicio de impuestos internos respecto de los permisos de obra menor y/o edificación. 21 de agosto de 2009.
- Circular N° 6 de 2014. Norma aplicación de ajustes al avalúo de terreno a casos particulares de bienes raíces no agrícolas habitacionales, estacionamientos y bodegas acogidos a copropiedad inmobiliaria, sitios no edificados, propiedades abandonadas y pozos lastreos reevaluados. 30 de enero de 2014.
- Decreto Ley 830, Código Tributario. Decreto Ley N° 830. Diario Oficial, 31 de diciembre de 1974. D.O. No. 29.041.
- Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.
- Decreto Ley N° 3063. Establece normas, sobre rentas municipales. Diario Oficial, 20 de noviembre de 1996.
- Ley N° 17.235. Fija el texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley sobre impuesto territorial sobre impuesto territorial. Diario Oficial, 16 de diciembre de 1998. D.O. No. 36.240.
- Ley N° 19.880 de 2003. E, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 299 de mayo de 2003. D.O. No. 37.570.

Jurisprudencia citada

- Andrés González Martín y Cia. con SII XVII Direc. Regional Valdivia (2016): Corte de Apelaciones de Valdivia, 3 de noviembre de 2016 (Rol N° 17-2016).
- Andrés González Martín y Cía con SII Región de los Ríos (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región de los Ríos, 13 de julio de 2016 (RIT GR-11-00010-2016).
- Baqueda Espinoza con Director Regional SII del Maule (2016): Corte de Apelaciones de Talca, 15 de febrero de 2016 (Rol N° 3532-2015).
- Bodegas San Francisco Limitada con Servicio de Impuestos Internos XIV DR Stgo. Poniente (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de marzo de 2023 (Rol Tributario y Aduanero N° 244-2022).
- Carolina Landea Burchard y otros con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso (2021): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 20 de diciembre de 2021 (RIT GR-14-00024-2020).
- Celedón González con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso (2023): Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, 24 de julio de 2023 (AB-14-00056-2023).
- Celedón González con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso (2023): Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, 24 de julio de 2023 (AB-14-00057-2023).
- Club Deportivo Atlético Comercio con SII (2019): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2019 (Rol N° 40.212-2017). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Club Deportivo Atlético Comercio con SII VII DR Talca (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 4 de agosto de 2017 (Rol tributario y aduanero N° 27-2016).
- Club Gimnástico Alemán de Temuco con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Temuco (2013): Tribunal Tributario y Aduanero Región de la Araucanía, 3 de julio de 2013 (RIT AB-08-00089-2012).
- Contreras González con Servicio de Impuestos Internos (2013): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Arica y Parinacota, 30 de septiembre de 2013 (RIT AB-01-00007-2013).
- Contreras González con Servicio de Impuestos Internos (2014): Tribunal Especial de Alzada Región de Arica y Parinacota, 14 de enero de 2014 (RIT 3-2013).
- Cortes Jeffs con SII de San Antonio (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de noviembre de 2015 (Rol N° 3572-2015).

- Cortes Jeffs con SII de San Antonio* (2016): Corte Suprema, 13 de enero de 2016 (Rol N° 27.185-2015). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Diaz Mena con SII DR Valparaíso* (2018): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2018 (Rol N° 7965-2017). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. con SII* (2004): Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de marzo de 2004 (Rol N° 4394-2003).
- Estadio Israelita Maccabi Viña del Mar S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 18 de agosto de 2016 (RIT AB-14-00172-2014).
- Estadio Israelita Maccabi Viña del Mar S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017): Tribunal Especial de Alzada Región de Valparaíso, 11 de enero de 2017 (Rol 7-2016).
- Fuentealba Macaya con DR VIII Servicio de Impuestos Internos* (2017): Corte Suprema, 8 de mayo de 2017 (Rol N° 15.487-2017). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Fuentealba Macaya con Director Regional VIII SII* (2017): Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de abril de 2017 (Rol N° 223-2017).
- Inmobiliaria Frontera Country Club con Servicio de Impuestos Internos de Temuco* (2011): Tribunal Tributario y Aduanero Región de la Araucanía, 26 de octubre de 2011 (RIT AB-08-00010-2011).
- Inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. con SII, Dirección Regional Octava Región* (2011): Corte Suprema, 18 de octubre de 2011 (Rol N° 9754-2011).
- Inmobiliaria Socovesa Temuco S.A. con SII, Dirección Regional Octava Región* (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de septiembre de 2011 (Rol N° 874-2011).
- Inversiones Puerto Claro Ltda.* (2011): Corte Suprema, 29 de abril de 2011 (Rol N° 588-2011).
- Lira Ramírez con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2023): Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, 22 de agosto de 2023 (AB-14-00064-2023).
- Magasich Airola con Servicio de Impuestos Interno* (2017): Corte Suprema, 17 de diciembre de 2019 (Rol N° 38.638-2017). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Magasich Airola con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de agosto de 2017 (Rol tributario y aduanero N° 26-2017).
- Magasich Airola con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2017): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de febrero de 2017 (Rol tributario y aduanero N° 89-2016).
- María Antonieta Gil Muñoz y Cia con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2016): Corte de Apelaciones de Valdivia, 3 de noviembre de 2016 (Rol N° 18-2016).
- María Antonieta Gil Muñoz y Cia. con SII Región de los Ríos* (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región de los Ríos, 15 de julio de 2016 (RIT GR-11-00011-2016).
- Obispado de Valdivia con SII XVII Direc. Regional Valdivia* (2017): Corte de Apelaciones de Valdivia, 3 de noviembre de 2016 (Rol N° 17-2016).
- Obispado de Valdivia con SII Región de los Ríos* (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región de los Ríos, 17 de noviembre de 2016 (RIT GR-11-00021-2016).
- Pontificia Universidad Católica de Chile con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Santiago Oriente* (2015): Tribunal Tributario y Aduanero Región Metropolitana, 23 de febrero de 2015 (RIT GR-18-00613-2013).
- Pontificia Universidad Católica de Chile con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Santiago Oriente* (2015): Tribunal Tributario y Aduanero Región Metropolitana, 18 de febrero de 2015 (RIT GR-18-00624-2013).
- Pontificia Universidad Católica de Chile con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Santiago Oriente* (2015): Tribunal Tributario y Aduanero Región Metropolitana, 18 de febrero de 2015 (GR-18-00623-2013).
- Quiroz Fuenzalida con Servicio de Impuestos Internos* (2013): Tribunal Tributario y Aduanero, 28 de junio de 2013 (RIT AB-01-0032-2012).
- Quiroz Fuenzalida con Servicio de Impuestos Internos* (2013): Tribunal Especial de Alzada Región de Arica y Parinacota, 26 de julio de 2013, (Rol 1-2013).
- Ramon Prieto Tres Palacios con S.I.I* (2013): Corte Suprema, 1 de octubre de 2013 (Rol N° 734-2013). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Reyes García y otros con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2024): Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, 7 de febrero de 2024 (AB-14-00077-2023).
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 149, incisos segundo y final, del Código Tributario, 31 de marzo de 2022 (Rol 10.907-2021). Pleno [Inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2019 (Rol N° Rol 4170-17-INA). Pleno [Inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Sáez Gutiérrez con SII Director Regional de Concepción* (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región del Bío-Bío, 7 de diciembre de 2016 (RIT AB-10-00005-2016).
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 1404, 19 de abril de 2010.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 1781, 24 de agosto de 2020.
- Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2284, 31 de octubre de 2018.
- Servicio de Impuestos Internos, Ordinario N° 2450, 29 de diciembre de 2010.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 114, 27 de noviembre de 2017.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 12, 24 de febrero de 2015.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 200, 31 de diciembre de 2010.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 40, 30 de marzo de 2023.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 65, 9 de abril de 2010.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 7, 17 de enero de 2020.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta N° 7, 22 de enero de 2021.
- Servicio de Impuestos Internos, Resolución exenta SII N° 131, 2 de octubre de 2020.

- Sociedad de inversiones San Fabián SpA con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte* (2023): Tribunal Tributario y Aduanero Región Metropolitana, 5 de abril de 2023 (VD-18-00013-2022).
- Sociedad de Rentas Dalmacia Limitada con Servicio de Impuestos Internos* (2014): Tribunal Tributario y Aduanero de Antofagasta, 21 de febrero de 2014 (RIT AB-03-00017-2013).
- Sociedad de Rentas Dalmacia Limitada con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Antofagasta* (2014): Tribunal Especial de Alzada de Antofagasta, 10 de junio de 2014 (RIT AB-03-00017-2013).
- Sociedad Inmobiliaria Cachagua S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2015): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 20 de octubre de 2015 (RIT AB-14-00246-2013).
- Soc. Turística Inmobiliaria Aventuras Andinas Ltda con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2022): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 25 de marzo de 2022 (RIT GR-14-00115-2019).
- Valdés Celedón con Servicio de Impuestos Internos V DR de Valparaíso* (2023): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 24 de julio de 2023 (AB-14-00058-2023).
- Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 25 de enero de 2017 (RIT AB-14-00170-2014).
- Valparaíso Sporting Club S.A con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2016): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 25 de noviembre de 2016 (RIT AB-14-00019-2015).
- Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017): Tribunal Especial de Alzada Región de Valparaíso, 4 de abril de 2017 (Rol 1-2017).
- Valparaíso Sporting Club S.A. con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Valparaíso* (2017): Tribunal Especial de Alzada de Valparaíso, 4 de abril de 2017 (Rol 2-2016).
- Vicuña Pérez y otro con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2021): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 20 de diciembre de 2021 (RIT GR-14-00023-2020).
- Vicuña Ureta y otro con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional de Valparaíso* (2021): Tribunal Tributario y Aduanero Región de Valparaíso, 20 de diciembre de 2021 (RIT GR-14-00025-2020).
- Weinreich Balze con Servicio de Impuestos Internos Director Regional de Santiago Oriente* (2015): Tribunal Tributario y Aduanero Región Metropolitana, 21 de julio de 2015 (RIT GR-18-00041-2014).
- Zona Franca de Iquique con Servicio de Impuestos Internos* (2012): Tribunal Tributario y Aduanero TTA Región de Tarapacá, 28 de agosto de 2012 (RIT AB-02-00003-2012).

Los criterios de sustentabilidad en el contrato público como deber estratégico del estado

The sustainability criteria in the public contract as a strategic duty of the state

Mauricio Figueroa Mendoza¹
Daniella Piantini Montivero²

El presente trabajo tiene como objetivo principal revisar aspectos generales en torno a la contratación pública sustentable o verde, con la finalidad de evidenciar cómo a través del mecanismo de la contratación pública estratégica, el Estado juega un rol fundamental como agente económico en materia de sustentabilidad. Función estratégica que genera la obligación de los Estados de incorporar en sus procesos de contratación criterios de sustentabilidad. A su vez, se explora las posibilidades de incluir dentro de los contratos públicos, cláusulas con criterios de sustentabilidad o ambientales en las distintas fases del *iter contractuales*, evaluando con ello, las posibles consecuencias o efectos que ello pueda provocar, para ello, proponemos dos misiones de la contratación sustentable: la directa e indirecta y su materialización en el proceso en general. Finalmente, se explora el estado de la cuestión en materia de regulación de contratos públicos sustentables en Chile frente a las formas en que se pueden materializar de acuerdo con las misiones propuestas.

Palabras clave: Contratos Públicos, Contratación Pública Verde, principio de eficacia y eficiencia.

Introducción

La preocupación por el medio ambiente como un tema cotidiano para una importante parte de la ciudadanía y los Estados, se ha transformado hoy en día en un deber de ejecución urgente de conductas y políticas para detener el

The main objective of this work is to review general aspects around sustainable or green public procurement, with the purpose of demonstrating how, through the mechanism of strategic public procurement, the State plays a fundamental role as an economic agent in matters of sustainability. Strategic function that generates the obligation of States to incorporate sustainability criteria into their contracting processes. At the same time, the possibilities of including, within public contracts, clauses with sustainability or environmental criteria in the different phases of the contractual *iter* are explored, thereby evaluating the possible consequences or effects that this may cause. To this end, we propose two missions of sustainable contracting: direct and indirect and their materialization in the process in general. Finally, the state of the art regarding the regulation of sustainable public contracts in Chile is explored against the ways in which they can be materialized according to the proposed missions.

Keywords: Public Contracts, Green Public Procurement, principle of effectiveness and efficiency.

avance de los efectos nocivos en la naturaleza, habida cuenta de un cambio de paradigma ambiental que se comienza a manifestar en las esferas internacionales y alejadas del común de las personas, recién en la década de los años setenta, en especial cuando lo que se comienza a quebrar es el paradigma tradicional del desarrollo económico, irrumpiendo tíbamente la preocupación por los temas sociales y ambientales asociados a lo que se podría denominar como el desarrollo sustentable o duradero³.

De esta manera, el paradigma de la acumulación, del utilitarismo, el crecimiento económico que tienen como objetivo principal la satisfacción de necesidades materiales de todo tipo, lo que, sin duda, dominó hasta entrada la segunda mitad del siglo XX sin ningún tipo de contrapeso y consideración en torno

¹ Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile. Abogado, Universidad Santo Tomás. Doctor en Derecho, Universidad Castilla-La Mancha, España. Magister en Derecho de los Recursos Naturales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: mfigueroa13@santotomas.cl. Dirección postal: Avenida Iquique N° 3991, Antofagasta. ORCID: 0000-0002-1196-9904

² Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Antofagasta, Chile. Abogada, Universidad Católica del Norte. Magister en Derecho Público, Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: daniella.piantini@uantof.cl. Dirección postal: Avenida Angamos N° 6001, Antofagasta. ORCID: 0009-0006-0058-9232

Artículo recibido el 18 de marzo de 2024 y aceptado el 14 de junio de 2024.

³ LABANDEIRA et al. 2007, 21.

a los recursos naturales que hacen posible la satisfacción de tales servicios, es más, dicha realidad estuvo gobernada por un paradigma *dominial*, en el que los elementos de la naturaleza se manifiestan a través de una función pasiva, y cuya protección era totalmente indirecta, puesto que se trataba de proteger la salud y la vida de la población, así como la propiedad privada y la industria, pero no directamente a la naturaleza y sus recursos.

En efecto, es tal la situación de crisis y emergencia ambiental, que hace un tiempo se ha venido planteando la idea del riesgo que corre la humanidad, producto de sus propias acciones. Tal como lo plantea Beck, cuando señala que la globalización ecológica nos ha llevado a una "sociedad del riesgo mundial", que pone en peligro la subsistencia de la propia especie y, por tanto, la "civilización se pone en riesgo a sí misma"⁴.

A partir de este diagnóstico general, los Estados se han comprometido con la protección y tutela del medio ambiente a través de sus propias constituciones, adquiriendo un deber de protección y promoción, que se ve plasmado en normativas de base o sectoriales, así como la implementación de instrumentos de gestión ambiental a fin de evitar un mayor impacto ambiental que desencadene en daños irreversibles en el medio ambiente. A nivel internacional, los compromisos de todo tipo, incluidas los ODS y las metas de sustentabilidad a partir de la Agenda 2030, han modelado un estándar de gestión en los Estados, que los ha obligado a incorporar una serie de instrumentos jurídicos o administrativos con criterios de sustentabilidad, incluso la autorregulación de los impactos provocados por su propio actuar, en el entendido, que la actividad estatal, también genera impactos negativos en el medio ambiente y el clima.

El deber del Estado en la tarea de protección, conservación y tutela del medio ambiente lo obliga a crear e instalar estrategias a nivel nacional y regional, incorporando el criterio de sustentabilidad en cada una de las actividades al interior del territorio, lo que no escapa, como se planteó en supra, a la propia labor y actividad de Estado.

En este sentido, uno de los ámbitos donde se vincula la sustentabilidad y la labor estatal ha sido en la contratación pública, dada la importancia desde la perspectiva del mercado y su injerencia a través de las externalidades

negativas que genera todo tipo de industria ligada al comercio, los bienes y servicios.

De acuerdo con los datos proporcionados por BID (2020), en el año 2018, las compras públicas de bienes y servicios por parte de países de América Latina y el Caribe alcanzó cerca de 16.16 % del PIB regional, monto que equivale a más de US\$ 1 billón de dólares al año⁵, la implementación de contratos públicos sostenibles se transforma en una herramienta clave para el cumplimiento de la Agenda 2030.

A partir de lo anterior, es que en este trabajo intentaremos articular y vincular el deber estatal en la protección del medio ambiente con una de las actividades de mayor relevancia y cotidianeidad, como lo es el contrato público, en el sentido de su implementación como parte de la labor estratégica del Estado, junto con explorar la posibilidad de incorporar los criterios de sustentabilidad o ambiental en diversas fases del *iter contractualis*, apelando para ello, a la doctrina comparada, por su mayor desarrollo normativo en la materia, guardando una importante distancia con nuestro país. Del cual también daremos cuenta, a partir de una revisión general de lo que a criterios ambientales respecta en la contratación pública nacional.

I. Administración del Estado y sustentabilidad

1. Sustentabilidad y rol estatal

Hoy día, el desarrollo de los países o Estados se encuentra intrínsecamente vinculado al desarrollo sustentable o sustentabilidad, relación que parece indisoluble, debido a la construcción teórica que se ha ido plasmando desde el ámbito internacional⁶, y, por ende, a través de los compromisos asumido por los Estados, sumado a ello, el aporte doctrinario⁷, jurisprudencial y los compromisos internos de los gobiernos por introducir la política de sustentabilidad, en la política pública general.

La vinculación entre el desarrollo y la sustentabilidad es posible observarla en distintos instrumentos internacionales, tal como la De-

⁴ BECK 2002, 65.

⁵ DE MICHELE y PIERRI 2020, 2.

⁶ DÍAZ 2016, 48.

⁷ De esta manera, la sustentabilidad se advierte en palabras de Díaz, como una "noción acumulativa", en la que el aporte de distintas disciplinas, para su conceptualización, la hace más compleja de delimitar y, por ende, de implementar. DÍAZ 2016, 17.

claración de Río de 1992⁸⁻⁹, en sus primeros principios:

Principio 1. Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Principio 2. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Principio 3. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Así, el tratamiento del desarrollo sostenible ha transitado desde una declaración de intenciones, la configuración como principio del derecho ambiental¹⁰ y como derecho fundamental a un medio ambiente adecuado, limpio o sano. Sin embargo, desde su declaración, el gran problema con el que se ha enfrentado el desarrollo sostenible ha sido su obligatoriedad a nivel internacional¹¹, junto con la implementación a nivel interno por parte de cada Estado. Sin embargo, la incorporación de criterios de desarrollo sostenible en las políticas y actuaciones al interior de los Estados no siempre estuvo garantizado, no obstante, el compromiso a nivel internacional a través de la suscripción de convenios¹².

En el año 2012, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro, marca definitivamente la declaración de los componentes de la sustentabilidad, junto con una ordenación integrada de los mismos, como elementos esenciales del desarrollo sostenible, lo que significa la incorporación de aspectos económicos, sociales y ambientales¹³ en la política sustentable de los Estados. El segundo hito, año 2015 en el que se suscribió la Agenda 2030 con sus 17 ODS (Objetivos de Desarrollo Sustentable) y 169 metas, configurándose como “un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad...”¹⁴.

Los ODS, constituyen por primera vez, metas concretas que incorporan transversalmente la perspectiva de desarrollo sostenible, fortaleciendo el carácter internacional y elevándolo a valor fundamental de la humanidad, lo que ha permitido “incorporar nuevas aspiraciones, metas o problemas”¹⁵. Metas que derivan de un compromiso, que del todo suyo, no generan obligaciones precisas, vinculantes y por tanto exigibles¹⁶, sino, que siguen siendo parte de los instrumentos de *soft law*, de gran inseguridad, jurídicamente hablando. De esta manera, podemos concebir a la Agenda 2030 desde su naturaleza jurídica, como un plan de acción que ha de ser incorporado por todos los países y partes interesadas mediante alianzas de colaboración¹⁷. Por lo que se puede establecer que, la Agenda pertenece al género de las declaraciones internacionales, por lo que carece de vinculación jurídica, en su lugar actúa como un conjunto de principios que sirven de cuerpo para el derecho internacional y a su vez, como base de inspiración de los derechos internos.

⁸ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

⁹ Aunque hay algunas evidencias del desarrollo conceptual del “Desarrollo Sostenible” desde la década de 1950 por autores como Schachter. Véase en STIGLITZ 2006, 11.

¹⁰ Llamado por alguno como el “principio de los principios”, así lo describe Gorosito, “...sobre este principio se estructura hoy el paradigma dominante en el campo del Derecho Ambiental, que está inserto en las normas básicas universales, o de jus cogens a nivel internacional y que ha sido constitucionalizado en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales del mundo”. En GOROSITO 2017, 115.

¹¹ RAMOS y MASBERNAT 2021, 29.

¹² Cuestión a la que podríamos agregar una serie de interrogantes que podrían ampliar el espectro de dis-

cusión, tal es el caso de la consideración del desarrollo sostenible como un principio del derecho ambiental o simplemente un lineamiento guía para los estados; la naturaleza jurídica de ambas opciones y las consecuencias que de ello se desprende. Sin embargo, hemos evitado incorporarlo, por considerar que rebasa las fronteras de esta pequeña presentación.

¹³ A/CONF.216/L.1, 19 de junio de 2012, párrs. 3 y 4.

¹⁴ Resolución N° 70/1 de 2015.

¹⁵ ÁNGEL 2015, 59.

¹⁶ “Un campo especialmente abonado a la utilización de instrumentos de *soft law* es el del desarrollo sostenible. La recurrente falta de acuerdo, la dificultad para el acercamiento de posiciones enfrentadas tanto desde el punto de vista económico como desde el medioambiental, y la existencia de instituciones flexibles y poco consolidadas, abocan a utilizar mecanismos que per se no tienen fuerza vinculante”. En CHICHARRO 2013, 1016.

¹⁷ Resolución N° 70/1 de 2015.

Esté compromiso, si bien jurídicamente no tiene vinculación, el compromiso adquirido por los Estados en el escenario de la crisis ambiental y bajo el contexto del paradigma ambiental, genera en los países miembros el compromiso necesario de hacer propios los ODS e implementarlos de manera transversal en sus ordenamientos. La integración de la sustentabilidad en la política de estado, en las prácticas habituales y en la planificación territorial, estratégica y civil, requiere de instrumentos que contengan los requerimientos mínimos para asegurar la estrategia¹⁸, y esos requerimientos mínimos deben tener una naturaleza vinculante, es decir, deben tener el carácter legal, desde donde se permita dicha expansión.

Como se ha señalado, el Estado tiene un rol rector en materia de sustentabilidad en cuanto garante de derechos fundamentales, en el caso como garante del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, sumado a ello, la necesidad de acelerar la acción estatal en un contexto de paradigma de emergencia ambiental y climática, todo en relación con el cambio de paradigma experimentado en las últimas décadas y que se ha ido acelerando conforme la realidad ha ido presionando. Así, lo entiende también Fracchia y Pantalone, al señalar que:

En cualquier caso, la transición ecológica está en el centro del interés general y en la cima de la agenda política. Bajo la presión de la emergencia climática y medioambiental (que exige una respuesta que sea también cultural, es decir, capaz de producir un significado adecuado, en todos los niveles, incluido el jurídico), estamos asistiendo a un verdadero cambio de paradigma, que, aunque tiene su origen en políticas medioambientales, afecta a toda la sociedad¹⁹.

De esta manera, la urgencia abarca, no sólo a los temas ambientales, sino que se expande a cada ámbito al interior de las sociedades y de los Estados, debiendo transformar las prácticas habituales, en aquellas que, bajo el interés colectivo, incentive el cambio cultural en la ciudadanía y los gobiernos.

2. La sustentabilidad como deber estratégico del Estado

Una de las premisas que hemos identificado en el sentido estratégico del deber estatal, dice relación con la nueva realidad jurídi-

ca-económica de la postpandemia, puesto que los efectos de la globalización exigen una visión estratégica a nivel interno, sin descuidar los factores y la política exterior de cada Estado. A ello, debe agregarse, que, frente a la estrategia de reforzar y fortalecer el mercado interno a través de la contratación pública, se debe implementar el rasgo definitorio de toda administración pública moderna, el cual implica mayor proactividad y menos reactividad, siempre bajo el interés colectivo y general²⁰.

En tanto, Jimeno Feliú señala la forma en qué debe afrontar la profesionalización de la contratación pública el Estado, de tal manera, de alcanzar la condición de estratégica. Para ello se debe incentivar una cultura que sea "responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo"²¹.

Las administraciones públicas, tienen como principal labor, en el marco estratégico de la contratación pública, ser un actor relevante en el impulso de la economía o mejor dicho su funcionamiento, de tal manera que, la iniciativa estatal debe permitir la ampliación y dinamismo de un mercado interior, abriendo oportunidades y evitando frenos indebidos a través de excesivas trabas burocráticas o el rigor formalista que muchas veces se aleja del interés general, en el que claramente se encuentra el medio ambiente y la sustentabilidad del mismo.

El valor estratégico en el mercado de la compra pública tiene como condicionante la reestructuración del sentido de gestión y política pública, alejándose del paradigma del ahorro frente a la eficiencia, por el contrario, debe primar el valor del servicio, más que el precio, a su vez, debe primar la eficiencia y calidad del servicio, en vez del ahorro presupuestario²². De esta manera, planteamos que la gestión estatal en la compra pública debe caminar hacia la modernización de la administración, y cuyo tránsito debe ser desde la burocracia hacia la estrategia.

3. La sostenibilidad como parte de la contratación estratégica del Estado

Sin duda que, dentro de los desafíos estratégicos se encuentra el deber del Estado en la

¹⁸ PAREJO 2015, 33.

¹⁹ FRACCHIA y PANTALONE 2022, 283.

²⁰ GIMENO FELIU 2022, 36.

²¹ GIMENO FELIU 2020, 24.

²² GARCÍA ÁLVAREZ 2020, 327.

protección, conservación y tutela del medio ambiente, lo que exige a éste, la creación de estrategias nacionales que incorporen el criterio de sustentabilidad en su quehacer, alcanzando con ello, a las compras o contratación pública, bajo la denominación de compras públicas verdes. Importancia que viene a su vez impulsada desde el ámbito internacional en el sentido de entender la sostenibilidad en sus diversos sentidos dentro del desarrollo, el que debe necesariamente ser asumido por cada uno de los Estados, así lo entiende Cozzio:

De igual importancia es la acción global para el desarrollo sostenible esbozada en la agenda 2030, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Agenda es portadora de una visión sobre las diferentes dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social, ambiental y de gobernanza)²³

Una herramienta estratégica para el cumplimiento de estos derechos es la contratación pública sustentable, la que a su vez tiene como objetivo que todo el *iter negocial*, desde la elaboración de las bases de licitación o trato directo, la elección del proveedor, hasta la ejecución del contrato considere las consecuencias medio ambientales de todo el ciclo de vida del producto o servicio contratado por el Estado.

Por medio de la valoración de los factores ambientales en los procesos de compra es que se pretende contribuir a la eficacia en el uso de los recursos públicos y a un gasto público orientado en el cumplimiento de criterios ambientales, ya que un gasto público sin orientación podría generar problemas ambientales. Resulta primordial, que el esfuerzo estratégico implique no solo la actuación de lo público, sino que también, del privado en el sentido de modificar los patrones de producción y consumo, por los planificados a través de políticas públicas y cuya competitividad se encuentre ligado a la sostenibilidad²⁴.

4. Principio de eficacia y eficiencia como criterio diferenciador de la Contratación pública sostenible.

Es así como los criterios de sustentabilidad aplicados en la contratación verde propenden a la materialización de uno de los principios que regulan el sistema de compras en Chile, a saber, el principio de eficacia y eficiencia, el

cual, en palabras de José Luis Osuna, se puede definir como:

Eficacia: Nivel o grado en el que se alcanzan los objetivos de un programa. Eficiencia: Es la relación entre resultados de una actividad y los recursos usados para conseguir los mismos. Las medidas de eficiencia pueden ser usadas en el análisis de programas alternativos para ver si el mismo efecto podría ser el alcanzado con menos recursos²⁵.

Este último principio rige la actividad estatal y que no es ajeno a la actuación del Estado en materia de contratación pública en Chile, dado que es posible ubicar su regulación en la Ley N° 19.886, en su artículo 6, el que establece que la Administración "deberá propender a la eficacia y eficiencia y ahorro en sus contrataciones"; y en el artículo 20 Reglamento de la Ley de Compras, al establecer las reglas para la determinación de las condiciones de la licitación, que:

Las Bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

La Entidad Licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio. En la determinación de las condiciones de las Bases, la Entidad Licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.

Como se advierte, los principios que regulan la contratación pública en Chile, y en especial el principio de eficacia y eficiencia, resultan un mecanismo para el cumplimiento de los criterios ambientales, principios que determinan los límites de la actuación del Estado y que obligan a éste a dar cumplimiento al mandato constitucional de someter íntegramente a derecho sus actos.

Así lo sostiene Díaz Bravo al señalar que:

...los principios de la contratación pública constituyen una columna central de esta disciplina del derecho administrativo, donde, por una parte, todos y cada uno de los principios se encuentran en

²³ COZZIO 2022, 126.

²⁴ MEDINA ARNAIZ 2022, 124.

²⁵ OSUNA LLANEZA 2000, 162.

estrecha relación unos con otros, constituyendo un sistema coherente y armónico donde no se puede pretender excluir o preferir alguno sobre otro, de modo que el incumplimiento de la obligación de alguno de ellos puede suponer la vulneración en cadena de los demás, afectando no solo los derechos individuales de las personas –naturales o jurídicas– sino que aun más, afectando las propias bases del Estado democrático de derecho”. “Los principios en la contratación pública son tanto fuente creadora de normas, como asimismo el parámetro legitimador de la actividad estatal cuando este se presenta como un agente económico que pretende satisfacer las necesidades públicas por medio de la interacción con los particulares, actuando dentro del diseño arquitectónico de los sistemas globales de contratación pública, determinados por los principios de esta disciplina del derecho.²⁶

En este orden de cosas, la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia y en general de los principios que rigen la contratación pública, constituyen una de las exigencias que la Administración debe observar en su actividad y en el ejercicio de sus funciones. No obstante, constituir un principio esencial de la contratación pública la búsqueda de la eficiencia de los recursos públicos, la vertiente sustentable, descarta el objetivo primordial y único de la Administración, sea exclusivamente el objetivo económico²⁷.

En suma, los criterios de sustentabilidad propenden a la materialización de uno de los principios que rigen la contratación pública, a saber, el principio de eficacia y eficiencia. Principio que como se indicó constituye una exigencia para la actuación de la Administración. De esta manera, la contratación verde o sustentable estratégica implica, tal como ya se mencionó in supra, modernizar el sistema, ir más allá del procedimiento de adjudicación o el precio en el que incurre la administración en los bienes o servicios contratados, tal como lo señala Medina Arnaiz:

La adjetivación de la contratación pública como sostenible supone atender a objetivos de interés general desde la normativa contractual más allá de regular los procedimientos de adjudicación de las entidades del sector público. De forma

genérica, se alude a una contratación pública sostenible para referirnos al hecho de que la inversión pública que acompaña la contratación tenga en cuenta o impulse objetivos beneficiosos para toda la sociedad²⁸.

Lo que implica, generar una sinergia entre los distintos actores, las dimensiones económica, social y ambiental o se sustentabilidad, mediante una gobernanza efectiva por parte de la Administración²⁹⁻³⁰.

II. Contrato público verde o sustentable

1. Contratos administrativos o públicos como categoría jurídica-administrativa

En esta primera parte, queremos reseñar algunos rasgos característicos de los contratos administrativos o públicos, partiendo de la base que estos se encuentran en la esfera de las relaciones de carácter patrimonial del Estado con los particulares, e intentando sistematizar algunas definiciones de la doctrina nacional, para luego proyectarlos a lo que sería el contrato público verde o sustentable.

En este sentido, desde la perspectiva del contrato público como categoría jurídica, un primer bosquejo lo podemos extraer de Bermúdez, el que lo define como “un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un particular y otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones”³¹, en el que se hace hincapié en su naturaleza contractual de

²⁸ MEDINA ARNAIZ 2022, 125.

²⁹ MORENO MOLINA 2018, 16.

³⁰ La debida modernización en la contratación administrativa se orienta en una mayor complejización de la misma, la que de acuerdo a Díaz Bravo tendría tres niveles: “El nivel 1, más básico o burocrático, es el referido al aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, para cumplir con el servicio público; El nivel 2 es el constituido por los objetivos transversales a toda política pública en un Estado democrático de Derecho, como son la promoción y garantía de los principios de igualdad, transparencia, objetividad, imparcialidad, control de la Administración y libre competencia, y; El nivel 3, conformado por los nuevos objetivos de justicia social, inherentes al Estado social y democrático de Derecho, y que se expresan en la contratación pública estratégica como son los fines sociales, medioambientales, laborales, de innovación, de género, de inclusión de personas con discapacidad, entre otros”. DÍAZ BRAVO, 2023, 220.

³¹ BERMÚDEZ 2014, 239.

²⁶ DÍAZ BRAVO 2016, 184.

²⁷ COZZIO 2022, 150; véase también a MEDINA ARNAIZ 2020, 95; PERNAS 2013, 42; GIMENO FELIU 2014, 39-60.

manera obvia junto la innata necesidad de la Administración de insertarse en el mercado de bienes y servicios en general como un demandante poco usual o con mayores exigencias.

A su vez, Soto Kloss, razona sobre el contrato público como "aquel contrato celebrado por ella (la Administración) para la satisfacción de necesidades propias del servicio público y en el cual se contienen las denominadas cláusulas exorbitantes"³²⁻³³. En este sentido la referencia a la utilidad propia de la Administración³⁴, cuyo objeto es la satisfacción de necesidades derivadas de la operación misma, es otro elemento diferenciador que se agrega a su evidente naturaleza contractual.

Celis los define como " aquellos conciertos de voluntades que celebra un órgano de la Administración del Estado, con otras entidades Públicas, o con particulares, para la satisfacción de necesidades colectivas, en el ejercicio de sus potestades exorbitantes y sometidos, por ende, a normas jurídicas de Derecho Público"³⁵⁻³⁶, lo que finalmente evidencia un tercer elemento de la contratación administrativa como categoría jurídica-administrativa, esto es, el interés público al que sirve finalmente la incorporación del Estado al tráfico comercial. Un interés público que se manifiesta en el beneficio general de la comunidad, puesto que el servicio y los recursos destinados para tales efectos, deben ir en beneficio de lo público, descartando los intereses y beneficios privados.

En la misma línea, podemos decir que del interés colectivo y público de los contratos públicos se derivan importantes necesidades de implementación de estándares de ética pública³⁷ en quienes tienen la responsabilidad

de administrar los recursos y los contratos en general, en consecuencia, una herramienta que permita el combate efectivo contra la corrupción³⁸ y otras prácticas que escapan al principio de probidad propiamente tal.

A su vez, este tipo de contratos presentan la particularidad, entre otros elementos, en que una parte es una persona jurídica de derecho público, se trata, por consiguiente, de contratos que se rigen por normas de derecho público que consagran principios tales como el de preeminencia de la administración y cuya regulación se encuentran en una serie de disposiciones recogidas a nivel de principios como de derechos y garantías constitucionales y legales. Otro de los principios aplicados a estas figuras, pueden ser el de libre concurrencia de los oferentes, igualdad de los oferentes, estricta sujeción a las bases, transparencia y

y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público o del gestor público. Y es práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar bien". RODRÍGUEZ-ARANA 2023, 33.

³⁸ El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de "autocorrección" a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre "Contratación pública y gestión de la hacienda pública", donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. A su vez Guichot señala respecto a la corrupción en torno a la contratación pública lo que sigue: "En los últimos años, son muchos, en efecto, los autores que han aislado las diversas manifestaciones de la corrupción en las diferentes fases de la contratación pública, y advertido sobre cómo los contratos públicos son un campo proclive a la corrupción, al favoritismo y a la arbitrariedad. De hecho, los grandes supuestos de corrupción que, en los últimos años, han adquirido mayor notoriedad tienen su origen en malas prácticas de contratación administrativa". GUICHOT 2023, 23; en igual sentido Martínez Fernández cuando señala que: "la manipulación de alguna de las actuaciones en cualquiera de las fases de gestación de un contrato para favorecer ilegalmente a un licitador frente a otros o para otorgarle un beneficio ilícito a costa del erario público, beneficio del que de algún modo participa el gestor público que maneja esa manipulación". MARTÍNEZ 2016, 24; puede complementarse con las opiniones de CERRILLO I MARTÍNEZ 2014; MELLADO 2017; MALARET 2016.

³² SOTO KLOSS 1978, 58-59.

³³ MORAGA 2010, 477.

³⁴ Interesante resulta la distinción a la caracterización de las cláusulas contenidas en los contratos administrativos, puesto que la doctrina española lo entiende como "Prerrogativas de la Administración"; mientras que la francesa como "Cláusulas exorbitantes". MORAGA 2010, 477.

³⁵ CELIS 2019, 442.

³⁶ "La existencia de una regulación especial de Derecho público respecto del contenido y efectos del contrato suscrito por la Administración. Ello da cuenta de que la intención del legislador es establecer un régimen jurídico especial, ponderando de esta forma el interés público que hay en la ejecución del contrato. Este tipo de regulaciones, por regla general, reconocen prerrogativas exorbitantes del Derecho común que permiten a la Administración cumplir con el fin público que motiva al contrato". EN ASENJO 2022, 20.

³⁷ "La Ética pública es, como la Ética en sí misma, una Ciencia práctica. Es Ciencia porque el estudio de la Ética para la Administración pública incluye principios generales

eficiencia y economía. Principios que, en el caso de Chile, se encuentran consagrados en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado reconoce, obligando a los órganos de la Administración del Estado a su cumplimiento. Principios que el Derecho de contratación pública reconoce y que se integran a los Estados como una obligación para la Administración y que deben ser aplicados para resolver las controversias en materia de contratación pública.

Respecto a su denominación, la doctrina nacional ha estimado hacer sinónimo contrato público y contrato administrativo³⁹, por lo que, para los fines de este trabajo, utilizaremos de manera indistinta ambas denominaciones. No obstante, haber en el derecho comparado una parte de la doctrina, como Silvia Díez y en nuestro país Díaz Bravo, quienes disienten de ese criterio, estableciendo diferencias entre ambos tipos de contratos a partir del alcance y la evolución del contenido y los efectos de dicha categoría contractual.

Es así como en un Estado democrático de derecho la contratación del Estado debe estar orientada al ciudadano, pues se trata de un instrumento de realización por medio del cual el Estado contribuye a la materialización del bien común, del interés general, lo que supone reconocer como plenamente aplicables a su respecto las ideas de publicidad, transparencia y control.

Para Díaz Bravo y Rodríguez Letelier, la contratación pública juega un triple rol: el primero, promover y proteger la competencia entre los diversos agentes económicos; el segundo, permitir a la Administración del Estado obtener mejores condiciones económicas para la satisfacción de sus necesidades; y el tercero, poner límites a la Administración para ajustar sus actuaciones a derecho mediante un sistema de control en el que participen activamente los administrados⁴⁰.

Como es posible advertir, el género del contrato público es complejo y no ha estado ajeno a cambios de apreciación en cuanto a su rol, en ese sentido, la contratación pública, mediante la contratación sustentable, estratégica o responsable se ha transformado en una herramienta importante para dar efectividad a las políticas públicas, y permitir al Estado

actuar en el mercado, además de influir en el comportamiento de las empresas con las cuales se relaciona para conseguir objetivos de interés público.

Asimismo, el reconocimiento de políticas horizontales en la regulación de los contratos administrativos, ha significado un fenómeno por medio del cual los Estados buscan asegurar el cumplimiento de leyes generales o incluso establecer exigencias, como, por ejemplo, propiciar la eficiencia y ahorro energético, proteger el medio ambiente, la innovación y el desarrollo tecnológico.

Así. La contratación pública como instrumento de realización para satisfacer las necesidades del Estado y sus ciudadanos, por el enorme volumen de gasto que representa, juega un papel de primer orden en el fomento de la eficacia en el sector público.

2. Instrumentalización de los contratos administrativo desde la política pública

A su vez, los contratos públicos se comportan como instrumentos de política pública⁴¹ en el sentido que deben establecer una conexión directa con las necesidades propias de la comunidad, con objetivos públicos⁴², colectivos, sociales y ambientales, asociados a los principios propios de un Estado de derecho.

De acuerdo con Gimeno Feliú, el fundamento de la contratación pública ha cambiado de forma notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea de la contratación pública como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación pública puede, y debe, diría - ser una técnica que permitiera conseguir objetivos

⁴¹ "...la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como "herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas". GIMENO FELIÚ 2023, 48.

⁴² En este contexto, la contratación como instrumento de política pública debe contribuir a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humanos brille por su presencia. Simplemente y, por ejemplo, con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, ya estaríamos trabajando en esa dirección". RODRÍGUEZ-ARANA 2023, 24.

³⁹ CELIS 2016, 17.

⁴⁰ DÍAZ BRAVO y RODRÍGUEZ LETELIER 2016, 23.

sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo debe canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación alejada de la rígida arquitectura del contrato público y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendido a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁴³.

Conforme a lo expuesto, los contratos públicos, en una visión moderna deben propender a ser una herramienta pública que sirvan al fomento de políticas medio ambientales y de integración social, entre otras. En concordancia con lo anterior, es importante mencionar a la Asamblea General de la ONU, organismo internacional que en línea con la visión moderna de los contratos públicos, el 25 de septiembre de 2015, aprobó la "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", documento que contiene importantes directrices sobre la materia y que conciernen a nuestro país, y que consiste en un plan de acción conformado por objetivos de desarrollo sostenible y metas para poner fin a la pobreza, proteger el medio ambiente, combatir el cambio climático y propender al progreso económico, entre otros objetivos. Dentro de los objetivos de desarrollo sostenible se encuentra el de "promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles de conformidad con las políticas y prioridades nacionales" (N° 12), lo que implica incluir criterios de sostenibilidad en las legislaciones de compras públicas.

Por otra parte, la OCDE, respecto de políticas horizontales en materia de contratación pública, en su guía "Principios de compra pública sostenible", indica que la "buena contratación pública es contratación pública sostenible", lo que conlleva distinguir lo que se está comprando en todas sus etapas, desde la obtención de los materiales hasta la disposición final del producto.

En suma, la contratación pública en la actualidad ha cobrado un rol importante como estrategia para el cumplimiento de

políticas públicas, y como agente económico que adquiere bienes y servicios con fines de interés general, lo que supone un como lo hemos comentado, un instrumento de política pública que requiere cada vez una mayor especialización y porque no decirlo, una más alta profesionalización en general⁴⁴. En consecuencia, no se debe entender a la contratación pública como un simple aprovisionamiento de bienes y servicios de aparato público para dar satisfacción a las necesidades de la burocracia administrativa, ya que como lo señala Díaz Bravo, eso significaría que "retrocedemos en la idea de contratación pública"⁴⁵.

3. Contratación Pública Verde o Sustentable

Como se ha expresado en la actualidad, la contratación pública exige a los Estados, estar a tono con las políticas medio ambientales y de integración social. En este sentido, existe una vinculación necesaria entre la contratación pública y el medio ambiente, tal como lo señala Oller Rubert, cuando nos encontramos ante lo que denomina la "ecologización de la contratación pública"⁴⁶. El deber del Estado en la protección, conservación y tutela del medio ambiente compromete a éste con la obligación de crear estrategias nacionales que incorporen el criterio de sustentabilidad en el quehacer del Estado, lo que sin duda alcanza a la compra o contratación pública, bajo la denominación de compras públicas verdes.

Una definición doctrinal de la contratación pública sostenible o verde puede ser la ensayada por Purificación López, quien la define como "un proceso a través del cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con otras mercancías, servicios u obras con la misma función primaria que se adquirirán en su lugar"⁴⁷⁻⁴⁸. También resulta

⁴³ GIMENO FELIU 2018, 6.

⁴⁴ "La contratación pública se ha vuelto poliédrica, por la necesidad de una especialización de carácter laboral, económico, social jurídica y medioambiental. La profesionalización de los intervinientes en las distintas fases del contrato (órganos de contratación, miembros de la unidad administrativa responsable de la gestión contractual; integrantes de la mesa de contratación, del comité de expertos y de las comisiones técnicas de valoración y del responsable del contrato) es uno de los retos sobre los que pivota el actual sistema contractual que pretende contribuir a hacerlo más eficiente". MEDINA ARNAIZ 2023, 125; en igual sentido véase PALACÍN 2022, 563.

⁴⁵ DÍAZ BRAVO 2023, 219.

⁴⁶ OLLER RUBERT 2011, 335.

⁴⁷ LÓPEZ 2014, 330.

⁴⁸ Para mayor profundización BERTAZZO 2016; LAZO 2014, 44-47; PERNAS 2011; FREITAS 2012, 74-94; entre otros.

interesante la perspectiva de Aliciardi, quien entiende la compra pública verde o sostenible, en los mismos términos que la definición adoptada por el Grupo de Trabajo Internacional de Marrakech de Compras Públicas sostenibles de 2006, definiéndola como aquel:

... proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, obras y servicios públicos obteniendo el mejor valor por el dinero gastado en términos de generación de beneficios no sólo para la organización sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimizan los daños ambientales⁴⁹.

Vale decir, un contrato para efectos del cumplimiento de la función pública, y sin renunciar a la eficiencia económica, debe ir adhiriendo otros criterios a la debida eficiencia, como lo son los aspectos sociales y ambientales, y la búsqueda de un bienestar general.

En el plano nacional, para la Dirección de Chile Compra, según Directiva de Contratación Pública N° 13 "Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público", señala que, deberá entenderse por "contratación sustentable" los procesos de contratación pública de bienes muebles y servicios regidos por la Ley N° 19.886 y su reglamento, en los que se busca un adecuado equilibrio entre los aspectos sociales, económicos y ambientales de las contrataciones que realicen las instituciones del Estado.

Equilibrio que según la directiva N° 13 precedentemente citada no solo debe referirse a las características de las condiciones intrínsecas del bien o servicio requerido, sino que debe aplicarse además en la identificación de las necesidades de la respectiva entidad que requiere la contratación, así como en la definición y características de todo el proceso de contratación, incluyendo a formulación y condiciones de las respectivas bases licitatorias y/o términos de referencia, los criterios de evaluación, y la posterior selección y adjudicación de la o las ofertas que resulten elegidas. Así, los organismos integrantes de la Administración del Estado que procedan a efectuar una compra sustentable deberán tener presente los tres ámbitos indicados, éstos son, el económico, el social y el ambiental en el procedimiento de contratación considerado como un todo, es decir, desde su formulación, hasta la adjudicación y posterior contratación.

La importancia de contar con una definición de contratos públicos verdes o sostenibles radica en la conducta de la Administración del Estado, en orden a la obligación de incorporar criterios de sustentabilidad en su actuar y con ello la modificación de conducta de un consumidor a un consumidor verde o sustentable.

III. Criterios de sustentabilidad en los contratos públicos

1. Tendencia hacia la contratación pública verde o sustentable

En el último tiempo, la tendencia a "ambientalizar" la contratación pública o administrativa, se ha transformado en una parte esencial en la agenda y la política pública de los Estados que conciben como estratégica la incorporación del criterio de sustentabilidad en esta práctica, de modo de establecer reglas de contratación pública a nivel global⁵⁰.

Sin embargo, el transformar la clásica contratación pública hacia lo que se denomina la contratación verde o sustentable, importa aproximarnos a las implicancias que ello tiene. De esta manera, el fenómeno de la ambientalización del contrato público, puede entenderse desde una doble óptica; por un lado, como mecanismo de fortalecimiento en el cumplimiento de las normas ambientales por parte de aquellas unidades que sean parte de la licitación o concurso, lo que podría significar un incentivo al cumplimiento de manera indirecta, además de autorizar a la Administración para exigir el cumplimiento del requisito de cumplimiento de las leyes ambientales; pero por otro lado, puede significar la oportunidad para que la misma Administración incorpore requisitos y condiciones dentro de la propuesta, para que en su ejecución se manifieste una protección directa del medio ambiente.

Lo que por cierto, se ha transformado en una práctica habitual, que implica una serie de cambios en la lógica de los contratos públicos, puesto que se ha comenzado a considerar el factor medio ambiente, bajo mecanismos de protección, que en la manera clásica del contrato no se representaba, tal como se planteó en algún momento del siglo pasado en el espacio político europeo:

Desde la década de los noventa del siglo pasado hemos asistido a importantes cambios en el mercado de la contratación

⁴⁹ ALICIARDI 2022, 299.

⁵⁰ MORENO MOLINA 2011, 24.

pública. Son cambios debidos no sólo al uso progresivo de las herramientas tecnológicas sino también, más profundamente, a la redefinición de las finalidades que rigen la actividad contractual de las administraciones públicas. En particular, como resultado de las políticas europeas, la negociación pública se ha orientado hacia la búsqueda de valores como la protección del medio ambiente, de los trabajadores, de las pequeñas y medianas⁵¹.

Así, la búsqueda de mecanismos que permitan proteger el medio ambiente se traduce, más que en una obligación o deber, en un valor que debe incorporarse a la política estatal, junto con ser parte de la misión estratégica que deben asumir los Estados en particular, más allá del caso de la Unión Europea, donde el deber de protección del medio ambiente a partir de la contratación pública se transformó en un deber comunitario, y por ende bajo una lógica regulatoria de afuera hacia adentro.

2. Cumplimiento de la legislación ambiental como condición de participación (misión indirecta de la contratación pública)

La incorporación de criterios ambientales en los contratos públicos puede perfectamente, utilizarse en las bases de licitación, y específicamente la contratación pública como un móvil para incentivar que quienes compitan para su adjudicación se vean en la necesidad de acreditar el cumplimiento de las normas y compromisos ambientales⁵². Así, es posible concebirlo como un mero instrumento en función de la protección y responsabilidad en materia ambiental, tal como lo expresa Moreno Molina con relación a lo que ocurre con la

legislación comunitaria y española, en el sentido que:

Al trasponer las directivas de cuarta generación sobre contratación pública 29, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP) trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, y de promoción de las PYMES.

El decisivo apartado 3 del artículo 1 establece de forma preceptiva en toda contratación pública la incorporación de manera transversal criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato⁵³.

En tal sentido, cabría sostener que de establecerse una exigencia de cumplimiento ambiental, esta debería de ser en relación al cumplimiento necesario de la norma determinada, y en ningún caso, la imposición de cumplimiento cuando esto no corresponda, puesto que una exigencia sin la debida diferenciación podría significar de entrada una cierta discriminación en relación aquellos contratantes, que por su volumen de actividad, no responden a normas, reglamentos o actos administrativos de carácter ambiental.

Entonces, el cumplimiento ambiental, en sentido positivo, implica el cumplimiento de aquellas normas o compromisos ambientales de carácter administrativo de quien intenta contratar con la Administración, cuando corresponda someterse a ella, y no la sobre exigencia a quién no corresponda, por lo que se trataría de un requisito diferenciado. Verbi-gracia, quién opera a partir de una resolución de calificación ambiental (RCA), parte de esa exigencia corresponde al cumplimiento íntegro de las obligaciones contenidas en aquel acto administrativo, además de todas aquellas exigencias y deberes que la norma jurídica ambiental le impone⁵⁴.

⁵¹ COZZIO 2022, 150.

⁵² Que, para el caso de Chile, estos últimos pueden estar referidos al cumplimiento de las obligaciones contenidas en una Resolución de Calificación Ambiental, en un programa de cumplimiento o en medidas adoptadas a propósito de algún procedimiento contencioso ambiental. Para efectos de cumplimiento de una RCA, se vuelve fundamental que los titulares de proyectos puedan hacer uso de la aplicación del instrumento consagrado en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 para efectos de revisar las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento o monitoreo, de cualquier clase, sobre las cuales fueron establecidas las condiciones, medidas, exigencias, acciones de control o compromisos ambientales voluntarios, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado, tanto para Estudios de Impacto Ambiental, y desde el 01 de febrero de 2024 ampliado a las Declaraciones de impacto ambiental. Esta última ampliación a partir de la publicación del DS N° 30, de 22 de agosto de 2023 del Ministerio de Medio Ambiente que modifica el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, DS N° 40 del año 2012 del Ministerio de Medio Ambiente.

⁵³ MORENO MOLINA 2023, 80.

⁵⁴ Sin embargo, nos preguntamos si ¿Se puede entender cumplimiento cuando habiendo transgredido la RCA, un titular ha utilizado la herramienta de autodenuncia y se encuentra en ejecución de planes de reparación, mitigación o compensación aprobados por la Superintendencia del Medio Ambiente? Sin duda, que en caso hipotético que estamos aplicando a la realidad nacional, podría significar ciertamente un verdadero problema, si no se tiene en consideración, lo que hemos venido señalando desde el inicio, en orden a que el sentido del contrato verde es

Si lo llevamos al caso particular comparado, es posible vincular en España el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, que si bien no regula directamente su implementación en la contratación pública, si es posible asumir su aplicación a través del Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, específicamente a través del Plan de Contratación Pública Ecológica 2018-2025⁵⁵, en cuyo acápite sexto del anexo se establece que:

la inclusión en el proceso de contratación de los 20 grupos de bienes, obras y servicios prioritarios que trata el Plan de un criterio de adjudicación que valore la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo) o esquema similar, en el marco de lo previsto en las Directivas sobre contratación y en la legislación de desarrollo. Este registro garantiza que la organización no solo calcula las emisiones derivadas de su actividad, sino que también tiene en marcha un plan de reducción. Esta inclusión, se realizará de manera gradual por cada órgano de contratación.

De tal manera que, la Administración deberá aplicar en la contratación pública de sostenibilidad en los posibles criterios de selección, los criterios de adjudicación, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales de ejecución de los contratos relativos a los bienes, obras y servicios⁵⁶.

comportarse como un incentivo al cumplimiento de la legislación ambiental.

⁵⁵ Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

⁵⁶ A nivel autonómico es posible identificar la aplicación especial de dicha obligación, a través de La Ley andaluza 8/2018 regula el Registro de la huella de carbono de productos y servicios, tal como lo plantea su artículo 53, el que señala: "En las licitaciones que lleven a cabo la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir en cualquier fase del procedimiento la necesidad de disponer del cálculo de una huella de carbono, en el sentido indicado en la normativa de contratación pública".

Por otro lado, si lo analizamos en el sentido negativo, si bien no se comporta como instrumento directo de control del cumplimiento ambiental, sí restringe las posibilidades de contratar con la administración, por lo que indirectamente se vuelve un incentivo de cumplimiento, puesto que se estaría dando aplicación a lo que Medina Arnaiz ha señalado, a modo de principio, o según nosotros, un cuestionamiento vinculante ¿quien contamina no contrata?⁵⁷ Así, el incumplimiento puede estar determinado, por el incumpliendo de una Resolución de Calificación Ambiental o a través de cualquiera de las causas que motivan una sanción administrativa ambiental a través de procedimiento contencioso llevado por la Superintendencia del Medio Ambiente. Lo que a su paso, abre la interrogante en cuanto a si quedan dentro de la calidad de incumplimiento aquellos instrumentos de incentivos al cumplimiento ambiental⁵⁸, tales como la auto-denuncia (Artículo 41 de la LOSMA), el plan de cumplimiento (Artículo 42 de la LOSMA) o el plan de reparación ambiental (Artículo 43 de la LOSMA), este último fuera de la categoría de incentivos al cumplimiento, pero teniendo en consideración que previo a cualquiera de estos instrumentos hay algún tipo incumplimiento ambiental.

Finalmente, creemos que una exigencia como la que acabamos de describir podría operar efectivamente para fines indirectos del contrato público, pero directamente como instrumento de control del cumplimiento de las leyes ambientales bajo la previsión de dar solución a problemas de interpretación que puedan enervarse ante el posible cumplimiento de las sanciones administrativas, entendiéndose como cumplimiento en definitiva; con ello, es importante vincularlas en términos de gradualidad a infracciones que revistan tal gravedad, que junto a la sanción pecuniaria o material, pueda incorporarse la de prohibición, lo que no necesariamente podría significar un conflicto con el principio de libre concurrencia consagrado en el artículo 9º de la Ley N° 18.860⁵⁹.

⁵⁷ MEDINA ARNAIZ 2018, 53.

⁵⁸ HERVE y ARIAS 2023, 12.

⁵⁹ Creemos que corresponde a un principio del cual no es posible prescindir debido a su importancia en torno al interés público y a valores como la libertad y la igualdad. Así lo concibe también la Contraloría General de la República, que en su Dictamen N° 12.142 de 2019 señala: "es uno de los principios que rige las contrataciones que lleva a cabo la Administración (...), en cuya virtud se propende a la mayor participación de propuestas posibles, ya que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de

3. Clausulas ambientales en el contenido del contrato (misión directa de la contratación pública)

Cuando las exigencias ambientales o sustentables se trasladan al contrato propiamente tal, se abre una serie cuestionamientos en torno a la etapa donde se deban incluir dichas cláusulas, ya que estas pueden ubicarse en las bases de licitación como un requisito que atiende a la capacidad ambiental anticipada de quien intenta contratar con la administración, o a la capacidad ambiental en la ejecución del contrato, lo que necesariamente podría significar poner a prueba la capacidad ambiental previa, o en su defecto probar el desarrollo de la capacidad sobrevenida ambiental, en el sentido, que la exigencia en la especificación técnica y protectora del medio ambiente, se requiera en la operación de la obra o servicio.

La incorporación del requisito de cumplimiento de la legislación ambiental, de forma previa por parte de quienes participan en la licitación, puede coincidir con aquellas cláusulas del contrato que se establezca en esta fase previa, como un criterio de selección de licitadores, coincidiendo con lo que hemos denominado la misión indirecta del contrato público sostenible. Sin embargo, creemos que la misión directa se satisface cuando se incorporan cláusulas ambientales como criterios de adjudicación en la fase de ejecución del contrato, es decir, el establecimiento de supuestos que deben incorporarse en la ejecución del contrato por parte de quien se adjudica la licitación. De esta manera, también es posible agregar a modo de cláusula la valoración de la solvencia y capacidad ambiental del licitador⁶⁰.

En la experiencia comparada, pareciera haber acuerdo que, las cláusulas ambientales puedan estar presente en cualquiera de las fases del *iter contractualis*, sin embargo, es recurrente encontrarlas entre los criterios de adjudicación o para la ejecución de obras donde la protección y cuidado del medio ambiente sea de mayor sensibilidad. Así, lo entiende Galán Vioque:

...las cláusulas ambientales hayan operado habitualmente en relación con los criterios de adjudicación de forma que la acreditación de unos requisitos ambientales serviría para recibir una mayor puntuación, con la que, por otra parte,

se podría compensar el mayor precio ofrecido... Otro ámbito en el que las cláusulas ambientales pueden jugar un papel interesante es en relación con las obligaciones especiales de ejecución, es decir, respecto de aquellas obligaciones que podrían ser de carácter ambiental que el contratista asume realizarlas durante la ejecución del contrato⁶¹.

Por tanto, los criterios ambientales y de sustentabilidad agregados a las cláusulas de un contrato público deben a su vez, guardar directa relación con el objeto del contrato, por lo que puede estar condicionada su incorporación de acuerdo con el servicio o el bien que se transa. Lo que no necesariamente ataca la transversalidad de los criterios ambientales o de sostenibilidad.

De esta manera, entendemos que las cláusulas de un contrato público, referente a criterios ambientales y de sustentabilidad deben respetar ciertas características diferenciadoras de este tipo de cláusulas, tales como: i) resguardar la debida relación con el objeto del contrato; ii) debe ser objetivo desde el punto de vista de la exigencia en los criterios ambientales; iii) respetar los principios propios de la contratación pública; además de la iv) debida ponderación en el pliego de condiciones⁶².

La incorporación de las cláusulas cuyos criterios de sustentabilidad condicionan la adjudicación del contrato deben ser elaboradas con anterioridad por parte de la Administración en razón de los bienes o servicios requeridos, en base a la dimensión o magnitud de estos y en especial sentido cuando su ejecución pueda generar algún impacto ambiental que ponga en riesgo la naturaleza, los recursos naturales o la salud de las personas.

IV. Contratación pública sustentable en Chile

Ante la dicotomía de fuentes para justificar la conducta más o menos sustentable de una administración en su rol de consumidor, es que, en esta parte final, describiremos brevemente lo que ocurre en Chile en materia de contratación pública, y con ello, visualizar el estado de la cuestión.

la Administración para elegir la más satisfactoria al interés público". En igual sentido, MORAGA KLENNER 2019, 260; SALAZAR 2023, 185.

⁶⁰ ROMEO 2022, 345.

⁶¹ GALÁN VIOQUE 2021, 145.

⁶² Criterios referenciados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. STJUE *Bus Finland Oy* (2002), *Rüffert* (2008), *Tedeschi* (2019).

1. Regulación legal de la contratación pública sustentable

En materia de contratación pública en Chile, el marco normativo base para esta materia se encuentra en la Ley N° 19.886 del año 2003 de bases Sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestaciones de Servicios, norma que en su origen no establece criterios de sustentabilidad, sino solo en términos generales de mercado, tal como se desprende del artículo 6, inciso final que señala como deber del Estado: "...propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones...", por lo que no es posible conciliar algún criterio de sustentabilidad en la contratación pública durante toda la década del 2000 a nivel legal.

Sin embargo, hacia el año 2014 es posible observar la incorporación de criterios de evaluación sustentable dentro de lo que se ha denominado materias de alto impacto social⁶³. Lo anterior, a partir de la modificación del Reglamento de Ley N° 19.886⁶⁴, específicamente, en el artículo 10 numeral 7 letra n)⁶⁵, que en contexto de contratación a trato directo incorpora, sin mayores especificaciones una breve consideración a aspectos que privilegien la protección del medio ambiente, sin establecer de manera efectiva condiciones directas o indirectas vinculadas a cláusulas bajo la denominación de sustentables o verdes. En tal condición, creemos que no existe tal tipo de contratos en Chile, cuyo mandato sea legal o constitucional.

Actualmente se encuentra publicada la Ley N° 21.634 de 11 de diciembre de 2023, que moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado, y cuya vigencia es diferida al 12 de diciembre de 2024. Ya desde en el proyecto de la Ley N° 21.634⁶⁶ es posible observar en el objetivo N° 4 del proyecto la intención de incorporar a la con-

tratación pública, algunos criterios lejanamente relacionados a la sustentabilidad, y más cercanos a lo que el propio proyecto señala como principios de la economía circular, con un énfasis en la reutilización como mecanismo de ahorro y medida de reducción de emisiones de carbono a la atmósfera, sin que se dé cuenta de criterios de sustentabilidad en la compra y como agente consumidor verde o ecológico.

Objetivo que se plasma en el artículo 6° del proyecto⁶⁷ y que, al tenor literal de su redacción, no es posible observar criterios sustentables en la adquisición, sino, que en la decisión de reutilización o desuso de un bien de propiedad de la administración. Otro objetivo del que creemos podría haber hecho mención a criterios de sustentabilidad es el N° 3, el que dice relación con el hecho "establecer un análisis de necesidad como el primer paso de adquisición", se establece como criterio la necesidad de ponderar la adquisición del bien o servicio, a partir de criterios de necesidad y posibilidad, esto es definir si es realmente necesaria la adquisición o, por el contrario, podría optarse por la reutilización de bienes en desuso.

Si nos remitimos a la ley de reforma propiamente tal, el artículo segundo que aprueba la ley sobre la economía circular en la adquisición de bienes y servicios de los organismos del Estado incorpora el principio de economía circular bajo un principio amplio al interior de la Administración para efectos de adquisición de bienes y servicios, algo que si bien se enmarca dentro de los objetivos de desarrollo sustentable del país, no es posible observar la presencia de criterios que permitan establecer la naturaleza sustentable en la contratación pública, en el sentido de la determinación de sus cláusulas y condiciones que vayan más allá de una simple toma de decisiones por parte de la Administración de carácter interno y sin vinculación con algún punto del *iter contractualis*, condicionando el cuándo comprar, sin ningún énfasis en el cómo comprar.

2. Criterios de sustentabilidad a través de instrucciones administrativas

Hemos identificado la falta de criterios de sustentabilidad en la contratación pública en Chile a nivel legal, incluso, una insuficiencia en lo que podría ser la modernización del sector. Sin embargo, ello no ha sido una limitante para

⁶³ PARRA 2018, 114.

⁶⁴ D.S. N° 250, de 9 de septiembre de 2014, del Ministerio de Hacienda, que modifica D.S. N° 250, de 2004.

⁶⁵ "Cuando se trate de adquisiciones inferiores a 10 UTM, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social".

⁶⁶ Proyecto que se encuentra referenciado bajo el boletín N° 14137-05, en la Cámara del Senado, en su segundo trámite constitucional (última revisión 14 de enero de 2022).

⁶⁷ "Si, de acuerdo al jefe de servicio, un bien mueble no se encuentra en condiciones de ser utilizado para su uso ordinario, deberá ser sometido a alguna operación de revalorización, priorizando la preparación para la reutilización...".

que la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra), a través de la potestad directiva que le confiere la Ley N° 19.886 y el reglamento, en orden a entregar lineamientos para mejores prácticas. Así, Chilecompra ha incorporado criterios de sustentabilidad en la contratación pública a través de diversas directivas, tales como la Directiva N° 9 del año 2008, Directiva N° 13 del año 2011 y Directiva N° 25 del año 2016. Las que si bien, son instrucciones generales para la administración, carecen de la vinculación que sí podría tener una normativa legal, y por ende de la obligatoriedad de cumplimiento por parte de la Administración y de los administrados que quieran contratar con el Estado.

Conclusiones

En un Estado democrático de derecho, la contratación del Estado debe estar dirigida al ciudadano, lo que ha significado que haya tomado un rol relevante tanto a nivel internacional como nacional, convirtiéndose en una herramienta para la implementación de políticas públicas.

En este sentido el triple rol de la contratación pública, resulta clave para entender el rol de ésta en ámbito de las relaciones de carácter patrimonial del Estado con los particulares y su influencia en la actividad pública. Triple rol que se refleja primero en promover y proteger la competencia entre los diversos agentes económicos; segundo en permitir a la Administración del Estado obtener mejores condiciones económicas para la satisfacción de sus necesidades; y tercero, poner límites a la Administración para ajustar sus actuaciones a derecho mediante un sistema de control en el que participen activamente los administrados.

Aunado con lo anterior, la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia y en general de los principios que rigen la contratación pública, juegan un rol fundamental, toda vez que, son normas regulatorias que constituyen una exigencia que la Administración debe observar en su actividad y en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, como se señaló los criterios de sustentabilidad, propenden a la materialización del principio de eficacia y eficiencia, principio que constituye una exigencia para la actuación de la Administración.

El alcance estratégico del deber del Estado se expande a nuevas tareas que escapan

del viejo rol de policía del Estado, de tal manera que, se vuelve imprescindible vincular la labor de la Administración, con la satisfacción de nuevas necesidades derivadas de la modernidad y los nuevos paradigmas.

En el caso del paradigma ambiental, los Estados adquieren el compromiso y el deber de regular sus políticas internas y externas a partir de los pilares de la disciplina del derecho ambiental, de los compromisos ambientales internacionales en materia de sustentabilidad, tal como ocurre con los ODS y los compromisos nacionales. De esta manera, en su rol estratégico, el Estado debe incorporar los criterios ambientales y de sustentabilidad en cada uno de los ámbitos prioritarios y básicos de su acontecer.

En el caso de los contratos público, hemos podido evidenciar que las cláusulas ambientales o con criterios de sustentabilidad pueden agregarse en cualquier etapa del *iter contractualis*, sea de manera indirecta como condición de participación para acceder al concurso público, de manera tal que se promueva de forma indirecta el cumplimiento ambiental a partir de la conducta exigida a quien desea contratar con el Estado.

A su vez, los criterios ambientales pueden estar presente de manera directa en las cláusulas del contrato, aludiendo a la capacidad ambiental del concursante a fin de responder en cada una de las etapas del contrato con las exigencias ambientales presentes en el pliego del concurso. Así, dicha capacidad ambiental, deberá ponerse en operación en la fase de ejecución del contrato, de tal manera que dichas exigencias sean consistentes con el objeto del contrato propiamente tal, y de esta forma, descartar cualquier tipo de discriminación respecto de operadores, que, no teniendo la capacidad ambiental, puedan ejecutar igualmente el contrato, en atención que la naturaleza del bien o servicio que se contrata no requiere que se pongan en operación dichas capacidades.

Ahora bien, no obstante, la existencia de criterios de sustentabilidad y de principios reguladores del sistema de contratos públicos, se advierte una falta de regulación a nivel legal de la línea verde en con los contratos públicos en Chile, que permita hacer exigible el cumplimiento de estos criterios. Solo a nivel de principios (principio de eficiencia y eficacia) en el estado actual de regulación en Chile, se podría justificar la incorporación de dichos criterios.

Bibliografía citada

- ALICIARDI, María Belén (2022). Compras públicas sostenibles en Latinoamérica. En J.M. Gimeno Feliu [Dir.]. Congreso internacional: *El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública*. Thomson Reuters Aranzadi.
- ÁNGEL, Rodrigo (2015). *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios del derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Marcial Pons.
- ASENJO ASEÑO, Karen (2022). Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (5) (enero-junio), 5-34. <https://doi.org/10.7764/redae.35.1>
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción y GUICHOT, Emilio (2023). *Transparencia en la contratación pública y sus límites*. Tirant lo Blanch.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Editorial Legal Publishing.
- BERTAZZO, Silvia (2016). La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública: la experiencia europea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 46 (1). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1087>.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2014). *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi, Thomson Reuters.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2019). *Manual de Derecho Administrativo General*. Editorial Hammurabi.
- CHICHARRO, A. (2013). El carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible. Desafíos de los Estudios del Desarrollo, *Actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo*, 14-16 de noviembre 2012. Red Española de Estudios del Desarrollo.
- COZZIO, Michelle (2022). La transparencia in un sistema di contratti pubblici sostenibili. En J. M. GIMENO FELIU [Dir.]. Congreso internacional: *El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública* (pp.125-154). Thomson Reuters Aranzadi.
- DE MICHELE, Roberto y PIERRI, Gastón (2020). *BID Transparencia y Gobierno Digital. El impacto del COMP.ARenArgentina*. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Transparencia-y-gobierno-digital-El-impacto-de-COMPR.AR-en-Argentina.pdf>.
- DÍAZ BRAVO, Enrique y RODRÍGUEZ LETELIER, Aníbal (2016). *Contratos Administrativos en Chile, Principios y Bases*. Ediciones Universidad Santo Tomás.
- DÍAZ BRAVO, Enrique (2016). Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea. *Revista Derecho Administrativo Económico* (22), 177-194.
- DÍAZ BRAVO, Enrique (2023). La profesionalización: condición sine qua non de la contratación pública estratégica. En J. RODRÍGUEZ-ARANA y E. DÍAZ BRAVO [Dir.]. *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Tirant lo Blanch.
- DÍAZ BARRADO, Cástor (2016). Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas. *Anuario español de Derecho Internacional* (32), 9-48. <https://doi.org/10.15581/010.32.9-48>.
- FRACCHIA, Fabrizio y PANTALONE, Pasqueale (2022). Verso una contrattazione publica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030. En J.M. GIMENO FELIU [Dir.]. Congreso internacional: *El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública* (pp.279-295). Thomson Reuters Aranzadi.
- FREITAS, Juarez (2012). Principio da sustentabilidade: licitacoes e a redefinição da proposta mais vantajosa. *Revista do Direito UNISC* 38, 74-94. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i0.3234>.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2021). La protección del medio ambiente a través de la contratación pública. En P. MASBERNAT y H. PACHECO [Coord.]. *Desarrollo Sustentable. Fundamentos jurídicos*. Editorial Hammurabi.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2020). Regulación y compra pública de medicamentos. *Revista Española de Derecho Administrativo* (205), 325-340.
- GIMENO FELIU, José María (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters.
- GIMENO FELIU, José María (2020). *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. [http://www.obcp.es/sites/default/files/2020/04/LACRISIS%20SANITARIA. RIA%20COVID19.%20REFL%20EXIONES%20SOBRE%20SU%20INCIDENCIA%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA%20Y%20LAS%20SOLUCIONES%20ADOPTADASv2.pdf](http://www.obcp.es/sites/default/files/2020/04/LACRISIS%20SANITARIA%20COVID19.%20REFLEXIONES%20SOBRE%20SU%20INCIDENCIA%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA%20Y%20LAS%20SOLUCIONES%20ADOPTADASv2.pdf).
- GIMENO FELIU, José María (2018). La Contratación Pública como Estrategia: El fomento de la innovación. *Ius Publicum Network Review*, 1-27. www.ius-publicum.com.
- GIMENO FELIU, José María (2022). Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de "honesta equivalencia". En J.M. GIMENO FELIU y [Dir.] y M. DE GUERRERO MANSO [Coord.]. *Observatorio de los contratos públicos 2021*. Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO FELIU, José María (2023). La necesaria política de profesionalización en la contratación pública. Alguna reflexión positiva. En J. RODRÍGUEZ-ARANA y E. DÍAZ BRAVO [Dir.]. *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Tirant lo Blanch.
- GOROSITO, Ricardo (2017). Los principios del Derecho ambiental. *Revista De Derecho* 16, 101-136. <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471>.
- HERVE ESPEJO, Dominique y ARIAS CONTRERAS, Franco (2023). Determinación de reglas y criterios de justicia ambiental en el ejercicio de las facultades de fiscalización, sanción y cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente. *Revista De Derecho Ambiental* 1(19), 9-44. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2023.69343>.
- LABANDEIRA VILLOT, Xavier, LEÓN C. y VÁSQUEZ M. (2007). *Economía Ambiental*. Editorial Pearson.
- LAZO VITORIA, Ximena (2014). Compra pública verde: novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. Gestión de compras: *Revista de los profesionales de compras aprovisionamiento y gestión de materiales* 14 (92), 44-47.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación (2014) *La consideración de aspectos ambientales en la contratación pública*. Universidad Castilla la Mancha. <https://>

- ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/TEISIS%20L%C3%B3pez%20Toledo.pdf?sequence=1.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (2016). El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista digital de Derecho Administrativo* (15), 21-60. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4587>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016). *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Wolters Kluwer.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa (2018). ¿Quién contamina no contrata?: Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del medio ambiente en la contratación pública. En X. LAZO VITORIA [Dir.], *Compra pública verde* (pp. 53-78). Atelier.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa (2020). La contratación estratégica. En L. QUINTANA [Edit.], *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Tirant lo Blanch.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa (2022). La incidencia de los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea en la contratación pública. En J.M. GIMENO FELIU y M. DE GUERRERO. [Coord.], *Observatorio de los contratos públicos 2021*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa (2023). La necesaria profesionalización como apuesta para una compra pública futuro. En J. RODRÍGUEZ-ARANA y E. DÍAZ BRAVO [Dir.], *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Tirant lo Blanch.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2017). *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Tirant lo Blanch.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2009). Contratos administrativos en la doctrina chilena (1859-2009). En R. PANTOJA BAUZÁ [Coord.], *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina* (379-427). Editorial Jurídica de Chile.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2013). La Contraloría General de la República y la contratación administrativa. *Revista de Derecho Público* (78), 79-96.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2011). *Derecho global de la contratación pública*. Ubijus.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018). *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2023). La imprescindible profesionalización para una compra pública responsable y sostenible. En J. RODRÍGUEZ-ARANA y E. DÍAZ BRAVO [Dir.], *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Tirant lo Blanch.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé (2022). *A la responsabilidad social por la contratación pública*. BOE.
- OLLER RUBERT, Marta (2011). Consideraciones sobre la contratación pública sostenible ("verde"). *Revista Facultad de Derecho PUCP* (66), 335-350.
- OSUNA LLANEZA, José Luis (2000). Guía para la evaluación de políticas públicas. Instituto de Desarrollo Regional.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2015). Cambio Climático, riesgo global, innovación y derecho. En L. Parejo [Coord.], *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático* (pp. 15-47). Tirant lo Blanch.
- PARRA CORTÉS, Rocío (2018). La Agenda 2030 y sus objetivos de Desarrollo Sostenible: antecedentes y perspectivas para promover el consumo y la producción sostenible en Chile. *Revista de Derecho Ambiental* VI (10), 99-121.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2011). *Contratación Pública verde*. Editorial La Ley.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2013). *Contratación Pública Estratégica*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMOS, Gloria y MASBERNAT, Patricio (2021). Derecho al desarrollo sustentable en el marco de los ODS de las Naciones Unidas. En P. MASBERNAT y H. PACHECO [Coord.], *Desarrollo Sustentable. Fundamentos jurídicos*. Editorial Hammurabi.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2023). Profesionalización en la contratación pública. En J. RODRÍGUEZ-ARANA y E. DÍAZ BRAVO [Dir.], *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Tirant lo Blanch.
- ROMEO RUIZ, Aritz (2022). La contratación pública verde en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética: un paso limitado, y poco innovador. En J.M. GIMENO FELIU [Dir.], *Congreso internacional: El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública* (pp. 337-350). Thomson Reuters Aranzadi.
- SALAZAR ZAPATA, Nelson (2023). Las tensiones entre el principio de libre concurrencia y el principio de estricta sujeción a las bases en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (38), 177-203. <https://doi.org/10.7764/redae.38.7>.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978). La contratación administrativa. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* Tomo LXXV, 1 parte, 55-73.
- STIGLITZ, Joseph; OCAMPO, Juan Antonio; SPIEGEL, Shari; FRENCH-DAVIS, Ricardo y NAYYAR, Deepak (2006). *Stability with Growth: Macroeconomics, Liberalization and Development*, Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0199288143.001.0001>.

Jurisprudencia citada

- Bus Finland Oy. As. C 513/99 (17 de septiembre de 2002).
- Rüffert. As. C 346/06. (3 de septiembre de 2008).
- Tedeschi. As. C 402/18. (27 de noviembre de 2019).

Normativa jurídica citada

Chilena

- Ley N° 18.575 de 1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, del Ministerio del Interior.
- Ley N° 19.300 de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, del Ministerio secretario General de la Presidencia.
- Ley N° 19.886 de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, del Ministerio de Hacienda.
- Ley N° 21.634 de 2023, que moderniza la Ley N° 18.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado, del Ministerio de Hacienda.

Comunitaria

Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública.

Española

Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, com-

pensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública.

Autonómica

Ley andaluza 8/2018 de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía.

Estudio del principio de confianza legítima en el Derecho administrativo venezolano

Study of the principle of the legitimate expectations in venezuelan administrative law

Alejandro Canónico-Sarabia¹

Se revisa científicamente la institución de la confianza legítima en el derecho administrativo venezolano, su previsión normativa, cómo lo ha receptado la doctrina, y cuál ha sido su tratamiento jurisprudencial; para entender su aplicación, límites y alcance.

Palabras clave: confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, principio jurídico.

I. Introducción a la noción de confianza legítima

1. Conceptualización de la confianza legítima

Las múltiples relaciones humanas deben estar impregnadas de nociones de contenido ético que contribuyan a una armónica convivencia subjetiva, estas nociones éticas pueden ser la paz social, la buena fe, la seguridad, la estabilidad, la solidaridad, la mutua colaboración, entre otras, y de ello no escapan las relaciones de los ciudadanos con los órganos que ejercen el Poder Público; debiendo cumplir estos últimos con una serie de principios, consagrados algunos de manera expresa en el texto constitucional, y desarrollados posteriormente en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (en lo sucesivo, Ley de Administración Pública)²;

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Profesor de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Buen Gobierno y Calidad Democrática de la Universidad Internacional Villanueva (ROR 02fn69884). ORCID: 0000-0002-6940-5087. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Email: alejandro.canonico@villanueva.edu

² Decreto N° 1.424, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.147 Extraordinario de esa misma fecha.

Artículo recibido el 15 de abril de 2024 y aceptado el 25 de mayo de 2024.

The institution of legitimate expectations in Venezuelan administrative law, its normative provision, how the doctrine has received it, and what its jurisprudential treatment has been, is scientifically reviewed; to understand its application, limits and scope.

Keywords: legitimate expectations, good faith, legal certainty, legal principle.

así como otros que no se encuentran establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico pero que necesariamente se invocan en ocasiones para darle contenido al Estado de Derecho.

Una de las nociones principistas de alto contenido ético que informa a las relaciones inter subjetivas, específicamente las relaciones entre los ciudadanos y los entes de autoridad en cualquiera de sus funciones públicas, es precisamente el principio de confianza legítima, el cual supone que debe protegerse a ese sujeto que ha obrado de buena fe, y a quien se le ha creado una expectativa favorable gracias a la conducta objetiva de un órgano del Poder Público, constituida por un acto, actuación o incluso inacción, y que aquel espera se mantenga por cuanto la considera legítima. En consecuencia, este principio otorga al particular la legitimidad para exigir una protección jurídica de sus expectativas plausibles cuando, al tener razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionados el tiempo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, desencadena una alteración grave de sus condiciones anteriores.

El fundamento fáctico de operatividad sobre el cual reposa el principio es la certidumbre del derecho, la cual cada vez se constituye en una angustia permanente del ser humano; los cambios bruscos de comportamiento del actuar administrativo o las

modificaciones legislativas incesantes y sorpresivas que no permiten margen para adoptar las medidas necesarias a los fines de evitar los efectos perjudiciales en la posición jurídica subjetiva de una persona, los cambios de criterios jurisprudenciales sin justificación, así como la alteración de una manifestación previa de la administración frente a un particular que ha obrado de absoluta buena fe, afectan definitivamente a los sujetos que integran una comunidad jurídica, y el estado donde estos se encuentran debe proveer soluciones tutelares a estas personas frente a esas situaciones presentadas.

Esa situación subjetiva de expectativa razonable que se le ha generado a un sujeto por la conducta de un funcionario o autoridad, que permite presumir, por su estabilidad, constancia y reiteración, la voluntad inequívoca de satisfacer la pretensión de aquel, que bien puede incluso crearse, al margen de alguna disposición expresa, se considera relevante de protección a través del principio de confianza legítima.

Y además sobre la protección, que supone el principio, se ha generado una polémica doctrinal, en ese sentido cabe destacar que un sector de la doctrina internacional manifiesta que el objeto del principio no es la confianza como tal sino su protección, y en consecuencia concluyen que se debería denominar "el principio de protección de la confianza legítima", ya que de lo contrario carecería de sentido. En contraposición, al sector mayoritario que considera la naturaleza protectora para enfocar la definición del principio de confianza legítima desde el punto de vista finalista y no como parte de su denominación. Considero, en cuanto a la primera posición, que efectivamente el carácter protectorio está implícito dentro de la noción de la confianza legítima como principio, ya que uno de los propósitos de todo principio jurídico es precisamente la protección de algún contenido sustancial con valoración especial dentro del ordenamiento jurídico, sin que la falta de alusión explícita a la dimensión de protección niegue su existencia³. Sin embargo, en cuanto a la visión teleológica del concepto aportada por la doctrina me adhiero absolutamente, debido a que el principio en comento tiene como finalidad la protección de aquellas expectativas que, debido a un determinado comportamiento, las autoridades generan en los sujetos de derecho.

Por último, también se ha dicho que el principio de confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses públicos y privados en un caso concreto, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.

2. Justificación de la confianza como principio

Como nos enseñara Rondón de Sansó,

*"...la nueva figura que analizamos, va a constituir la base de una nueva concepción de los vínculos que los poderes públicos (poder legislativo, administraciones públicas) y los entes de autoridad en general poseen frente a los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella, espera se mantenga"*⁴.

Efectivamente esa nueva visión de la relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos a la que alude la citada autora se encuentra soportada en dos pilares que parecieran contrapuestos, pero que necesariamente deben conciliarse para generar un escenario donde pueda operar el mecanismo de protección que nos aporta la confianza legítima.

Por una parte, la estabilidad representada por la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho, donde existen unas reglas de conducta determinadas, estables y permanentes, que estimulan, dirigen y limitan las relaciones de los actores de la comunidad, y que a su vez le garantizan que las actividades de las autoridades y de los órganos que ejercen el Poder Público están sometidas estrictamente al contenido de la norma previa y escrita, lo cual genera mayor seguridad y estabilidad de la actuación pública en obsequio del interés general.

Por otra parte, la necesidad de una determinada flexibilidad⁵, innovación o cambio en la actuación estatal. Es pues hoy un hecho incuestionable la dinámica de las mutaciones aceleradas de las condiciones técnicas, socia-

³ VIANA 2007, 161.

⁴ RONDÓN DE SANSÓ 1998, 296.

⁵ PIELOW 1998, 94.

les y económicas de la vida de los ciudadanos, las innovaciones tecnológicas, la creación de nuevos derechos, las catástrofes mundiales cada vez más recientes y las nuevas necesidades de los seres humanos, empujan hacia la adaptación constante y la flexibilización de las regulaciones estatales para ajustarlas a esas realidades incuestionables.

Observamos en la actualidad como se ha replanteado el radio de acción de postulados como la reserva legal, para dar paso a la ampliación de potestades en el ámbito administrativo, para organizar y normar conductas de una forma más dinámica, expedita y flexible. Es pues, en el contexto del descrito conflicto aparente que se levanta el principio de la confianza legítima, inicialmente impregnado de la estabilidad de la conducta de la administración asimilada a la seguridad jurídica, y en definitiva sustentada en la flexibilidad de la actuación de la administración al buscar una solución cuando se sitúa frente a una relación individualizada jurídico-administrativa, sin descuidar el interés general.

Esta idea filosófica del principio tiene mucho que ver con su doble concepción objetiva y subjetiva, ya que la concepción objetiva implica la existencia de una serie de reglas de conducta previamente establecidas a las cuales debe someterse la actuación estatal, que debe aplicar a los casos concretos; mientras que, la concepción subjetiva consiste en la ejecución e interpretación de esas normas con base en los principios, los conceptos jurídicos indeterminados y la ponderación de intereses en juego.

3. Elementos fundamentales para la configuración del principio de confianza legítima

3.1. *La existencia de una relación jurídica subjetiva*

Hay quienes piensan que uno de los elementos fundamentales para determinar la materialización de la teoría principista de la confianza legítima son los sujetos presentes, por una parte, el sujeto activo representado por cualquier persona que pretende servirse de la expectativa creada, y por otra parte el sujeto pasivo, que principalmente pudiera ser una autoridad administrativa u otro órgano del Poder Público, de quien se espera una determinada conducta en beneficio del anterior. Ahora bien, esta postura es absolutamente válida, considero que resulta evidente la necesaria presencia de los sujetos antes menciona-

dos, tan es así que como dijera anteriormente, la finalidad del principio es la protección de una situación jurídicamente relevante para un particular frente a la conducta de otro sujeto con poder de autoridad, por lo que pareciera innecesario determinarlo.

A nuestro entender lo más importante es la relación jurídica que surge entre esos sujetos, que los conecta subjetivamente y que en consecuencia hace nacer la confianza de un individuo de un lado y la obligación o responsabilidad del otro, relación por tanto que resulta plenamente relevante en el mundo del derecho, que en consecuencia será susceptible de protección⁶.

Comenzamos a introducir elementos que posteriormente nos ayudaran a establecer conclusiones técnico-jurídicas para entender la pertinencia de la institución. Dentro de los límites de su capacidad jurídica, la persona puede resultar titular de una situación reconocida por el ordenamiento jurídico y que hace exigible una conducta de la autoridad, con la que se relaciona, al realizar alguna actividad o simplemente manteniéndose inmutable, sin que se encuentre vulnerado el orden público.

3.2. *La conducta generadora de la expectativa*

En el derecho venezolano al no existir normas expresas que consagren la institución en comentario carecemos de una reglamentación que nos permita sistematizar los supuestos sobre los cuales opera el principio⁷, sin embargo podemos identificar a la conducta generadora de la expectativa con la actividad o la inacción por parte del sujeto pasivo –objetiva y racionalmente concluyente– que hace nacer en una persona la creencia cierta que aquel sujeto mantendrá dicha conducta o le generara algún beneficio, como expresa Hildegard Rondón de Sansó⁸

“...posición asumida por el sujeto pasivo en el sentido de interpretar determinadas normas en un sentido específico; atribuirle o negarle consecuencias jurídicas

⁶ VIANA 2007, 174.

⁷ En la doctrina y legislación alemana se encuentra consagrado con cierta certeza el principio de confianza legítima, y en consecuencia sitúan los supuestos del mismo en el tema del retiro y revocación de actos administrativos y en los compromisos, las promesas, los informes y las prácticas administrativas. Mientras que en Colombia asimilan la conducta generadora con lo que denominan “la Palabra Dada”, la cual se refiere a un comportamiento de la Administración Pública que se desarrolla dentro del marco del ordenamiento jurídico y en el ejercicio de las competencias que la han sido conferidas por la Constitución y la Ley.

⁸ RONDÓN DE SANSÓ 1998, 301.

a ciertos hechos; respetar situaciones preestablecidas; acogerse a la costumbre o usos de ciertas comunidades; darle un tratamiento específico a los sujetos que dependen de su esfera de competencia. En el ámbito de las relaciones entre particulares, la expectativa surge frecuentemente en las relaciones pre-contractuales, sobre todo en la conducta que puede hacer que se presuma la existencia de una promesa o compromiso preliminar.”

En consecuencia, la conducta de la autoridad debe ser pacífica, constante y reiterada lo cual hará suponer que de darse los mismos supuestos, el comportamiento de la administración será igual. En ese sentido, la conducta generadora debe reunir las siguientes condiciones:

a. Debe provenir de un acto de la Administración que reconozca o constituya una situación jurídica individualizada en cuya perdurabilidad podía confiar el particular. La protección de la confianza legítima exige que dicha confianza se haya consolidado con fundamento en palabras ciertas con implicaciones en el mundo jurídico y no ocasión de simples percepciones subjetivas o psicológicas adecuadas a las conveniencias particulares de los reclamantes⁹. Cabe destacar que no necesariamente el acto debe consistir en un pronunciamiento escrito de la Administración, pudiera estar constituido por una actuación o una falta de respuesta a una solicitud concreta efectuada por parte del interesado. Sin embargo, lo importante es que exista una conexión entre esa manifestación de la administración y el sujeto que invoca la protección del principio.

b. El acto expreso de la Administración o la conducta de ésta, deben ser lo suficientemente concluyentes para provocar en el afectado uno de estos tres tipos de confianza:

- i. Confianza del afectado en que la administración actúa correctamente.
- ii. Confianza del afectado en que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la administración.
- iii. Confianza del afectado en que sus expectativas como interesado son razonables.

c. La Administración debe generar “signos o actos externos” que orienten razonablemente al ciudadano hacia una determinada conducta que repercute en su esfera patrimonial,

esto quiere decir que no se aplica a cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva del particular, sino en verdaderos y concluyentes elementos que induzcan a confiar en la apariencia de legalidad de la actuación administrativa¹⁰.

3.3. *La expectativa legítima como objeto de protección del principio de confianza legítima*

El núcleo central del principio de confianza legítima es precisamente *la expectativa legítima*, que además se constituye en su objeto de protección, ya que el interesado al invocar el principio lo que pretende es que se le reconozca la expectativa plausible que sobre su esfera jurídica se ha creado, en gran medida, por la conducta de la administración, para que se activen los mecanismos de protección adecuados y no reñidos con el derecho.

Ahora bien, se debe precisar que el objeto de protección del principio en estudio está representado por las *expectativas legítimas* y no por las simples expectativas, entendiéndose por éstas aquellas intenciones o esperanzas de obtener un resultado favorable concreto pero que surgen de la percepción subjetiva e íntima del individuo, sin que exista ningún elemento externo consolidado de la autoridad que le haga suponer que tal resultado se va a producir. En conclusión, las meras expectativas son situaciones jurídicas no consolidadas, son aquellas probabilidades que se tienen de obtener algún día un derecho, carecen de relevancia jurídica y por tanto no son generalizables. En consecuencia, no tienen la fuerza de vinculación para la Administración, no son objeto de protección y en ese sentido pueden

¹⁰ El Tribunal Supremo Español en Sentencia del 8 de junio de 1990, declaró: “...cual es el principio de “protección de la confianza del ciudadano” al actuar de la Administración, que ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que forma parte España, cuyo principio es de aplicación, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha “confianza” se basa en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la “aparición de legalidad” de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha “aparición de legalidad”, que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente.” GONZÁLEZ PÉREZ 2004, 71.

⁹ . VIANA 2007, 182.

ser alteradas y modificadas discrecionalmente por el sujeto pasivo.

Las expectativas legítimas –por su parte– son igualmente las esperanzas o la confianza firme que posee un individuo de obtener un resultado o de mantenerse una regulación, pero soportada en razones objetivas derivadas de hechos o acciones concluyentes, que no suponen el surgimiento de un derecho adquirido, pero que generan la certeza de una configuración futura. En conclusión, se trata de expectativas válidas que los particulares se hacen con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de los órganos del Poder Público, regulaciones legales o interpretaciones de los hechos y las normas jurídicas.

La doctrina ha concluido con gran acierto que las expectativas legítimas se pueden caracterizar principalmente por dos aspectos fundamentales: la legitimidad y la razonabilidad. En cuanto al calificativo de legitimidad, debo decir que es cierto que representa el adjetivo calificativo de la expresión¹¹, pero su afirmación no obedece sólo a que siempre las expectativas que se protegen son aquellas que se generan exclusivamente por actos legales, considero que puede surgir de un acto –en principio– ilegal de la autoridad administrativa, y que pueda ser amparado por el principio de confianza legítima. Además de tomar en cuenta principalmente el marco de la legalidad para concluir que estamos frente a una expectativa legítima, debemos tener en cuenta el efecto legitimador del principio y esto es gracias al análisis previo de los elementos fundamentales; la acción de la administración aun cuando ilegal *legítima* al sujeto activo para solicitar la protección de su situación vulnerada, en tal sentido soy de la tesis que esa conducta de la autoridad le otorga al particular la facultad o el poder para exigir protección por lo que la legitimidad proviene del reconocimiento que la propia autoridad le genera con su actitud y en definitiva por el reconocimiento de la comunidad jurídica en general, no se trata por lo tanto de un simple examen de legalidad.

Por otra parte, en cuanto a la característica de la razonabilidad, que impone a los sujetos de derecho la obligación de justificar y fundamentar jurídicamente sus respectivas actuaciones, supone que tanto la Administración debe justificar todas las decisiones y acciones

que adopte a través de argumentos convincentes y justos, como los ciudadanos deben expresar los motivos y razones que le permitan alegar la verificación del principio de confianza legítima. Constituyéndose este carácter en un indicativo de verificación del principio, y posteriormente –de ser positivo– de argumentación para la selección de la medida de protección más apropiada que debe adoptar el órgano competente.

A nuestro juicio, constituye este rasgo característico uno de los más relevantes en la implementación del principio, sobre todo por que regularmente en el tratamiento de las situaciones vinculadas con esta institución nos vamos a encontrar con diferentes principios y valores que se mezclan para enfrentarse, y que en consecuencia va a generar la necesidad de razonar y justificar qué valor debe prevalecer sobre el otro o simplemente cómo se pueden armonizar. El juicio de razonabilidad en relación con la protección de la confianza legítima es estrictamente necesario y funcionaría fundamentalmente en nuestro derecho en el juicio que debe hacer el juez sobre si se ha configurado la confianza digna de protección a favor del particular y posteriormente en *“la ponderación de los bienes o intereses en juego”*¹², para determinar por vía del juicio de proporcionalidad, cuál será la solución más justa.

3.4. *La actuación adecuada del interesado*

Como último elemento configurador del principio de confianza legítima, pero no menos importante, nos vamos a referir a la conducta que debe adoptar el sujeto activo en esa relación jurídica que surgió con la autoridad pública, en el entendido que el particular debe haber obrado siempre de buena fe, debe haber cumplido con los deberes y obligaciones que le correspondían en el caso, no debe haber provocado con su actitud el cambio de regulación, o no debe estar al tanto que la conducta de la administración es irregular; de lo contrario si el referido sujeto se encuentra consciente de la irregularidad del actuar administrativo, no cumple con sus deberes, induce a la administración a incurrir en error o, en fin, obra de mala fe, no puede invocar la protección del principio aun cuando haya sufrido una afectación, debido a que no se ha configurado la legitimidad de su expectativa.

La actuación de la Administración debe ser determinante para configurar la confianza protegible y no debe mediar la negligencia

¹¹ VIANA 2007, 213.

¹² COVIELLO 2004, 432.

del particular, quien debe obrar de manera prudente y diligente. Para que el particular pueda beneficiarse de los efectos del principio de confianza legítima debe demostrar que obró con la diligencia exigida en el caso concreto, la cual será proporcional al rol y las características propias de ese particular involucrado, y en el caso de alegar la existencia de error, debe demostrar que: i. obró de buena fe, ii. Que se trató de un error generalizado, común y colectivo, y iii. Que dicho error era irresistible, incluso para el hombre más prudente y diligente¹³.

II. Fundamento filosófico de la confianza legítima

El Consejo de Estado Español definió la confianza legítima como un principio de carácter general vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros con los que suele combinarse y que, por supuesto, no requiere la preexistencia de derechos subjetivos, que tienen otras vías de protección¹⁴. Por su parte la doctrina es unánime en afirmar que la confianza legítima se impregna de valores y principios del ordenamiento jurídico, con los cuales muchas veces se confunde, pero al final posee cierta autonomía y distinción. Así mismo, nuestro máximo tribunal ha concluido en diversas sentencias que el principio de confianza legítima se vincula en algunas circunstancias con la buena fe, en otras con la seguridad jurídica y en definitiva, con el estado de derecho, es por ello que se considera necesario referirnos a estos principios jurídicos como fundamento filosófico de la confianza legítima.

1. Anclaje en la teoría del Estado de Derecho

El Estado de Derecho es producto del desarrollo de la humanidad, constituye una de sus mejores creaciones, concebido inicialmente de manera estricta y positiva, entendiendo que debe imperar un orden jurídico preestablecido, incompatible con el género de derecho natural, por razones obvias, ya que fue producto de una reacción frente al Estado Absoluto. En consecuencia, se entiende -a partir de allí- que el estado sólo existe en realidad donde el Derecho ha de cumplirse, es pues la relación indisoluble entre el Estado y el Derecho. Esta concepción implica inicialmente la necesaria sumisión de todas las actuaciones

de los órganos que ejercen el Poder Público al ordenamiento jurídico estatuido; de allí surge el gran principio del Derecho Público que es el principio de legalidad¹⁵, sobre el cual se hará referencia más adelante. Adicionalmente este Estado se constituye en un escenario de garantías ciudadanas, donde se consagran y se deben respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos y su ejercicio efectivo.

La visión que se tiene actualmente de la concepción del Estado de Derecho es mucho más amplia que la concepción original, y esto se debe a las normas constitucionales que se han dictado a partir de los últimos años del siglo pasado, es así como el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), expresa lo siguiente:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (resaltado añadido).

Mientras que en el artículo 3 *iusdem* se reafirman los fines del Estado, de una forma coherente y lógica, generando la siguiente y precisa enumeración: la defensa, el desarrollo de la persona y el respecto de su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Se observa como el planteamiento constitucional le inyecta al estado una serie de valores y principios sobre los cuales debe interpretarse, en consecuencia, todo el ordenamiento jurídico que lo circunda, por ello se le atribuye al Estado de Derecho una concepción sustancial mucho más amplia que la tradicional, y a partir de la cual puede concebirse la existencia del principio de confianza legítima como garantía de las personas ante determinadas actuaciones de los órganos o entes que ejercen el Poder Público, en esa orientación de las funciones de la administración pública hacia el cumplimiento de los fines del Estado.

¹³ VIANA 2007, 189

¹⁴ VIANA 2007, 163

¹⁵ BREWER-CARIAS 2005, 33. Por su parte Rodríguez-Arana, afirma que la confianza legítima es asimilable al principio de la buena administración. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2013.

No obstante, no puede afirmarse categóricamente que el principio de confianza legítima derive directamente de la noción del Estado de Derecho, sino que la conjunción de los principios y valores orientadores de esta teoría de organización garantista, fundamentan igualmente a la confianza legítima, y en tal sentido, aquella cobra vida por derivación indirecta, a través de otros principios fundamentales, como podrían ser la seguridad jurídica¹⁶ y la buena fe.

2. Seguridad jurídica y confianza legítima

En el mismo orden argumentativo la seguridad jurídica constituye un sub-principio derivado del Estado de Derecho, es más se podría decir que constituye el principio universalmente reconocido que representa la finalidad del Estado de Derecho. Esta busca la estabilidad y permanencia de las regulaciones estatales, y se define como un principio que pretende la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier indefinición o indeterminación. La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados, protegidos o reparados los perjuicios sufridos.

El texto constitucional no menciona expresamente a la seguridad jurídica dentro de los artículos que describen los valores y fundamentos del Estado en general. No obstante, incorpora de forma expresa el principio de la seguridad jurídica en un aspecto fundamental para el desarrollo nacional, como lo es el régimen socioeconómico de la República¹⁷, afirmando su importancia para elevar el nivel de vida de la población, fortalecer la soberanía económica del país y lograr una justa distribución de la riqueza, en el contexto de una de las funciones que debe desarrollar el Estado en la economía.

Por otra parte, no existe duda alguna que la seguridad jurídica se encuentra implícita en otras normas constitucionales, algunas de ellas se observará seguidamente. El caso típico donde se constata una norma que apunta a la seguridad jurídica, es el artículo 24 constitucional, que prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley salvo cuando imponga menor pena; igualmente el artículo 21 *eiusdem*, que trata

sobre el principio de igualdad ante la Ley, consagrando supuestos que garantizan la seguridad jurídica del ciudadano; al igual que el principio de legalidad, previsto en el artículo 137 y ratificado en el artículo 141, ambos del texto constitucional, entre muchos otros.

La idea de seguridad jurídica, expresada a través de estas múltiples interpretaciones, es de una gran amplitud y comprende tanto las reglas para una correcta técnica legislativa, como su desplazamiento a campos vinculados a los derechos adquiridos¹⁸. Esta última acepción, se acerca a la idea de la confianza legítima, por la generación de una situación favorable al particular, sin embargo, a pesar de tener ambas en la seguridad su base sustentadora, la teoría de los derechos adquiridos se basa no en una expectativa, sino en la materialización o concreción de un derecho subjetivo a favor de ese sujeto, mientras que en la confianza legítima -en principio- sólo se invoca la generación de una expectativa favorable.

Por su parte, para el reconocido y recordado jurista español Eduardo García de Enterría, el principio de confianza legítima posee rango constitucional y en el ordenamiento jurídico general español representa la concreción del principio de seguridad jurídica, que se encuentra previsto en el artículo 9.3 de la Constitución española¹⁹. Por lo tanto, al interpretarse el rango constitucional la confianza legítima se torna capaz de imponerse a la superioridad de las leyes y de adicionar su contenido en casos verdaderamente extremos y singulares²⁰.

El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente ligado al principio de confianza legítima, es uno de sus fundamentos principales, desde la vertiente de la estabilidad de las situaciones particulares de los sujetos, aun cuando la seguridad jurídica permite la variabilidad del ordenamiento en el tiempo por los canales establecidos en el propio ordenamiento jurídico y en relación con los criterios de razonabilidad.

Esta vinculación de la seguridad jurídica con el principio de confianza legítima ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, principal-

¹⁸ RONDÓN DE SANSÓ 1998, 312

¹⁹ Artículo 9.3 CE "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."

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA 2002, 173-208.

¹⁶ FERRARI 2024, 174

¹⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

mente repudiando los cambios intempestivos y no razonados de las interpretaciones o criterios jurisprudenciales por parte de los Tribunales de la República. Específicamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, dictó la sentencia N° 1854, de 28 de noviembre de 2008, en la cual recoge una serie de decisiones previas que fijan posición sobre el tema:

Cabe añadir, además, que esta Sala en sentencia N° 3057/2004 (caso: "Freddy Yovanni Tabarquino Chacón"), cuyo criterio fue ratificado en sentencias 366/2007 y 2490/2007; asentó, que debe garantizarse la confianza legítima y la seguridad jurídica de los justiciables, en los siguientes términos:

"...Juzga esta Sala, entonces, que el thema decidendum se circunscribe a la determinación de si el fallo objeto de la solicitud vulneró o no los derechos constitucionales a la igualdad y a la defensa de la peticionaria así como los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, como consecuencia del supuesto cambio repentino de criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil, para lo cual es indispensable: i) el esclarecimiento de lo que debe entenderse por criterio jurisprudencial; ii) en qué casos se está en presencia de un cambio de criterio jurisprudencial; y iii) bajo qué condiciones puede esta Sala juzgar respecto de la constitucionalidad de tales cambios.

Dichas disquisiciones son relevantes tanto para la decisión del caso sub examine como para la generalidad de aquellos (análogos o similares futuros), ya que constituyen el punto de partida para su solución, por cuanto la determinación de la violación de normas y principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, por un abrupto o irracional cambio de criterio jurisprudencial requiere que se compruebe, con antelación, que en realidad hubo tal cambio, lo cual amerita un cuidadoso examen de los alegatos y probanzas del solicitante.

En sentencia N° 956/2001 del 1° de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos proce-

sales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos. (...)

(...) Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho.

Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnera derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxi-

me si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia. (...)

Comprueba, además, esta Sala que en dicho veredicto se le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio jurisprudencial por cuanto se aplicó para la resolución del caso que lo originó, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de **seguridad jurídica y confianza legítima**, así como el derecho constitucional a la igualdad de la recurrente en casación (aquí solicitante), quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos.

Asimismo, en sentencia 2191/2006, (Caso: "Alba Angélica Díaz de Jiménez"), con ocasión una solicitud de revisión de una sentencia dictada contra una decisión de la Sala de Casación Social, esta Sala señaló que:

"[p]recisamente, respecto a la **confianza legítima** de los ciudadanos frente a la falta de aplicación uniforme de la jurisprudencia la Sala ha indicado que: "[l]a uniformidad de la jurisprudencia es la base de la **seguridad jurídica**, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando (...) (vid. Sent. N° 3180/2004 del 15 de diciembre) (...)".

Ahora bien, relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala de Casación Social, transcritos ut supra, observa esta Sala que el ciudadano (...) tenía la expectativa legítima de que su caso sería anulado; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala Social venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de **confianza legítima y seguridad jurídica**, al no dársele el mismo trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Social, referida

a la aplicación territorial del derecho venezolano para la vigencia completa del contrato laboral, aunque el servicio fuese prestado fuera del territorio venezolano, siempre y cuando el trabajo hubiese sido convenido en Venezuela, como en el caso sub júdice." (...) (resaltado añadido)

Por otra parte, la misma Sala Constitucional, en un caso de regulación normativa, mediante sentencia N° 1798, de 19 de julio de 2005, estableció:

"Igualmente, advierte la Sala que el pago por la Licencia de Extensión de Horario, a que se refieren las normas impugnadas no puede ser calificado como un impuesto, toda vez que no se trata de una contribución general, que realice el administrado en virtud del principio de distribución de las cargas públicas. No puede ser conceptuado como una tasa porque no se está pagando una contraprestación por un servicio directo, específico y determinado que le esté prestando la Administración Municipal. No puede ser distinguido como una contribución especial, ya que el obligado no está recibiendo un beneficio o mejora adicional a su situación previa o coadyuvando en el mantenimiento o gestión de un órgano regulador especial. Por tanto, es una carga impositiva que no se encuentra tipificada, y que pretende con una licencia diferente aplicar no una alícuota distinta por tipo de actividad sino una doble imposición.

Además, visto que resulta un hecho notorio que gran parte de los comercios del Municipio Chacao son locales que funcionan dentro del horario nocturno o se dedican al negocio de restaurant, bar o salas de fiestas, para lo cual habían sido previa y particularmente autorizados, la Ordenanza cuyas normas se cuestionan creó un "tributo" adicional a la patente de industria y comercio, para no incrementar la alícuota de ésta y presumiblemente evitar o disfrazar el carácter confiscatorio de dicho tributo, tantas veces proscrito por esta Sala. En conclusión, la Licencia de Extensión de Horario resulta un complemento o incremento adicional a la patente de industria y comercio, que por su magnitud genera efectos confiscatorios.

Téngase presente, en este sentido, que se les aplica esta nueva carga impositiva a contribuyentes que se habían asentado

en el Municipio con antelación, lo que modifica notablemente en perjuicio de éstos las condiciones iniciales con las cuales establecieron sus negocios, generando un gravoso incremento de manera retroactiva a la actividad en referencia, violando a su vez el valor fundamental de seguridad jurídica, que gobierna nuestro estado social de derecho, de justicia y de democracia participativa y la confianza legítima.

No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: "salvo las excepciones legales", que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad." (resaltado añadido)

Se observa que la Sala emplea en estos casos las expresiones seguridad jurídica y confianza legítima como sinónimos, sin distinciones para determinar la irregularidad por los cambios interpretativos sin fundamento de los tribunales nacionales, y además, les otorga el valor de *principios jurídicos fundamentales*, lo cual quiere decir que, no sólo los identifica como principios jurídicos, sino que los eleva a una categoría superior por encima de otros principios jurídicos menos trascendentales, otorgándoles rango constitucional²¹.

En conclusión, el principio de seguridad jurídica protege la pretensión que tiene toda persona a la certeza o estabilidad de las situaciones jurídicas, la fiabilidad en el mantenimiento de las regulaciones que inciden en el ejercicio de las actividades del giro jurídico, y

²¹ Este criterio fue posteriormente reiterado por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, mediante sentencia N° 0867, de 8 de julio de 2013, en el caso: Globovisión, por medio de la que anuló una sentencia previa de la Sala Político Administrativa, al considerar que vulneró los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, ya que aplicó un cambio de criterio jurisdiccional de forma intespectiva y retroactivamente.

la posibilidad de estimar o proyectar los resultados de su actividad en el marco del régimen jurídico vigente²². Este contenido de la seguridad jurídica supone ineludiblemente una base para el principio de confianza legítima.

3. El principio general de la buena fe

El principio de buena fe constituye uno de los Principios Generales del Derecho, por ende, uno de los valores materiales básicos del ordenamiento jurídico. Como principio general, la buena fe existía con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento normal, recto y honesto. En palabras de la profesora Rondón de Sansó²³ la buena fe es un concepto jurídico indeterminado y que alude a la conciencia, convicción o intención de no perjudicar a otro o de no violar la Ley.

Nuevamente se observa que el texto constitucional no consagra la noción de buena fe de manera general y expresa, pero como ocurre con la seguridad jurídica antes estudiada, de algunas normas constitucionales se puede inferir tal principio. Sin embargo, el Código Civil venezolano en el mundo del derecho privado incorpora el valor de la buena fe en muchas de sus disposiciones, las más comunes podrían ser las siguientes, en materia de posesión el artículo 789, literalmente señala: "*La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición*", así en materia de contratos, el artículo 1.160, reza: "*...Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.*"

En lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ilícito, el conocido artículo 1.185, regula: "*...Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excedien-*

²² La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la definición y finalidad del "principio de seguridad jurídica", en sentencia N° 0570, de 10 de marzo de 2005, en el caso: Hyundai Consorcio y otros contra el Ministerio de Interior y Justicia, en la cual manifestó: "*...Se ha entendido que el principio de seguridad jurídica, protege la confianza de los administrados que ajustan su conducta a la legislación vigente. Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración en la aplicación del Derecho*"

²³ RONDÓN DE SANSÓ 1998, 303

do, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.” En ese mismo orden de ideas conseguimos una disposición sumamente importante en el Código de Procedimiento Civil, no limitativa exclusivamente para su aplicación en el mundo del derecho privado sino como norma principista para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, este es el artículo 12, el cual en su último párrafo señaló: “...En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.”

Por otra parte, en el espacio del Derecho Administrativo, la Ley de Administración Pública, con inspiración en el artículo 141 de la CRBV, reconoce a la buena fe como uno de los principios que debe regir a la Administración Pública²⁴, y por ende, condicionante para la interpretación de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos. Así mismo, derivada a su vez de la disposición normativa antes señalada, se dictó el Decreto N° 1.423, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.149 Extraordinario, de 18 de noviembre de 2014, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.549, de 26 de noviembre de 2014²⁵, en cuyo Capítulo II del Título III regula la teoría de la “Presunción de Buena Fe” en las tramitaciones donde debe intervenir un ciudadano dentro de la Administración Pública. Tales regulaciones arrojan –como premisa principal– sobre la posición del particular en la tramitación de algún asunto una presunción de buena fe, de certeza, de seguridad, que debe respetar la Administración, y que en su momento le corresponderá a ésta desvirtuar si fuere el caso.

²⁴ “Artículo 10. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.” (...)

²⁵ Antes Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, mediante Decreto Presidencial N° 6.265 publicado en la Gaceta Oficial N° 5.891 del 31 de julio de 2008 (hoy derogado)

En consecuencia, vemos que en el ámbito del Derecho Administrativo la buena fe opera fundamentalmente como principio jurídico que limita el ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico. La buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que éste no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones indebidas o contrarias a la buena fe de otro ciudadano; mientras que la buena fe del ciudadano frente a la Administración consiste en la confianza de que ésta no va a ejercitar sus derechos y prerrogativas más allá del límite trazado por las exigencias del interés general y siempre dentro del marco de la legalidad.

Ahora bien, la noción de confianza legítima resulta compatible con las distintas manifestaciones del concepto de buena fe y las variaciones que el mismo ostenta en los diferentes ámbitos en los que opera, por lo cual se pudiera considerar un válido fundamento de la figura jurídica objeto de este examen²⁶. No existe una clara diferenciación entre el principio de confianza legítima y el de la buena fe, pareciera confundirse por momentos, otras veces se considera éste una implicación de aquel, como una relación género-especie y, por lo general, en la práctica forense se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima, pero sí, mediante la invocación de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de éste, pero sí la de aquel. Pero siempre podrá la jurisprudencia utilizar uno u otro para extender debidamente la protección de la confianza legítima, de modo que no quede inmune ningún ámbito de las relaciones subjetivas²⁷.

Ese criterio de comunidad indisoluble entre la buena fe y la confianza legítima también ha sido sostenido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia líder en esta materia y en las sucesivas reiteraciones. Me refiero específicamente a la sentencia N° 87, dictada el 11 de febrero de 2004 en el caso: Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño, en contra de las Resolu-

²⁶ RONDÓN DE SANSÓ 1998, 306

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ 2004

ciones N^{os} 255 y 356, emanadas del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte²⁸, mediante la cual ese tribunal manifestó lo siguiente:

"...el Instituto Universitario Politécnico "Santiago Mariño" vulneró el principio de la buena fe, también conocido como principio de la confianza legítima de los alumnos afectados por la actuación irregular del Instituto Universitario, quienes iniciaron sus estudios basados en la creencia de una conducta leal o correcta del mismo en el cumplimiento de sus obligaciones.

Como ha precisado la Doctrina, la buena fe, como las buenas costumbres, constituye una vía de comunicación del Derecho con la Moral. El legislador en su labor de creación de normas jurídicas no puede prever todas las exigencias éticas de comportamiento, lo que puede generar que alguna conducta jurídicamente correcta, moralmente sea recusable. Es por ello que la buena fe, aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica en el Derecho. Asimismo, debe destacarse que este principio es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas, limitando el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella, esto es, tanto para la Administración como para el administrado, quien debe actuar dentro de los límites de sus derechos y libertades.

La buena fe, significa confianza, seguridad y honorabilidad, se refiere a que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no lo engañará. La buena fe significa que el hombre cree y confía que una de-

claración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. (Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", 2^o Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1989.)

Debe indicarse que la noción de buena fe en el ámbito jurídico no hace referencia a toda confianza psicológicamente cierta, sino sólo a aquella que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en Derecho un límite..."

Nuevamente la misma Sala en sentencias N^{os} 3668 y 2516, del 2 de junio de 2005 y 09 de noviembre de 2006, en los casos: Delia Escobar de Vivas y La Oriental de Seguros, C.A., respectivamente, reiteró su criterio anterior e indicó:

"...Lo anterior, permite a esta Sala hacer referencia al principio de la buena fe o de confianza legítima, el cual es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas para limitar el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella." (...)

Lo cierto es que, como lo indica el profesor Fernando Sainz Moreno²⁹, el principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida, por lo que este principio es plenamente aplicable a las relaciones de la Administración con los particulares. Por lo tanto, se puede afirmar que la buena fe fundamenta a la confianza legítima; son principios que se complementan, no se pueden divorciar el uno del otro. Mientras el valor tutelado de la buena fe es la confianza, el principio de confianza legítima debe apoyarse en el postulado de la buena fe para identificar la conducta del sujeto activo que invoca la protección jurídica.

Particularmente, a la par de la estrecha relación observada entre ambas figuras, se considera que existe una sutil diferencia entre el principio de buena fe y la confianza legítima. La buena fe entendida como un principio orientador de las conductas de los sujetos y que introduce valores para la interpretación del ordenamiento jurídico en general, y que siempre está allí y debe ser tomada en cuenta; mientras que, la confianza legítima se visualiza como un principio jurídico que se activa en el momento que se produce una lesión

²⁸ El detalle curioso en el presente caso es que la Sala trae a colación los principios de buena fe y confianza legítima de oficio, sin que el recurrente lo alegare, y luego no lo emplea en favor del recurrente, sino para beneficiar a unas personas que no fueron partes ni intervinieron siquiera como terceros en el referido proceso. En tal sentido se declara sin lugar la acción de nulidad, pero expresamente se establece que en virtud del principio de buena y confianza legítima, se debe proteger la posición subjetiva de los estudiantes por la actuación irregular del Instituto de Educación, que ofreció carreras para las cuales no contaba con autorización, por lo que deberá asumir los gastos ocasionados por los costos de matrículas, transporte, estadía y cualquier otro, en virtud del traslado de los estudiantes a la Institución de Educación Superior ordenada.

²⁹ SAINZ MORENO 1979, 314

en la esfera patrimonial de un particular en virtud de la expectativa legítima generada por la conducta de la autoridad, es un principio más activo que persigue la protección de una situación concreta de un individuo y que tiene como uno de sus fundamentos –evidentemente– la buena fe de la actuación de ese individuo e incluso de la autoridad que con su conducta generó la expectativa favorable. Por todo esto, no se considera que constituyan una relación de género y especie, ya que en determinadas circunstancias no se sabría precisar cuál papel jugaría uno o el otro³⁰. La confianza legítima puede ubicarse en una posición de independencia en la actualidad sin dejar de lado el principio de buena fe como base de sustento, pero con una consideración teórica propia, tendiente a su autonomía conceptual.

4. La confianza legítima como principio general del Derecho

A lo largo del desarrollo de este trabajo nos hemos dado cuenta de que la confianza legítima en la actualidad no posee consagración legislativa expresa en el Derecho venezolano, sin embargo, sus bases jurídico-filosóficas se encuentran ancladas en incuestionables principios generales del Derecho, reconocidos por el ordenamiento jurídico como se explicara ut supra.

El valor de la confianza fue reconocido y consagrado como uno de los principios que debía regir la actividad de la Administración Pública, en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública³¹, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17 de octubre de 2001; sin embargo, curiosamente al reformar dicha Ley mediante el Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, dictado por medio del Decreto Presidencial N° 6.217, publicado en la Gaceta Oficial Número 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008 (actualmente derogado), desapareció el término confianza del artículo 10, el que sustituyó al otrora artículo 12. Esta conducta del legislador puede interpretarse desde dos visiones: por una parte, la posición de aquel legislador habilitado al que le pare-

ció innecesaria la mención del principio de la confianza por no creer en su vigencia u operatividad; y por otra parte, simplemente por entenderla subsumida dentro del concepto de la buena fe, como sinónimos, tal y como lo ha interpretado en distintas ocasiones la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del máximo tribunal³².

La comentada desaparición normativa del término confianza, se ha mantenido en la reforma legislativa efectuada posteriormente, mediante Decreto N° 1.424, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.147, de esa

³² En un excelente voto salvado del magistrado Hadel Mostafa Paolini en la sentencia N° 378 del 21 de abril de 2004, emanada de la Sala Político Administrativa, el disidente concluye que la confianza legítima, al lado del principio de legalidad, el principio de jerarquía normativa y la buena fe, es un principio fundamental del Derecho Administrativo consagrado en la jurisprudencia del propio tribunal, indicando: "...Quien disiente no puede dejar de advertir cómo la confianza legítima del recurrente fue vulnerada por el acto recurrido, en los términos expresados en la sentencia transcrita, pues, se insiste, las expectativas sólo podían consistir en esperar que la apertura de un procedimiento de inspección generara "...sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos". La Sala estaba obligada a proteger la buena...En criterio de quien disiente, esa providencia sí vulneró el principio de buena fe o de confianza legítima, en lo tocante a la ausencia de previsiones relativas a su aplicación a todas aquellas empresas aseguradoras que contaban con autorizaciones que fueron "derogadas" (en el inapropiado lenguaje empleado por la misma), como uno de los principios generales que deben ordenar la actividad administrativa. Estos cambios regulatorios repentinos, que se dictan sin tomar en cuenta el impacto o repercusión que pueden tener en la esfera jurídica de los administrados, son claramente contrarios a la seguridad jurídica que debe celosamente observar la actividad administrativa. Así lo reconocen las más modernas tendencias del derecho administrativo nacional y comparado. En este sentido, si bien es cierto que consideraciones relativas al impacto que una modificación en las normas puede tener en la esfera de los administrados no pueden paralizar la actividad regulatoria de la Administración, y mucho menos impedir que esa actividad modifique sustancialmente el régimen de un determinado sector bajo la supervigilancia de un organismo especializado, no es menos cierto que la potestad normativa de todo ente público posee ciertos límites, entre los cuales está la protección de la confianza legítima de los particulares sometidos al control de esos órganos, confianza que se ve defraudada con regulaciones intempestivas que modifican sustancialmente el régimen aplicable a cierta actividad y, como en el presente caso, deciden "derogar" (rectius suspender) autorizaciones de las que han gozado legítimamente ciertos particulares.

Las normas de la providencia 807 carecen de disposiciones transitorias que podrían eventualmente haber salvaguardado los intereses legítimos de las empresas que contaban con autorizaciones previas, que se vieron privadas de derechos que habían sido otorgados por la Administración misma, sin que mediara ninguna clase de procedimiento administrativo."

³⁰ El profesor Allan Brewer Carías, sitúa a la confianza legítima como el principio general del debido procedimiento administrativo, y la buena fe, al lado de la lealtad mutua y la decisión conforme a la verdad, como subespecie (Allan R. Brewer-Carías: Op. Cit., 278)

³¹ "Artículo 12. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica." (...) (resaltado añadido)

misma fecha, que actualmente se encuentra en vigor.

Como se expresará en el capítulo anterior el principio de confianza ha adquirido autonomía y ha contado con un reconocimiento legislativo y jurisprudencial, sin embargo, proviene incluso de valores superiores que informan al ordenamiento jurídico independientemente de su consagración positiva, es un principio que más allá de la estricta legalidad, supone una protección de la persona por quien y para quien se ha estatuido un orden legal lógico y razonable. Justamente esta conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural y de los valores superiores en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de principios generales del Derecho³³.

Sobre la noción de los principios generales del Derecho se transcribe un fragmento del revelador trabajo del profesor Jesús González Pérez, antes citado, que resulta de suma claridad para el entendimiento de esta institución jurídica:

"...Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho. Los principios generales no sólo forman parte del orden jurídico, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

Los principios jurídicos tienen en sí valor normativo; constituyen la propia realidad jurídica. Respecto de la Ciencia del Derecho, constituyen su objeto. Existen con independencia de su formulación; se emplean, aunque la ciencia los desconozca. La misión de la ciencia respecto de los mismos no es otra que la de su aprehensión. Y la ciencia será más o menos perfecta, según logre o no su determinación. Porque si el objeto de la Ciencia del Derecho positivo lo constituye el Ordenamiento jurídico, este conocimiento no será completo en tanto no se llegue a la determinación de los principios que lo informan. Los principios jurídicos tienen

pleno valor de fuente jurídica; forman parte del Ordenamiento Jurídico. Los principios generales tienen pleno valor del derecho Positivo, considerándose éste como parte integrante esencial del orden jurídico y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita. Si el principio jurídico existe con independencia de que haya sido acogido en una norma legal, su consagración legislativa no supone que pierda aquel carácter³⁴.

La confianza legítima se constituye en un principio general del Derecho, en un principio jurídico fundamental, en expresiones de las sentencias de la Sala Constitucional del máximo tribunal, antes transcritas, o como lo denomina la doctrina científica iberoamericana: *un principio constitucional implícito*³⁵, deducido de otros principios constitucionales implícitos, como la seguridad jurídica y la buena fe. A través de este principio se concreta la realización del Derecho, mitigando los efectos negativos de la rigidez del positivismo jurídico y llenando al mismo tiempo sus vacíos naturales.

III. El principio de legalidad frente a la confianza legítima

1. Noción y previsión normativa del principio de legalidad

El principio de legalidad supone que todas las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, a la ley y, en general, al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas, y que supone en consecuencia la garantía de la libertad del ciudadano. Este principio garantista encuentra fundamento filosófico general en la noción de Estado de Derecho antes estudiada, y fundamento constitucional en la disposición contenida en el artículo 137 de la constitución venezolana, que expresamente establece:

"Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen."

La doctrina ha entendido de manera pacífica que el dispositivo constitucional antes transcrito al mencionar a la Ley como condicionante de la actuación de los órganos del Poder Público, no sólo se circunscribe a la no-

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA 2002, 219.

³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ 2004, 104.

³⁵ VIANA 2007, 157.

ción de Ley formal, si no que se está refiriendo de manera global al denominado "bloque de legalidad", expresión acuñada inicialmente por Hauriou, y que abarca a toda clase de actos normativos, sean de rango constitucional, legal o sublegal³⁶; lo cual quiere decir que la actuación válida de los órganos públicos debe estar sometida al Derecho. Argumento que resulta exacto para el caso de la actividad administrativa en concreto, ya que nos encontramos con el artículo 141 constitucional, pieza magistral del constituyente, que determina la idea finalista de la actividad de la administración pública, señalando los principios que deben informar a esta función estatal, concluyendo que la administración pública está al servicio de los ciudadanos "...con sometimiento pleno a la ley y al derecho." A mi juicio, una expresión más del principio de legalidad enfocado a la actividad administrativa, pero con una dimensión de gran amplitud.

Por su parte, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008, desde su exposición de motivos reiteraba la consagración del principio de legalidad administrativa, y específicamente gracias al dispositivo del artículo 4 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014), el cual no deja lugar a dudas en referencia a lo comentado, al determinar:

"...La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus compe-

tencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico".

Visto el planteamiento teórico normativo del principio de legalidad en Venezuela, y luego de revisada la doctrina calificada³⁷, se puede concluir en el predominio de la tesis de la vinculación positiva en relación al principio de la legalidad administrativa; Esto quiere decir que todos y cada uno de los actos de la Administración Pública, deben estar fundados en una potestad atribuida previamente por una ley, a los órganos administrativos, razón por la cual debe excluirse –a priori– toda posibilidad de aceptar la validez de actos de la administración que no tengan como base de sustentación una norma jurídica que le atribuya la competencia para adoptarlos previamente. Esta teoría explicativa del principio de legalidad se levanta frente a la tesis de la vinculación negativa, la cual supone que un acto administrativo resulta válido pese a que su emanación no haya sido habilitada previa y expresamente por la Ley a la autoridad administrativa, siempre y cuando no sea contrario a una norma jurídica.

No obstante lo anterior y como enseña el profesor Peña Solís, se considera que en la actualidad debe revisarse las posiciones radicales al respecto y comenzar a pensar en una postura intermedia donde se concilie la tesis positiva con la tesis negativa de vinculación de la actuación de la administración a la Ley; máxime cuando ya se ha ampliado la noción de ley a diversos actos normativos de rango, constitucional, legal y sublegal, sin abandonar la idea global del ordenamiento jurídico, sostenida a lo largo del presente trabajo, que incluye a los principios generales del Derecho. Así mismo, la doctrina y la jurisprudencia tímidamente comienzan a desarrollar teorías que flexibilizan la visión estática del principio de legalidad, como es el caso de la teoría de las potestades implícitas³⁸, por ejemplo. Al

³⁶ Sobre este punto existe coherencia y armonía jurisprudencial desde larga data, por ejemplo en sentencia dictada por la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 6 de junio de 1985, en el caso: Luis Álvarez Domínguez, expresamente se señaló: "...la entera sumisión de la administración a la ley que dicho principio postula implica, no sólo la sujeción del funcionario administrativo –en sus actuaciones generales y en las concretas– tanto, y en primer lugar, la ley formal como, en segundo término, a las instrucciones emanadas del funcionario superior (principio de la jerarquía administrativa), sino también, y finalmente, queda el mismo funcionario vinculado en sus actuaciones concretas por las propias normas generales que previamente él dictare (autovinculación). Señalados principios de legalidad sensu stricto, de la jerarquía administrativa y de autovinculación, tradicionalmente acogidos por nuestra doctrina y jurisprudencia (véase su primigenia expresión en sentencia de este Alto Tribunal de fecha 7-12-37, memoria de la Corte correspondiente al año 1983, tomo 1º, pág.374); pero que, además, hoy se inscriben expresamente en nuestro derecho legislado cuando, a partir del 1º de enero de 1982, entra a regir la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículos 1º, 11, 13)."

³⁷ PEÑA 2004, 721

³⁸ Los tribunales nacionales han reconocido en reiteradas sentencias la teoría de las Potestades Implícitas, en ese sentido ver sentencias N°s 87 y 427, del 11 de febrero de 2004 y 9 de abril de 2008, respectivamente, dictadas por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y en sentencia N° 565 del 15 de abril de 2008, de la Sala Constitucional del máximo tribunal, en las cuales han manifestado: "...Ello es posible, sobre la base de la

margen de que efectivamente debe existir un escenario de actividades prestacionales de la administración, donde el particular lo que pretende es una medida ampliadora de sus derechos o simplemente favorable a su esfera jurídica, y para lo cual la administración no debe necesariamente estar habilitada expresa ni previamente, como sería el caso de algunas actividades materiales, actividades de fomento, cultura, investigaciones, seguridad pública, entre otras, aun cuando si se requiera el cumplimiento de otros principios (transparencia, integridad, igualdad, etc).

2. La conciliación de la confianza legítima con el principio de legalidad

No se puede negar que la observancia de la legalidad de manera insoslayable resulta un componente fundamental del Estado de Derecho, el no acatamiento de la legalidad dentro de un Estado, nos pudiera generar situaciones de caos y anarquía. Ahora, si partimos de la premisa cierta que la confianza legítima es un principio general del Derecho, necesariamente debemos ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico, y por ello el principio de legalidad y la confianza legítima no pueden entenderse enfrentados, porque éste último se da dentro del marco ampliado de la legalidad y no fuera de él.

La noción amplia del principio de legalidad se concibe para garantizar el sometimiento de la actividad de la administración pública a la totalidad de las fuentes del derecho, con miras de generar seguridad jurídica para las personas, en consecuencia, siendo el principio de la confianza legítima una noción igualmente garantista, efectivamente el particular se puede beneficiar de los efectos que

doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual estima la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma 'atributiva', en forma tal, que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza. Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, ... Ciertamente, aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta."

le produce el referido principio, aun cuando la conducta de la administración no se encuentre ajustada estrictamente a una norma jurídica.

Respecto de la contradicción que existiría con el principio de la legalidad, conviene recordar que la confianza legítima se empleó para atenuar las consecuencias que la aplicación mecánica del contenido del aquel principio podría ocasionar. No se trata de apartar la legalidad por la protección de la confianza, sino de proteger a quien actuó de buena fe y en forma responsable ante las autoridades públicas. Y de no premiar el comportamiento irresponsable o desleal de las autoridades. El principio de legalidad en su especificación administrativa mueve un contenido mucho mayor que la mera sujeción a la ley positiva; en sentido lato predica la juridicidad del obrar estatal³⁹.

El principio de confianza legítima también es un principio jurídico fundamental que restringe o limita las potestades legislativas y judiciales, nótese que el desarrollo de una conducta pudiera ser estrictamente legal y no existir impedimento en la Ley para ejecutar esa actividad, pero por ser contraria al principio de confianza legítima no se puede realizar o de realizarse deberían establecerse mecanismos de protección frente al ciudadano. Tal es el caso de los cambios normativos o de criterios jurisprudenciales, los cuales a priori no se encuentran prohibidos, todo lo contrario el legislador y el juez poseen la facultad de legislar y modificar normas, así como de dictar sentencia y modificar sus criterios jurisprudenciales, respectivamente; pero con el reconocimiento del principio de confianza legítima en esos casos surgen ciertas restricciones a tales actividades, en función de la expectativa legítima creada a favor de particulares.

Lo que se está poniendo en valor es que una cosa es la estricta sujeción a los contenidos del derecho positivo y otra distinta es la concepción moderna del principio de legalidad, integrado por la constitución, las normas de rango legal, sub-legal y los principios informadores del derecho. Lo cual hace incluir dentro de ese esquema al principio de confianza legítima, como también se incluye a la buena fe y a la seguridad jurídica, por ejemplo. Además, como lo ha interpretado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, resultan ser principios jurídicos fundamentales, esto es, con rango constitucional y por ende aplicables dentro del ordenamiento jurídico, y en ocasiones so-

³⁹ COVIELLO 2004, 393

bre las normas de orden legal. Esto es lo que permite en algunos casos observar la aplicación del principio de confianza legítima contra *legis* o mejor dicho en contra de una norma legal o sub-legal⁴⁰, fundado en que en esos casos priva el principio en comento sobre dicha norma. Sería como entender que frente al principio protector -al cual nos referimos- esa norma o regulación pierde vigencia para ese caso en concreto. Una norma legal que contraviniese un principio general, cualquiera que fuera el rango, procedimiento y mayoría con que se hubiese aprobado, quedaría tan sólo en una regla con pretensiones de justicia, que no sería Derecho, sino sólo arbitrariedad.⁴¹

Los tribunales contencioso-administrativos venezolanos han reconocido la protección del principio de confianza legítima en situaciones que se encuentran - en principio - reñidas con normas legales, como fue el caso (en materia funcional) de la protección de las personas que habían ingresado irregularmente a prestar servicios para la administración pública sin haber participado en los concursos públicos, es así como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia N° 1478, de 14 de agosto de 2008, en el Exp. N° AP42-R-2007-000731, expresamente indicó:

“SEGUNDO: Que el personal que labora actualmente en las distintas administraciones públicas tiene la confianza o ex-

pectativa legítima de acceder a la función pública y de hacer carrera administrativa, y que, en consecuencia, les sea respetada la estabilidad absoluta consecuencia de ello;” (...)

“En síntesis, considera este Órgano Jurisdiccional que, en atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, en los términos antes expuestos, al funcionario que haya ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso” (...) (resaltado añadido)

Se observa en el comentado caso que la interpretación jurisprudencial que aporta la referida sentencia pareciera entrar en contradicción con lo establecido en el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴², donde de forma clara sólo le atribuye el beneficio de estabilidad absoluta en el ejercicio de sus cargos a los funcionarios de carrera administrativa, esto son, aquellas personas que han ingresado a la función pública por haber aprobado un concurso público y luego superado el periodo de prueba correspondiente; no así para aquellos sujetos que hayan ingresado con un simple nombramiento o de forma irregular a la función pública. Sin embargo, la fórmula de protección adoptada por la sentencia resulta en ocasiones un tanto justa para ese funcionario irregular, dentro del marco teórico del Estado Social de Derecho y de Justicia; sin exonerar la obligación que tiene la Administración del cumplimiento de las normas jurídicas funcionariales.

Por otra parte, igualmente se pone de manifiesto la protección del principio de confianza legítima contra *legis* cuando el Tribunal Supremo de Justicia en sus fallos definitivos determina los efectos de la decisión en el tiempo⁴³, específicamente cuando le atribuye efectos *ex nunc* (hacia el futuro) a una sentencia que anula un acto administrativo ilegal, manteniendo los efectos que

⁴⁰ El Tribunal Constitucional Español se pronunció al respecto en S. de 8 de junio de 1990 (Ar. 5180) “Como ya tiene declarado esta Sala en reiteradas sentencias, de las que son una muestra las de 1 de febrero y 3 de mayo de 1990, en el conflicto que se suscita entre la “estricta legalidad” de la actuación administrativa y la “seguridad jurídica” derivada de la misma, tiene primacía esta última, por aplicación de un principio, que aunque no extraña a nuestro Ordenamiento jurídico bajo el epígrafe de *bona fides*, ya fue recogido en nuestra S. de fecha 28 de febrero de 1989, cual es “el principio de protección de la confianza legítima del ciudadano” al actuar de la Administración, que ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que forma parte España, cuyo principio es de aplicación, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha “confianza” se basa en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquel, a confiar en la “aparición de legalidad” de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha “aparición de legalidad”, que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene porqué soportar jurídicamente.”

⁴¹ GONZÁLEZ 2004, 106

⁴² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.482 de fecha 11 de julio de 2002, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002.

⁴³ Tal poder del Juez lo encontramos en el aparte 17 del Artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

produjo dicho acto irrito antes de la fecha de pronunciada la sentencia. En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias N° 359/2000 (sobre la Ley de Jubilaciones y Pensiones del Estado Lara); N° 450/2000 (de la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar); N° 0835/2000 (Ley de Seguridad Personal y Bienestar Social del Agente de Seguridad y Orden Público del Estado Táchira); N° 1759/2001 (de la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Estado Yaracuy); N° 819/2002 (de la Ley del Fondo del Parlamentario Trujillano); N° 3072/2003 (de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Portuguesa), N° 3347/2003 (de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy); N° 2165/04 (de la Ley del Instituto de Previsión y Protección de los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Esparta); N° 3097/2005 (de la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua); N° 4648/2005 (de la Ley de Previsión Social del Parlamentario Falconiano del Estado Falcón); y N° 0764/2007 (de la Ordenanza de Policía del estado Amazonas), en todos estos casos la Sala ha mantenido la vigencia de Jubilaciones otorgadas con base en normas inconstitucionales, en aras de la seguridad jurídica, el cual, como se ha visto, es uno de los fundamentos de la confianza legítima, expresamente señaló:

“Al respecto, esta Sala observa que, en el presente caso, en el supuesto de fijarse los efectos del presente fallo hacia el pasado, es decir, ex tunc, traería como consecuencia, que algunos funcionarios públicos que ya hubiesen obtenido el beneficio de jubilación o pensión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la ley estatal impugnada, se verían en la obligación, en caso de no cumplir con los requisitos previstos en la ‘Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios’, de reincorporarse como personal activo ..., así como de reintegrar los pagos obtenidos por concepto de jubilación. Asimismo, la administración estatal por su parte, estaría en la obligación de reincorporar y pagar los sueldos dejados de percibir por aquellos funcionarios que se encuentren en la situación descrita anteriormente. Todo ello podría incidir

gravemente en la estructura de la administración de la policía estatal actual. (...)

En tal sentido, esta Sala por razones de seguridad jurídica, y en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley estatal, fija los efectos de esta decisión a partir de la publicación de este fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional, es decir, le otorga efectos ex nunc.” (...)

No pudiéndose invocar en estos casos la teoría de los derechos adquiridos, ya que no resulta adecuado entender que se haya generado o consolidado un derecho subjetivo adquirido, sobre la base de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, ya que si el acto posee un vicio de orden público no es capaz de ampliar la esfera de derechos del particular.

A todo evento, lo importante y trascendente en cuanto a la aplicación del principio de confianza legítima, es que una vez verificada la situación de expectativa legítima, mucho más si se encuentra en conflicto con una norma legal, el juez adopte el mecanismo de protección más idóneo posible, relacionado con la pretensión del sujeto activo y ponderando los intereses en juego, en el caso concreto, sin vulnerar disposiciones de orden público, ni los derechos fundamentales de otros sujetos de derecho vinculados o no con el asunto en conflicto (actos de doble efecto).

3. Casos en el derecho administrativo venezolano donde se verifica la confianza legítima

El principio de confianza legítima no solo opera en ocasiones contra *legis*, ya que regularmente en muchos casos se patentiza dentro del marco de normas de índole legal que comparten su filosofía, sin mencionarlo expresamente. Por lo que se hará referencia a algunos casos donde se considera que está implícita la institución en estudio.

3.1. Irretroactividad de los criterios de la Administración Pública

El típico caso donde se encuentra presente un supuesto de confianza legítima en el Derecho Administrativo venezolano, es el principio de la irretroactividad de los criterios interpretativos de la administración, consagrado en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que señala expresamente:

“Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados,

pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.”

En esta disposición inicialmente se prevé la posibilidad de variación de los criterios interpretativos de normas efectuados por los órganos de la Administración, situación sumamente lógica debido a la variabilidad y mutabilidad de las condiciones y necesidades colectivas, lo cual permite adaptar dichos criterios a las realidades que satisfagan el interés público en general⁴⁴.

Sin embargo, se establece una limitación en la aplicación retroactiva de los nuevos criterios interpretativos, consecuente con el principio constitucional de la irretroactividad de las normas previsto en el artículo 24 constitucional, salvo que esa interpretación resulte más favorable a los particulares. Es pues sin dudas una manifestación del principio de confianza legítima, al proteger la norma la expectativa creada a favor de un particular que se encuentra en una situación similar a la que produjo la interpretación efectuada por la administración de alguna norma jurídica o una realidad fáctica, y en base a la cual este particular espera el mismo resultado.

Por último, la norma también se involucra en el tema de los derechos subjetivos válidamente adquiridos, al afirmar que el cambio de criterio no habilita a la administración para conocer nuevamente sobre actos ya firmes. Esta disposición guarda estrecha relación con la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos, lo que un sector de la doctrina ha denominado la cosa decidida administrativa.

3.2. Información errónea en la notificación del acto administrativo

Otra manifestación implícita del principio de confianza legítima en la tramitación de los procedimientos administrativos, específicamente en lo que respecta a la notificación de los actos administrativos para que puedan

⁴⁴ Esta consagración normativa del principio de confianza legítima ha sido además interpretada mediante sentencia N° 954, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en 18 de junio de 2014, entre otras oportunidades, donde ha manifestado que precisamente el principio de confianza legítima, con base en el referido artículo 11 de la LOPA, se refiere a la expectativa que tiene los particulares de que la Administración Pública siga actuando y decidiendo tal y como lo ha venido haciendo en una materia en base. Sus actuaciones reiteradas.

considerarse eficaces, es la norma contenida en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que a la letra reza:

Artículo 77. *Si sobre la base de información errónea, contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado.*

En este caso, el particular ha confiado en que la información suministrada por la propia administración productora del acto y ejecutante de la notificación es certera y fidedigna, si esto no fuera así, el particular no tiene porque soportar las consecuencias negativas que tal error le haya podido ocasionar en su situación individual, es por ello que la Ley le coloca en una condición mas favorable al no contar el tiempo transcurrido para ejercer el recurso o acción judicial que corresponda.

En estos casos, igualmente debemos identificar los elementos fundamentales sobre los cuales opera la confianza legítima, la presencia de un sujeto que ha cumplido con su obligación y que ha obrado de buena fe, el acto producido por la administración que ha afectado al particular, la notificación del acto con un contenido erróneo, y en consecuencia la expectativa generada sobre el particular de poder ejercer un recurso contra el acto siguiendo las instrucciones emanadas de la propia administración.

IV. Límites a la protección de la confianza legítima en el derecho administrativo

Al llegar a la conclusión de que el principio de confianza legítima se constituye en un principio general del Derecho, que opera por tanto dentro del marco de la legalidad, pero que sin embargo carece de una regulación expresa dentro del ordenamiento jurídico que permita sistematizarlo para tener certeza de la forma y oportunidad en la cual debe ponerse en práctica para que despliegue su fuerza protectora; se hace necesario tratar de establecer los límites dentro de los cuales debe ponerse en práctica a los fines de evitar su empleo arbitrario e ilimitado, tanto desde el punto de vista del sujeto activo que lo invoca como del juez contencioso administrativo llamado a aplicarlo para proteger una situación jurídica concreta. Por lo tanto, seguidamente se establecerán las premisas condicionantes para que surja la pro-

tección del principio comentado dentro de un Estado de Derecho.

1. La presencia de los elementos fundamentales de la confianza legítima

Como se estudiara en la primera parte de este trabajo, para que se configure la confianza legítima del sujeto activo, es necesario que: i. Exista una relación jurídica subjetiva entre la persona que la invoca y el órgano de la Administración Pública; ii. Que la conducta de la Administración Pública (activa o pasiva) sea determinante para generar una expectativa legítima; iii. La verificación de la expectativa legítima en sí; y, iv. Que el particular haya obrado con absoluta buena fe y de manera adecuada cumpliendo con todas las exigencias de la Ley y las establecidas por la propia administración, si fuere el caso. En conclusión, para que opere el principio de confianza legítima y que eventualmente genere la protección de la situación jurídica de un sujeto, deben reunirse los elementos fundamentales comentados, por lo que estos requisitos se convierten a su vez en límites de operatividad del principio.

No obstante, adicionalmente a la verificación de la confianza legítima por presencia de los elementos fundamentales antes señalados y comentados, es necesario que no se sacrifique la posición jurídica de otra persona, en ocasión con la invocación de la confianza legítima, y, estrictamente, no se puede vulnerar el orden público, como se explicará seguidamente.

2. No se puede sacrificar la posición jurídica de otro

Si bien es cierto que al configurarse los elementos fundamentales del principio de confianza legítima un sujeto busca la protección del sistema jurídico en su esfera patrimonial, bajo ninguna circunstancia puede pretenderse que para proteger la posición subjetiva de un particular se deba sacrificar la situación subjetiva de otro, ya que de lo contrario el ordenamiento jurídico debe reaccionar de inmediato para evitar el desequilibrio creado y en ese caso no puede entenderse legítima la fórmula de protección empleada, y lejos de generar protección jurídica el principio se distorsiona creando situaciones de desigualdad, vulnerando otros principios y normas constitucionales.

Un ejemplo serían los actos de doble efecto, entendiéndose por estos aquellos actos administrativos cuyo radio de acción va dirigido a dos o más personas, de manera positiva y negativa, donde dos sujetos se

encuentran involucrados como legitimados dentro del mismo acto administrativo, pero en posiciones contrapuestas. Pues en estos casos, alegando la confianza legítima en contra de la conducta de la administración, uno de los sujetos no puede pretender que se anule el acto administrativo, ya que este pronunciamiento pudiera suponer la merma de los derechos subjetivos del otro sujeto, el cual no tiene porque soportar una disminución patrimonial por la conducta irregular de la administración en beneficio de otro sujeto.

En estos casos, no es que no opera la protección del principio de confianza legítima, sino que la autoridad llamada a aplicarlo debe optar por una fórmula de protección con la cual no se vulneren los derechos de los otros sujetos vinculados en la relación jurídica subjetiva, como podría ser el caso de establecer mecanismos indemnizatorios o sustitutivos.

3. Deber de respetar el orden público

Otras de las nociones que se debe tomar en cuenta a la hora de aplicar formulas protectoras basadas en el principio de confianza legítima, es la noción de orden público, cuyo concepto jurídico indeterminado está integrado por todas aquellas normas que regulan asuntos vinculados al interés público, que, además, son de cumplimiento preceptivo e incondicional, que no pueden ser derogadas por acuerdo privado de partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés individual, todo esto, para la protección de ciertos asuntos o instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica. Es decir, el orden público no es en sí mismo un concepto rígido sino un parámetro, que varía de acuerdo con la época, para la determinación de cuándo una norma o una institución requiere de una protección especial, con fundamento en la cual ciertos principios jurídicos se relajan⁴⁵.

Aun cuando no resulta sencilla la tarea de identificar cuando se está frente a una situación que suponga un atentado en contra del orden público, esta noción se constituye en un nuevo condicionante de configuración de la protección del principio de confianza, haciendo necesario tomar en cuenta las normas de orden público previo a la aplicación de medidas de protección. En consecuencia, no se puede mantener la validez de actos administrativos que atenten en contra del

⁴⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de mayo de 2001.

orden público, aunque si se pudieran establecer fórmulas sustitutivas de protección, con base en la racionalidad; igual no se puede sostener la vigencia de una situación favorable de un particular por encima del sacrificio del orden público, lo que si pudiera existir es una eventual y justificada compensación a ese particular, que ha obrado de buena fe y que la administración le ha generado una expectativa plausible, con base en el cumplimiento de los señalados elementos fundamentales.

4. Se deben ponderar los intereses en juego

En el análisis que debe hacer el juez para verificar la configuración del principio de confianza legítima y en definitiva para generar una protección jurídica debida, que supone como finalidad el instituto jurídico en comento, con base en criterios de razonabilidad, debe realizar un examen exhaustivo y fundamentado, tomando en consideración todos los hechos y circunstancias involucradas en el referido caso, ponderando los intereses y derechos en juego, para definir en primer lugar si se verifican los supuestos configuradores de la confianza legítima, seguidamente si procede la fórmula de protección solicitada o si por el contrario se pudiera precisar otras opciones de solución al conflicto planteado.

Sencillamente, se deben colocar en una balanza mental los intereses invocados frente a los posibles intereses contrapuestos, para determinar cuál de ellos deberá prevalecer y sobre dicha construcción intelectual concluir en la forma de cómo debe protegerse la situación planteada. En el referido ejercicio intelectual deben privar criterios de prudencia, ponderación, adecuación y proporcionalidad, todos ellos constitutivos de la visión que debe atender el obrar de los órganos y entes de la Administración Pública.

Conclusiones

Aun cuando no exista una disposición expresa en la ley que regule positivamente a la confianza legítima, se reconoce su existencia, tanto por una serie de disposiciones normativas que sin mencionarla expresamente recogen sus elementos fundamentales, y de manera directa, por la jurisprudencia de los tribunales nacionales⁴⁶, los cuales han comenzado perfilando sistemáticamente una doctrina jurisprudencial sobre el tema, verificando a la confian-

za legítima en los diferentes planos judicial, legislativo y administrativo, en general.

Una vez verificada la existencia y aplicabilidad del principio de confianza legítima, como el resto de los principios generales del Derecho, tiene una importancia de primer orden en nuestro derecho, que no se agota en las normas positivas, sino que impone también el respeto y cumplimiento de cuanto imponga la normativa inmanente de las instituciones. En la actualidad, la confianza legítima es un componente fundamental e inescindible del Estado de Derecho, que está instalada y situada dentro de la juridicidad al lado de los otros principios y valores fundamentales, pero que tiene la peculiaridad de sobreponerse a las instituciones que le sirven de fundamento, para obtener perfil propio, siempre teniendo como norte la dignidad de la persona.

No obstante, como ha quedado claro, es imprescindible que se cumplan los extremos fundamentales señalados, para que se configure el principio, que son: i. la relación jurídico-subjetiva, ii. la conducta de la administración generadora de la expectativa, iii. la expectativa legítima generada, y iv. la actuación debida del particular. Sin olvidar, la prohibición de vulnerar el orden público. Una vez presentes los elementos señalados, se hace imperiosa la protección de ese sujeto en su esfera particular, por instrucciones del ordenamiento jurídico. Pero, a la hora de establecer la fórmula de protección se debe tener mucha prudencia, y se deben ponderar los intereses en conflicto, para evitar atentar en contra del orden público y vulnerar los derechos de otros sujetos involucrados.

Pero la conclusión fundamental, que se constituía en el punto central de esta investigación, es que el principio de confianza legítima al emanar de otros principios jurídicos fundamentales como la seguridad jurídica y la buena fe, los que a su vez se desprende del principio del Estado de Derecho, y, al mismo tiempo, al ser considerado un principio general del Derecho, no puede nunca estar en conflicto con el principio de legalidad que también se constituye en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. Por lo que debe ser interpretado en el contexto amplio de la noción de la legalidad o de juridicidad, e integrado dentro de ella.

En el anterior sentido, los principios generales del Derecho se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, por lo tanto, la confianza legítima es parte de ese ordenamiento jurí-

⁴⁶ Sentencia del 01-06-2001, Exp. 00-1491, SC-TSJ; Sentencia del 28-04.

dico, y siempre que se aplica se está adoptando una forma o mecanismo reconocido por el ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentre regulada de manera expresa en el mismo. En virtud de lo anterior, cuando se protege la confianza legítima frente a una actuación irregular de la Administración, no se entiende que se vulnera el principio de legalidad, sino que, en función de los intereses en juego, se opta por la protección de la expectativa legítima, entendiendo que la Administración está al servicio de los intereses generales, aun cuando se pudieran mantener los efectos de la conducta ilegal de la Administración, eso sí siempre que ésta no vulnere el orden público.

No se puede negar que, como componente fundamental de un Estado de Derecho, la observancia de la legalidad es insoslayable y fundamental pero la legalidad bien entendida, no enquistada en los rígidos y vetustos criterios de otrora, sino, especialmente con una amplia comprensión de la legalidad, o mejor aún la juridicidad, entendida como garantía de la tutela del interés general y, por lo tanto, de los derechos fundamentales de las personas.

Bibliografía citada

- BREWER-CARIAS, Allan (2005). Principios Fundamentales del Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana.
- FRANCO FERRARI, Giuseppe (2024). Confianza legítima y seguridad jurídica: la perspectiva comparada. Anuario Iberoamericano de Buen Gobierno y Calidad Democrática, N° 01-2024. Universidad Villanueva y Editorial Colex
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública* N° 159-2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2004). El principio de la buena fe en el Derecho Administrativo, 4ta Edición. Thomson-Civitas.
- JORGE COVIELLO, Pedro José (2004). La Protección de la Confianza del Administrado. Editorial Lexis Nexis.
- MESA VALENCIA, Andrés Fernando (2013). El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia. Universidad de Antioquia., Facultad de Derecho y Ciencias Política.
- PEÑA SOLÍS, José (2004). Manual de Derecho Administrativo. Volumen Primero. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia.
- PIELOW, Johann-Christian (1998). El Principio de la Confianza Legítima ("Vertrauensschutz") en el Procedimiento y Las Relaciones Jurídico-Administrativas. En IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. FUNEDA.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013). El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencia Jurídica.*, Universidad de Guanajuato. División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho. Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho. Año 1, núm. 4.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard (1998). El principio de confianza legítima en el derecho venezolano. En Allan Randolph Brewer-Carías, IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. FUNEDA.
- SAINZ MORENO, Fernando (1979). "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados". *Revista de Administración Pública* N° (89).
- VIANA CLEVES, María José (2007). El principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano. Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia citada

- Sentencia de 6/06/1985, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Caso: Luis Álvarez Domínguez.
- Sentencia de 08/06/1990, Tribunal Supremo Español, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. ECLI:ES:TS:1990:13239
- Sentencia N° 450, de 23/05/2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-0689.
- Sentencia N° 0835, de 27/07/2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-1456.
- Sentencia N° 359, de 11/05/2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-0859.
- Sentencia N° 1759, de 25/09/2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-3053.
- Sentencia N° 132, de 22/05/2001, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-449.
- Sentencia N° 956, de 01/06/2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. caso: Exp: 00-1491.
- Sentencia N° 819, de 24/04/2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-1105.
- Sentencia N° 3072, de 4/11/2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-1694.
- Sentencia N° 3347, de 3/12/2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-1693.
- Sentencia N° 87, de 11/02/2004, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-0006.
- Sentencia N° 2165, de 14/09/2004, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-0412.
- Sentencia N° 378 de 21/04/2004, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-0208.
- Sentencia N° 3097, de 18/10/2005, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-1771.
- Sentencia N° 4648, de 14/12/2005, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 00-3215.

- Sentencia N° 1798, de 19/07/2005, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 03-3136.
- Sentencia N° 570, de 10/03/2005, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 01-0731.
- Sentencia N° 3668, de 2/06/2005, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 04-1514.
- Sentencia N° 2516, de 9/11/2006, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 04-0460.
- Sentencia N° 0764, de 27/04/2007, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 06-1788.
- Sentencia N° 1854, de 28/11/2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 08-0700.
- Sentencia N° 427, de 9/04/2008, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 06-1379.
- Sentencia N° 565, de 15/04/2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp: 07-1108.
- Sentencia N° 1478, de 14/08/2008, Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Venezuela. Exp. N° AP42-R-2007-000731.
- Sentencia N° 867, de 08/07/2013, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp. N° 09-1236.
- Sentencia N° 954, de 18/06/2014, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Exp. N° 09-0739.
- Administración Pública. Gaceta Oficial N° 6.147 Extra., de 17/11/2014.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.908 Extra., de 19/02/2009.
- Constitución Española. BOE. núm. 311, de 29/12/1978.
- Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 2.990 Extra., de 26/07/1982.
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.290 Extra., de 18/09/1990.
- Decreto N° 1.423, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.549, de 26/11/2014.
- Ley Orgánica de Administración Pública, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.305, de 17/10/2001.
- Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, dictado por medio del Decreto Presidencial N° 6.217. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.890 Extra., de 31/07/2008.
- Decreto N° 1.424, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.147, de 17/11/2014.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 2.818 Extra. de 1/07/1981.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 39.522. de 1/10/2010.

Normativa citada

Decreto N° 1.424, de 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la

Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia

Administrative act and private law: an antagonical relationship? The decisions
of home public services providers in Colombia

Cristian Andrés Díaz Díez*

Actualmente, el Consejo de Estado colombiano expresa que los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, no expiden actos administrativos, porque se rigen por Derecho privado. En tal sentido, sostiene que, salvo excepción, las decisiones precontractuales y contractuales de dichas empresas son “actos privados”. El presente trabajo estudia esta tesis, preguntándose si entre el acto administrativo y el Derecho privado hay una relación antagónica o si, por el contrario, este no lo desnaturaliza. Se argumenta que el Derecho administrativo no debería verse como una categoría monolítica, sino como un “concepto gradual”. Con fundamento en esta idea, se brindan razones para considerar que la aplicación del Derecho privado no implica necesariamente la destrucción de los conceptos dogmáticos del Derecho administrativo.

Palabras clave: acto administrativo, acto privado, Derecho administrativo, Derecho privado, servicios públicos domiciliarios.

Introducción

Durante los últimos años el Consejo de Estado colombiano –máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹– ha expedido sentencias en las que plantea que el acto objeto de demanda no puede calificarse como *administrativo* porque se rige por Derecho privado. En tal sentido, afirma que si la manifestación de voluntad de la Administra-

Nowadays, the Colombian Council of State affirms that home public services providers, generally, do not issue administrative acts, because they are governed by private law. In this sense, it maintains that, with exceptions, the pre-contractual and contractual decisions of these companies are “private acts”. This paper studies this thesis, asking whether there is an antagonistic relationship between the administrative act and private law or if, on the contrary, the latter does not denature it. The paper argues that administrative law should not be seen as a monolithic category, but as a “gradual concept”. Based on this idea, the text gives reasons to consider that the application of private law does not necessarily imply the destruction of the dogmatic concepts of administrative law.

Keywords: administrative act, private act, administrative law, private law, home public services.

ción no se regula por Derecho administrativo, sino por disposiciones civiles y comerciales, es un “acto privado” o, como también lo ha denominado, un “acto de Derecho privado”².

Esta tesis tiene repercusiones relevantes no solo en el plano sustantivo, sino, además, en el ámbito procesal. En efecto, bajo la primera perspectiva, el planteamiento de que los actos unilaterales proferidos por la Administración, regidos por el Derecho privado, son actos privados implica acoger la orientación teórica de que el acto administrativo se define como aquel cuyo régimen jurídico es el Derecho administrativo, entre otros elementos. Asimismo, en cuanto al segundo campo de

* Doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Profesor de Derecho administrativo de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Medellín, Colombia. Correo electrónico: cdiazdi@eafit.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9139-6941>.

¹ Constitución. Art. 237.1.

Artículo recibido el 18 de mayo de 2024 y aceptado el 26 de junio de 2024.

² *Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. con Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (2020) y AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.– (2024)*, entre otras.

análisis, esta forma de estructurar el concepto de acto administrativo impone el desafío de repensar los “medios de control” –otrora llamados “acciones”– que pueden instaurarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues la ley procesal define algunos de estos medios teniendo como base la existencia del acto administrativo como forma de conducta de la Administración³. Una noción de acto administrativo circunscrita al Derecho administrativo tiene implicaciones para la procedencia de los medios de control anulatorios de ese tipo de actos en aquellos casos en que el juez concluye que la decisión que analiza no es un acto administrativo.

Este artículo se propone destacar la importancia de preguntarse si el acto administrativo debe definirse por el tipo de normativa aplicable, a partir de una concepción sistemática del Derecho administrativo. Para desarrollar esta reflexión, se tomará como marco conceptual el conjunto de ideas expuestas por la doctrina en tiempos recientes, acerca de la relevancia del método en la construcción de los conceptos del Derecho administrativo⁴. Se parte de la hipótesis de que la asimilación plena del acto administrativo con el Derecho administrativo tiene mucho que ver con la definición de esos conceptos. En tal sentido, si, por ejemplo, se considera que el régimen jurídico aplicable no es un elemento de la noción de acto administrativo, no pareciera que se justifique negar el carácter de acto administrativo a la decisión de un órgano del Estado que reúne los elementos de la definición de dicho acto.

Asimismo, una concepción amplia o restringida de lo que puede ser materia del Derecho administrativo, en comparación con los temas de los que se ocupa el Derecho privado, también podría jugar un papel importante en el estudio del problema que se aborda. Si, por ejemplo, se cree que el Derecho administrativo se aplica a los “actos de autoridad” y no a los “actos de gestión”, como llegó a afirmarlo la doctrina francesa al aceptar la teoría de la “doble personalidad jurídica del Estado”⁵, y si, además, se entiende que los actos de autoridad son, propiamente, los actos administrativos, la conclusión lógica será que los actos de gestión –equivalentes a los llamados “actos privados”– se rigen por Derecho privado y, por tanto, no son actos administrativos.

³ Ley N° 1437, de 2011. Arts. 135 y ss.

⁴ DÍEZ SASTRE 2018, 27 y ss.; MOREU 2020, 313 y ss.; VERGARA BLANCO 2023, 30-36.

⁵ Vid. la crítica a esta teoría expresada por BOQUERA OLIVER 1993, 24.

El texto examina estas posibilidades a efectos de aclarar si la afirmación de que los actos unilaterales, destinatarios de normas civiles y comerciales, no son actos administrativos es defendible en la actualidad.

El artículo se estructura como sigue. En primer lugar, se analiza si el Derecho administrativo y el Derecho privado son categorías monolíticas que se repelen o si son conceptos graduales que admiten su aplicación dosificada a distintas situaciones fácticas y jurídicas [núm. I]. En segundo lugar, se estudia el acto administrativo como concepto dogmático en Colombia, dando cuenta de algunos de los debates más relevantes sobre los elementos de su definición, así como de la noción más admitida por parte de la jurisprudencia y la doctrina [núm. II]. En tercer lugar, se examina la tesis del “acto privado” en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, previo análisis del régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios [núm. III]. Finalmente, se somete a consideración dicha tesis para examinar la solvencia argumentativa de las razones en que se apoya y su coherencia con una concepción sistemática del Derecho administrativo [núm. IV].

I. Derecho administrativo y Derecho privado: conceptos graduales

Antes de analizar los elementos de la definición del acto administrativo y de esclarecer si solo puede predicarse su existencia cuando se rige por Derecho administrativo, son pertinentes algunos comentarios sobre la identidad de este régimen jurídico. La razón para abordar este tema es que, como se advertirá luego [núm. III], la tesis que afirma que el acto expedido no puede calificarse como *administrativo* si el régimen jurídico aplicable es el Derecho privado se apoya en una idea de lo que el Derecho administrativo es que puede discutirse a partir de una concepción sistemática de esta disciplina en la sociedad contemporánea: la idea de que el Derecho administrativo solo se aplica al ejercicio de actos de autoridad, esto es, al ejercicio de prerrogativas en las que se manifiesta el poder público del Estado –su *imperium*–.

Como se sabe, tradicionalmente, se ha intentado definir al Derecho administrativo apelando a criterios sustanciales para distinguirlo del Derecho privado, es decir, para independizarlo del régimen jurídico aplicable a los particulares. Planteándose una analogía

con la física contemporánea, ese arduo proyecto se ha calificado como “la búsqueda de la partícula de Dios”⁶. Esta metáfora caracteriza bien el propósito de hallar un único criterio que identifique la “esencia” del Derecho administrativo. Se ha pretendido encontrar ese criterio en conceptos materiales como el de “utilidad pública”, “prerrogativa” o “servicio público”⁷. Ante la insatisfacción teórica que genera la reducción temática del Derecho administrativo a alguno de estos conceptos, se ha ensayado un criterio “orgánico” –“subjetivo” o “estatutario”– que tampoco ha sido inmune a las críticas⁸.

Por ello, se ha cuestionado la utilidad de encontrar ese criterio unitario del Derecho administrativo en lugar de reconocer su carácter ecléctico⁹. La dificultad de sintetizar todo el Derecho administrativo en un elemento singular explica que en las últimas décadas se afirme que en la definición de aquel hay un problema lingüístico insoslayable. La ambigüedad del concepto exige que se atienda a los usos del lenguaje para captar un significado convencional, a partir de lo que se entiende en la práctica por dicha noción¹⁰. Además, el Derecho administrativo contemporáneo se ocupa de múltiples materias: urbanismo, medio ambiente, transporte, contratación pública, tributos, entre otras. Cada vez se incrementa su carácter sectorial y se reafirma que se trata de un Derecho disperso. Esto complejiza el desafío de hallar un único criterio que lo defina e incrementa el riesgo de conducirlo al fracaso.

Pero esto no significa que deba abandonarse el esfuerzo metodológico de ordenar las categorías teóricas, aún en medio de la dispersión normativa. Por ello, desde la década de los ochenta del siglo pasado, la “Escuela de la Reforma” reconoce la importancia de construir un Derecho administrativo como “sistema” a partir de la inducción de conceptos proporcionados por los distintos “sectores de referencia” y con fundamento en una “idea ordenadora”¹¹. En lugar de definir el Derecho administrativo con base en una sola categoría

–como lo pretendieron, por ejemplo, autores franceses como Hauriou, Waline o Jèze, entre otros–, lo relevante es abstraer a nivel teórico los rasgos de los ámbitos de referencia e intentar derivar o validar los principios constitutivos de esta área del Derecho. Ello exige un continuo diálogo entre la parte general y la parte especial¹². Esta continúa siendo una tarea de la “metodología académica” que guía a los juristas que se ocupan del estudio de dicha disciplina¹³.

En los últimos años se ha avanzado significativamente en la reflexión sobre la identidad conceptual del Derecho administrativo, al reconocerse que no resulta sensato intentar definirlo separándolo por completo del Derecho privado¹⁴. En tal sentido, se ha planteado que, más que una categoría absoluta, se trata de un “concepto gradual”¹⁵. Por tanto, es un régimen jurídico que admite una aplicación dosificada y, en consecuencia, una combinación con las normas que, por regla general, dirigen las relaciones entre particulares. Esto permite predicar en cada situación la presencia de “más” o “menos” Derecho administrativo¹⁶. Piénsese, por ejemplo, en lo que sucede en las relaciones entre particulares. El hecho de que estos se rijan por la normativa civil o comercial no obsta para que en la celebración de sus negocios deban cumplir también las normas tributarias, aunque el régimen preponderante del acto jurídico siga siendo el Derecho privado. De la misma manera, la Administración pública debe aplicar el Derecho privado cuando el Derecho administrativo remite a aquel en la regulación contractual, pero ello no quiere decir que el Derecho administrativo deje de ser necesariamente el régimen fundamental del contrato. Esta concepción gradual del Derecho administrativo y del Derecho privado permite, por tanto, argumentar lo siguiente: en primer lugar, que ambos se pueden aplicar a un mismo supuesto; en segundo lugar, que es factible determinar cuál prevalece y cuál rige en forma complementaria.

En definitiva, la cantidad de materias que son objeto de regulación por el Derecho administrativo contemporáneo y la especialidad de sus sectores de referencia desaconsejan el proyecto académico de reducirlo a un único elemento, como el ejercicio de prerrogativas

⁶ OSPINA GARZÓN 2014, 119.

⁷ RIVERO 2002, 37-44.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 17 y ss.

⁹ RIVERO 2002, 25-44; SANTOFIMIO GAMBOA 2003, 171; SUÁREZ TAMAYO 2010, 31.

¹⁰ MIR PUIGPELAT 2003, 68 y ss. Para un análisis de los problemas lingüística en Derecho administrativo *vid. también* MOREU 2020, 313 y ss.

¹¹ SCHMIDT-ASSMANN 2003, 1-26. Sobre la importancia de la “función ordenadora” en la construcción sistemática del Derecho administrativo, *vid. también* VERGARA BLANCO 2023, 27 y ss.

¹² SCHMIDT-ASSMANN 2021, 32-36.

¹³ DÍEZ SASTRE 2018, 32-35.

¹⁴ SCHMIDT-ASSMANN 2019, 233 y ss.

¹⁵ Para una explicación de este tipo de conceptos, *vid. ARROYO JIMÉNEZ 2021, 641.*

¹⁶ VELASCO CABALLERO 2014, 17.

públicas, por ejemplo. Los esfuerzos metodológicos deberían orientarse a sistematizarlo, de manera que la parte general guarde consonancia con los regímenes sectoriales y estos se nutran de las elaboraciones dogmáticas. Además, la unidad del ordenamiento jurídico justifica que, a pesar de la *summa divisio* –la distinción fundamental entre Derecho público y Derecho privado¹⁷, se tracen canales de comunicación entre las ramas del Derecho. No hay que ver ello como la desnaturalización de la identidad de cada una. Por tanto, cuando el Derecho administrativo admite la aplicación de ciertas dosis de Derecho privado, aquel no desaparece. Más aún, el Derecho administrativo “metaboliza” las normas jurídico-privadas para adecuarlas a sus reglas y principios.

II. Acto administrativo como concepto dogmático en Colombia

La consolidación del Derecho administrativo como régimen especial se manifiesta en un conjunto de conceptos dogmáticos de los cuales se predica un tratamiento más o menos distinto en comparación con el de las categorías del Derecho privado¹⁸. Uno de esos conceptos es el acto administrativo¹⁹. Aunque en sus orígenes se inspiró en el *acto jurídico* que rige entre particulares, con el tiempo ha adquirido un alto grado de independencia. La labor de la jurisprudencia y la doctrina ha sido relevante en la construcción del acto administrativo como institución paradigmática del Derecho administrativo²⁰. Quizá por ello, en la actualidad, algunos –como el Consejo de Estado colombiano, según se estudiará [núm. III]– afirman que el régimen jurídico-administrativo es un “elemento de la esencia” del acto administrativo, como sucede, en forma parecida, con los elementos de la esencia del acto jurídico privado, sin los cuales no existe o degenera en otro²¹. No obstante, como también se explicará [núm. IV], el hecho de que el acto administrativo haya nacido y evolucionado en el Derecho administrativo no es un argumento *suficiente* para defender la tesis según la cual sin la aplicación de este régimen jurídico no puede hablarse de la existencia de dicho acto. Es necesario, por tanto, detenerse en el concepto de acto administrativo. Solo de

esta manera podrá dilucidarse, más adelante, si dentro de los elementos de su definición es o no determinante la aplicación del Derecho administrativo.

Se debe reconocer que no hay consenso teórico en lo que respecta a la definición del acto administrativo. Por el contrario, en la doctrina abundan diversos significados. Esto no solo ha perpetuado el debate académico, sino que también ha tenido efectos sobre la aplicación del Derecho administrativo –en la práctica–, pues de la naturaleza del acto dependen aspectos del procedimiento para expedirlo y también temas asociados a su control judicial [*infra*. IV]. No es del caso reproducir aquí las distintas definiciones elaboradas por la doctrina. Pero conviene caracterizarlas sumariamente diciendo que en relación con el concepto de acto administrativo se presentan discusiones sobre aspectos como el tipo de expresión requerida para producirlo, su carácter unilateral o bilateral, la función que puede generarlos y su alcance normativo.

En cuanto al tipo de expresión, mientras que algunos autores indican que debe ser una declaración intelectual, enfatizando así en lo psicológico, otros argumentan que basta la manifestación de voluntad, agregando que es la voluntad objetiva de la norma, no la subjetiva de la persona física que lo expide²². En ese mismo ámbito se discute si lo que da lugar al acto es solo la expresión de la voluntad o también de otro tipo de actividades mentales como el juicio, el conocimiento o el deseo²³. En lo que atañe al carácter de dicha expresión, si bien la idea que parece más admitida es que debe ser unilateral²⁴, hay quienes afirman que puede haber también actos administrativos bilaterales como los contratos administrativos²⁵. También se pone en duda si la unilateralidad debe matizarse como consecuencia del impacto de la participación en la democracia contemporánea²⁶. Frente a la función, aunque existe un relativo acuerdo en sostener que es la función administrativa la que debe ejercerse para expedir el acto administrativo, también se ha defendido la autonomía de otras funciones que se manifiestan a veces en la adopción de actos administrativos, como la electoral y la de control²⁷. Con respecto al alcance normati-

¹⁷ VERGARA BLANCO 2014, 43 y ss.

¹⁸ Sobre la forma en que se construyen estos conceptos dogmáticos en Derecho administrativo y sus tipologías, *vid.* el completo trabajo de DÍEZ SASTRE 2018.

¹⁹ MOREU 2020, 323-324.

²⁰ PEÑA PORRAS 2008, 3 y ss.

²¹ Código Civil. Art. 1501.

²² BOCANEGRA SIERRA 2006, 35.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 526.

²⁴ GORDILLO 2014, IX-7.

²⁵ MARIENHOFF 1983, 39.

²⁶ SÁNCHEZ ZAPATA y VERGARA MESA 2021, 227 y ss.

²⁷ MARÍN CORTÉS s. f. y MARÍN CORTÉS 2018.

vo, por una parte, se afirma que el reglamento es distinto, tipológicamente, del acto administrativo²⁸; y por otra, se plantea que aquel es un acto administrativo general con vocación de permanencia en el tiempo²⁹.

En el ordenamiento jurídico colombiano la ausencia de un concepto de acto administrativo, que se aplique en forma sistemática y uniforme, también se presenta en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado³⁰. Esta circunstancia se ha acentuado por la inexistencia de una definición normativa. Solo se halla un antecedente de conceptualización legal de los actos administrativos en el anterior Código Contencioso Administrativo, expedido en 1984. Los definía como “las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”. Además, indicaba que “Las llamadas ‘operaciones administrativas’ y ‘vías de hecho’” eran “para todos los efectos, actos administrativos”³¹. Las discusiones generadas por esta definición, caracterizada por un excesivo contenido psicológico –pues hacía depender el acto del pensamiento–, hicieron que fuera derogada prontamente³². El actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³³ no contiene un concepto, aun cuando se refiera al acto administrativo en varias normas. Algunas aluden a este para exigir respecto de él requisitos de procedimiento, como el deber de motivación; otras, para señalar que contra él proceden recursos –mecanismos de impugnación en sede administrativa–; y otras, para decir que es susceptible de “medios de control” –denominación con la cual se hace referencia, en este contexto, a las pretensiones anulatorias y de restablecimiento del derecho que pueden entablarse frente a los actos administrativos en sede judicial–³⁴.

Como puede apreciarse, no son despreciables las diferencias conceptuales en la doctrina frente a la definición del acto administrativo. En ello pueden incidir factores como la cultura, el ordenamiento jurídico, la ideología, entre otros. Es importante tenerlo en cuenta al momento de trasplantar instituciones foráneas para construir un concepto de acto administra-

tivo acorde con los rasgos locales. Con todo, no se advierte en la doctrina una discusión relevante sobre si el acto administrativo, para serlo, debe regirse por Derecho administrativo. Como se ha indicado, las discrepancias se han presentado, principalmente, frente a otros aspectos, no sobre el régimen aplicable. La doctrina mayoritaria parece estar de acuerdo con la idea de que el régimen jurídico no es un elemento definitorio del acto administrativo, sino contingente. Asimismo, a pesar de las diferencias conceptuales, en Colombia es usual que se acepte que el acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad proferida por órganos del Estado o particulares, en ejercicio de función administrativa y con vocación de producir efectos jurídicos³⁵.

III. Tesis del acto privado en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano

Durante años la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano ha discutido la naturaleza de los actos expedidos por entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³⁶. Esta Sección se encarga, en última instancia, de resolver controversias y de unificar criterios hermenéuticos en asuntos relacionados, entre otros temas, con la contratación pública y la responsabilidad patrimonial del Estado. En 2020 la Sección Tercera expidió una sentencia de unificación jurisprudencial para solucionar este debate³⁷.

Las sentencias de unificación jurisprudencial –como indica su denominación– son fallos dictados por el Consejo de Estado, entre otras causales, por “importancia jurídica”, “trascendencia económica o social”, así como para “unificar o sentar jurisprudencia” sobre temas que estén generando debate³⁸. Estos fallos no solo vinculan a los demás órganos que conforman la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De hecho, estas sentencias también

²⁸ MEILÁN GIL 2017, 589-594.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA 2017, 551.

³⁰ DÍAZ DÍEZ 2019, 259-291.

³¹ Decreto-Ley N° 1, de 1984. Art. 83.

³² La derogó el Decreto N° 2304, de 1989. Art. 13.

³³ Ley N° 1437, de 2011.

³⁴ Arts. 17, 47, 49, 52, 57, 67, 88, 137 y 138, entre otros.

³⁵ *Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. con Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y otro (2023)* y *Juan Ignacio Ossa Betancur con Área Metropolitana del Valle de Aburrá (2021)*. En la doctrina, puede verse a MARÍN CORTÉS 2018; Santofimio Gamboa 2017, 526.

³⁶ Este Estatuto se integra por la Ley N° 80, de 1993, la Ley N° 1150, de 2007, y por otras normas legales que lo han modificado parcialmente. Su reglamentación se encuentra, de modo especial, en el Decreto N° 1082, de 2015.

³⁷ *Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. con Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (2020)*.

³⁸ Ley N° 1437 de 2011. Art. 270.

son obligatorias para la Administración³⁹. Lo que se unificó en 2020 tuvo que ver con la naturaleza y forma de control judicial de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Recientemente, en 2024, la misma corporación expidió una segunda sentencia de unificación jurisprudencial que abordó un tema similar, pero esta vez en relación con los actos contractuales de dichos operadores⁴⁰.

Para analizar este tema y reflexionar sobre el entendimiento del concepto de acto administrativo que expresa el Consejo de Estado en ambas sentencias, parece recomendable, metodológicamente, proceder de la siguiente manera. En primer lugar, se explicará en forma breve cuál es el régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, tanto para sus actos como para sus contratos. En segundo lugar, se analizará la sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020, explicando el caso, el sentido de la decisión y los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado. En un tercer momento se hará lo mismo, pero con la sentencia de 9 de mayo de 2024. El objetivo de este análisis de las dos sentencias, sin perjuicio de la mención de otros fallos, es examinar la solvencia de las razones planteadas por el máximo tribunal a partir de los comentarios hechos previamente sobre la concepción gradual del Derecho administrativo que mejor se aviene con sus características contemporáneas [*supra* I] y sobre la noción de acto administrativo que el mismo Consejo de Estado ha defendido [*supra* II].

1. Régimen de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios

Las empresas de servicios públicos domiciliarios son operadores que se encargan de la prestación de los servicios públicos de “acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible”⁴¹. Estas empresas pueden ser oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de su porcentaje de capital público. En las primeras debe ser del 100%, en las segundas, por lo menos, del 50% y en las terceras minoritario⁴². De acuerdo con el modelo económico establecido en la Constitución, estas empresas pueden

competir en el mercado, bajo la regulación, el control y la vigilancia del Estado⁴³. Por consiguiente, estos operadores ejercen una actividad conectada íntimamente con los fines del Estado social de Derecho, porque los servicios públicos domiciliarios satisfacen necesidades de interés general⁴⁴.

Para garantizar las condiciones jurídicas de la competencia, el legislador dispone que el régimen aplicable a estos operadores se integra por las normas civiles y comerciales. En tal sentido, señala que, salvo que, a nivel constitucional o legal, se diga otra cosa, los actos expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”⁴⁵. Sin embargo, ese adverbio se ha morigerado, como se explicará posteriormente. También indica la ley que los contratos que estas entidades celebren no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –un cuerpo normativo compuesto prevalentemente por Derecho administrativo–, salvo disposición legal en contrario. Por ejemplo, se establece que, aunque el régimen contractual de estas empresas sea de Derecho privado, si las comisiones de regulación exigen o autorizan la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos, todo lo relativo a dichas cláusulas se regirá por las normas del referido Estatuto⁴⁶.

Pero, aunque las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tengan un régimen legal de Derecho privado para sus actos y contratos, esto no significa una “huida” total del Derecho administrativo⁴⁷. Pueden plantearse varios argumentos para sustentar esta afirmación. Por una parte, estas empresas deben seguir cumpliendo los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en la Constitución⁴⁸, no solo porque esta lo exige, sino también porque así lo prevé la ley⁴⁹. Por otra parte, deben respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual⁵⁰. Asimismo, deben publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI) –un sistema que maximiza la transparencia

³⁹ Ley N° 1437 de 2011. Arts. 10 y 102.

⁴⁰ AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.– (2024).

⁴¹ Ley N° 142, de 1994. Art. 14.21.

⁴² Ley N° 142, de 1994. Arts. 14.5, 14.6 y 14.7.

⁴³ Constitución. Arts. 334 y 365-370.

⁴⁴ Constitución. Art. 2.

⁴⁵ Ley N° 142, de 1994. Art. 32.

⁴⁶ Ley N° 142, de 1994. Art. 31.

⁴⁷ MARÍN CORTÉS 2010, 354-355; SUÁREZ TAMAYO 2010, 187 y ss.

⁴⁸ Constitución. Arts. 209 y 267.

⁴⁹ Ley N° 1150, de 2007. Art. 13.

⁵⁰ Ley N° 1150, de 2007. Art. 13.

y la publicidad en comparación con la libertad de forma contractual que gobierna la contratación entre particulares⁵¹.

Además, al prestar un servicio público, dichas empresas, igualmente, son destinatarias de las normas que regulan los controles fiscal y disciplinario, que también son normas de Derecho administrativo. A su vez, les aplica la regulación del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo, con las excepciones que establece la ley⁵². No puede leerse, por tanto, de modo tan categórico la expresión “exclusivamente” del artículo 32 de la Ley N° 142 de 1994, con fundamento en el cual podría pensarse, en forma apresurada, que el único régimen de estas empresas es el Derecho privado. En todo caso, como se verá, este es el argumento principal del Consejo de Estado para negar que los actos precontractuales y contractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sean administrativos.

2. Naturaleza de los actos precontractuales en la sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020

Mediante sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020⁵³, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió, en segunda instancia, una controversia en la que se solicitaba la nulidad del acto administrativo de aceptación de una oferta y, consecuentemente, la anulación de un contrato de prestación de servicios perfeccionado con fundamento en dicha aceptación, junto con la indemnización de los perjuicios causados. La demandante fue la unión temporal integrada por Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda., quien no había sido la contratista en virtud de la aceptación de la oferta a otra empresa. La entidad demandada fue la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (EAAB), es decir, una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios cuyo régimen jurídico, según se analizó, es –aunque no exclusivamente– de Derecho privado. El Consejo de Estado conoció en segunda instancia del litigio, debido al recurso de apelación interpuesto por el demandante ante el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó sus pretensiones.

El Consejo de Estado examina la naturaleza jurídica del acto de aceptación de la oferta expedido por la entidad demandada, pues entiende que de ello depende la procedencia de la primera pretensión, esto es, de la solicitud de anulación del acto administrativo. El máximo tribunal concluye que dicha decisión “no es un acto administrativo, sino una decisión que se rige por derecho privado”, pues los artículos 31 y 32 de la Ley N° 142 de 1994 indican que este es el régimen aplicable a dichas empresas. Por ende, el Consejo de Estado califica la aceptación de la oferta como un “acto privado” o como un “acto jurídico de carácter privado”. En consecuencia, señala que, por no ser un acto administrativo, contra él no procede pretensión anulatoria en ejercicio de los medios de control de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho o de controversias contractuales⁵⁴.

Señala que lo único que puede discutir quien considere que resultó perjudicado por las decisiones adoptadas por los prestadores de servicios públicos domiciliarios antes del perfeccionamiento del contrato es la responsabilidad precontractual (por culpa *in contrahendo*). En tal sentido, argumenta que, al no tratarse de actos administrativos, la indemnización de los perjuicios solo puede lograrse solicitando la declaración de responsabilidad extracontractual de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, en ejercicio del medio de control de reparación directa. Como se sabe, este medio de control no se comporta como anulatorio porque no busca que se declare la ilegalidad de actos administrativos, sino la responsabilidad por acciones u omisiones causantes de daño antijurídico⁵⁵.

Según expresa el Consejo de Estado, hay una razón adicional para negar que la decisión de aceptación de la oferta sea un acto administrativo. Dice que, además de que el Derecho privado que la rige impide considerarla como tal, el principio de legalidad de la competencia también lo prohíbe, pues no existe una norma legal que faculte a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para expedir actos administrativos en la fase precontractual. De este modo, sostiene que, como, de acuerdo con la Constitución, los servidores públicos

⁵¹ DÍAZ DÍEZ, 2023, 18 y ss.

⁵² Ley N° 1437, de 2011. Arts. 2 y 103-105.

⁵³ *Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. con Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.* (2020).

⁵⁴ Estos medios de control se regulan, fundamentalmente, en los arts. 137, 138 y 141 de la Ley N° 1437, de 2011. El Decreto N° 1, de 1984, denominaba a esos medios de control “acciones”.

⁵⁵ Ley N° 1437, de 2011. Art. 140. Para la época en que se suscitó la controversia, era el art. 86 del Decreto N° 1, de 1984.

solo pueden hacer lo que se les permita expresamente⁵⁶, si no tienen competencia para expedir actos administrativos ha de concluirse que sus decisiones no pueden calificarse de dicha manera, esto es, deben considerarse actos de otra naturaleza, pero no administrativos. Con fundamento en esta aseveración, el Consejo de Estado entiende que los órganos públicos solo pueden expedir actos administrativos si una norma legal lo dice expresamente o cuando, por lo menos, permite adoptar decisiones respecto de las cuales no cabe duda de que lo son. En cuanto a esto, la sentencia de unificación jurisprudencial se decanta por considerar que la norma otorga competencia para proferir ese tipo de actos, aunque no los llame así en forma explícita, cuando conlleven el ejercicio de prerrogativas públicas, como, por ejemplo, el acto que hace efectivas las cláusulas excepcionales del contrato. Pero dice que no hay una norma que atribuya este tipo de facultades en la etapa precontractual.

Ahora bien, a pesar de que en esta sentencia se afirma que los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos porque se rigen por el Derecho privado, se admite que deben respetar los principios de la *función administrativa*, tal como ordena el artículo 13 de la Ley N° 1150 de 2007. Con ello es claro que el Consejo de Estado acepta que dichas empresas ejercen dicha función. Sin embargo, inexplicablemente, sostiene que ello no afecta su régimen jurídico-privado ni la naturaleza de sus decisiones. En otras palabras, colige que los principios constitucionales del Derecho administrativo, cuando se aplican al Derecho privado, no lo alteran en modo alguno, es decir, lo dejan indemne. Con fundamento en estas consideraciones, el Consejo de Estado concluye que como el acto de aceptación de la oferta no es un acto administrativo no es posible estudiar los vicios característicos de este. También argumenta que como la demandante no probó los supuestos perjuicios tampoco hay lugar a la declaración de responsabilidad extracontractual por la violación, que sí se acreditó, de las reglas de la buena fe, por parte de la entidad contratante.

3. Naturaleza de los actos contractuales en la sentencia de unificación jurisprudencial de 9 de mayo de 2024

La sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020 contiene comenta-

rios que permiten inferir que la tendencia, al interior de este alto tribunal, es extender la categoría de los "actos privados" a los expedidos en cualquier etapa del trámite precontractual, contractual y post-contractual por entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, una tendencia consistente en negar que sean actos administrativos. Las entidades exceptuadas –también denominadas entidades con régimen especial– son aquellos órganos del Estado que, por disposición legal, se rigen, considerablemente, por Derecho privado en materia contractual, a diferencia de las entidades sometidas a dicho Estatuto, pues estas se regulan por mayor cantidad de reglas de Derecho administrativo. El artículo 2 de la Ley N° 80 de 1993 señala cuáles son las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, las entidades que tienen un régimen contractual preponderantemente jurídico-administrativo. A modo de ejemplo, entre estas entidades está la Nación, el Senado de la República, los departamentos y los municipios. Por su parte, el fundamento para la exclusión de ciertas entidades públicas del campo de aplicación de dicho Estatuto no se encuentra en uno solo sino en varios enunciados normativos dispersos en las leyes. A título de ejemplo, como se explicó, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se exceptúan de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por el artículo 31 de la Ley N° 142 de 1994. Algo similar sucede con las empresas sociales del Estado –en virtud del artículo 195.6 de la Ley N° 100 de 1993–, con ECOPEPETROL S.A. –entidad exceptuada por el artículo 6 de la Ley N° 1118 de 2006– y con las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en competencia –con fundamento en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–, entre otras tantas entidades exceptuadas.

Pero, aunque de la parte motiva de dicho fallo podía colegirse lo que se indica, solo unificó jurisprudencia en relación con la naturaleza de los actos *precontractuales* de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y así lo dijo el Consejo de Estado de manera expresa. Esto explica que recientemente se haya expedido una nueva sentencia del mismo rango para precisar la naturaleza de los actos *contractuales* de tales empresas. Se trata de la sentencia de unificación juris-

⁵⁶ Constitución. Arts. 6 y 121-123.

prudencial de 9 de mayo de 2024⁵⁷. En esta oportunidad el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. El contratista –AG Consultores Ambientales Ltda.– pretendía, entre otras cosas, la anulación de los actos administrativos –calificados así por el demandante– expedidos por la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali (EMSIRVA E.S.P.), mediante los cuales había liquidado unilateralmente el contrato y había declarado el incumplimiento, haciendo a su vez efectiva la cláusula penal pecuniaria.

De este modo, la discusión versaba sobre la legalidad de actos proferidos durante la ejecución y luego de la terminación del contrato. A este tipo de actos se les conoce, en el lenguaje convencional de la contratación pública colombiana, como *actos contractuales*, porque se expiden después del perfeccionamiento de un contrato estatal. Tanto la imposición administrativa de una cláusula penal pecuniaria como la liquidación unilateral son decisiones proferidas por la Administración, es decir, son actos en los que no media el consentimiento del contratista. Lo anterior con independencia de que la entidad se rija o no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo que varía es el régimen sustantivo aplicable. Mientras que las entidades que se rigen por dicho Estatuto encuentran en este una regulación especial de tales prerrogativas⁵⁸, las exceptuadas deben aplicar las normas civiles y comerciales⁵⁹. No interesa discutir aquí si las entidades exceptuadas tienen o no competencia para ejercer estas facultades, aun cuando se reconoce la relevancia de este debate, que viene resolviéndose afirmativamente por el Consejo de Estado, a pesar de las dudas que sigue generando⁶⁰. Lo que quiere resaltarse es que dichos poderes se expresan en

declaraciones *unilaterales* de la Administración contratante.

A pesar de que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en primera instancia, consideró que las decisiones de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali constituían actos administrativos –anulando uno de ellos–, el Consejo de Estado discrepa de tal apreciación. A diferencia del Tribunal, sostiene que los actos expedidos por la entidad contratante no son verdaderos actos administrativos. El argumento principal que el Consejo de Estado esgrime para negarles esa calidad a los actos contractuales es que se rigen por el Derecho privado, es decir, el mismo argumento que había empleado dicha corporación en la sentencia de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de 2020 para los actos precontractuales. El alto tribunal precisa aún más esta tesis en la sentencia de 9 de mayo de 2024, señalando que si el régimen de los operadores de servicios públicos domiciliarios es el Derecho privado ello implica que los actos y contratos de tales prestadores son privados, pues se expiden en “un escenario donde no obran prerrogativas de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos”. De este modo, acoge un concepto restringido de acto administrativo al circunscribirlo a las decisiones que supongan ejercer “prerrogativas de poder público o de autoridad”. En tal sentido, expresa que el acto administrativo es “una declaración unilateral de voluntad generadora de efectos jurídicos mediante el nacimiento, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho, situación jurídica, deber u obligación que, además, proviene del ejercicio de una prerrogativa de poder público de la Administración”⁶¹. Esta definición, según la sentencia que se comenta, solo debe aplicarse a los “actos de autoridad” de las empresas de servicios públicos domiciliarios, no a sus “actos de gestión”.

El Consejo de Estado señala que las decisiones adoptadas por la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios en el marco de un contrato son “actos de Derecho privado” en aquellos casos en que tales decisiones no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, si, por ejemplo, la empresa declara la caducidad porque esta cláusula excepcional se

⁵⁷ AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.– (2024).

⁵⁸ Los arts. 60 de la Ley N° 80 de 1993 y 11 de la Ley N° 1150 de 2007 establecen la liquidación unilateral del contrato para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El art. 17 de la segunda Ley les permite, además, imponer multas y hacer efectivas unilateralmente –sin necesidad de acudir al juez– cláusulas penales pecuniarias estipuladas en el contrato.

⁵⁹ No hay, en Colombia, normas civiles y comerciales que prevean la liquidación unilateral del contrato, pero sí se encuentran normas de esa naturaleza referidas a la cláusula penal. Por ejemplo, los arts. 1592 y ss. del Código Civil y 867 y 949 del Código de Comercio.

⁶⁰ En relación con la posibilidad de que en los contratos de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se pacte, por autonomía de la voluntad, este tipo de facultades unilate-

rales *vid.* Compañía Aseguradora de Fianzas-CONFIANZA S.A. con Nación-Ministerio de Agricultura (2023).

⁶¹ AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.– (2024).

ha estipulado por orden o autorización de la comisión de regulación respectiva, tal decisión sí es un acto administrativo porque respecto de ella rige el referido Estatuto, aun cuando en principio dicha empresa se encuentra exceptuada de este⁶². Según el Consejo de Estado, no cabe duda de que en un evento así lo expedido es un acto administrativo, pues, además de que lo gobierna el Derecho administrativo, materializa una evidente prerrogativa pública. Aunque no aclara qué debe entenderse por tal *prerrogativa*, la sentencia permite suponer que es un poder unilateral que el ordenamiento reconoce exclusivamente al Estado y del cual carecen, por tanto, los particulares. En cambio, si la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios toma una decisión relacionada con el contrato, durante su ejecución o posteriormente, pero no en ejercicio de prerrogativas reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, no es un acto administrativo. Dicho de otro modo, si la fuente de la decisión adoptada es la autonomía de la voluntad reconocida por el Derecho privado⁶³ –concretada en la estipulación contractual– tal decisión no supone entonces el ejercicio de una prerrogativa pública y, por tanto, no puede denominarse acto administrativo.

No obstante, el Consejo de Estado consideró necesario efectuar la salvedad de que si en el contrato se pacta la posibilidad de la empresa de servicios públicos domiciliarios de adoptar un acto administrativo para ejercer alguna facultad unilateral permitida por la autonomía de la voluntad en ese caso sí es anulable dicha cláusula y el acto proferido en virtud de ella. Es más, emplea el ejemplo de la liquidación unilateral. Dice que la cláusula que establece que la empresa podrá liquidar unilateralmente el contrato es válida, y que la decisión en la que ejerza tal potestad no es un acto administrativo. Pero indica que la cláusula que dispone que la empresa podrá expedir un acto administrativo para liquidar unilateralmente el contrato no es válida, pues los operadores de servicios públicos domiciliarios,

por regla general, no pueden expedir ese tipo de actos. Es factible liquidar unilateralmente el contrato, pero mediante un acto que no sea administrativo. Como se observa, el *nomen iuris* parece lo determinante en este argumento.

Con fundamento en la idea de que los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios no son, por regla general, actos administrativos, el Consejo de Estado señala que, en consecuencia, frente a ellos no proceden medios de control ni pretensiones de carácter anulatorio. Es decir, en contra de las decisiones proferidas por estas empresas después de la celebración de un contrato –relacionadas con este– no puede formularse demanda de nulidad ni de nulidad y restablecimiento del Derecho ni solicitarse la anulación dentro de la demanda de controversias contractuales⁶⁴. Este medio de control permite “que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales”⁶⁵. Sin embargo, como, para el Consejo de Estado, los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, no son actos administrativos no es posible que el juez estudie y resuelva dicha pretensión anulatoria dentro de una demanda de controversias contractuales. El alto tribunal sostiene que solo se puede analizar la pretensión de nulidad de un acto cuando se presume legal y que esto es algo que únicamente se predica de los actos administrativos, no de los actos de Derecho privado⁶⁶. Por ende, expresa que no es viable analizar los vicios de validez del acto administrativo en un acto que no lo es⁶⁷. Lo ejemplifica con la falta de competencia, señalando que solo se configura respecto del acto administrativo, de manera que si la decisión expedida es un acto privado no es posible declarar la nulidad por ese vicio.

A partir de lo expuesto, la sentencia concluye que, respecto de los actos contractuales –unilaterales– de las empresas prestadoras

⁶² Como se explicó [vid. núm. III.1], el art. 31 de la Ley N° 142 de 1994 establece que, aunque el régimen de los operadores de servicios públicos domiciliarios es el Derecho privado, lo relativo a las cláusulas excepcionales estipuladas en sus contratos sí se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que prevé mayor cantidad de reglas de Derecho administrativo. La cláusula de caducidad –que permite la terminación del contrato por incumplimiento– se regula, principalmente, en los arts. 14 y 18 de la Ley N° 80 de 1993.

⁶³ Código Civil. Art. 1602.

⁶⁴ Los arts. 137 y 138 de la Ley N° 1437, de 2011, regulan los medios de control de “nulidad” y “nulidad y restablecimiento del Derecho” contra actos administrativos. Su art. 141 desarrolla el medio de control de “controversias contractuales”.

⁶⁵ Ley N° 1437, de 2011. Art. 141.

⁶⁶ Ley N° 1437, de 2011. Art. 88 (sobre la “presunción de legalidad del acto administrativo”).

⁶⁷ El art. 137 de la Ley N° 1437, de 2011, consagra los vicios que afectan la validez del acto administrativo. Estos deben argumentarse y probarse por el demandante. Los vicios son la expedición del acto infringiendo las normas que debieron fundamentarlo, la falta de competencia, la “forma irregular”, el menoscabo del “derecho de audiencia o de defensa”, la “falsa motivación” y la “desviación de poder”.

de servicios públicos domiciliarios, regidos por Derecho privado, solo procede discutir judicialmente si hacen incurrir a la entidad contratante o no en incumplimiento del contrato. Esto es, plantea que dichos actos solo pueden analizarse por el juez en el marco de la responsabilidad contractual. En tal sentido, dice que no es necesario que el demandante solicite la nulidad del acto –pues no es un acto administrativo–, pero que si la pide el juez tiene la obligación de encauzar la pretensión adecuadamente. En el caso concreto objeto de análisis el Consejo de Estado niega la pretensión de condena a la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios porque no se acreditó un incumplimiento causante de perjuicios al contratista.

IV Acto de derecho privado de la Administración como acto administrativo

Las dos sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano, que fueron objeto de síntesis anteriormente, permiten problematizar la tesis que en ellas se expresa y los argumentos que la sustentan. El objetivo de este último numeral del texto no es defender un único concepto de acto administrativo. Ya se ha señalado que su definición no es unánime [núm. II]. La finalidad es, simplemente, mostrar la falta de coherencia sistemática y las dificultades que derivan de la afirmación del Consejo de Estado según la cual los actos proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en la etapa precontractual y contractual, no son actos administrativos cuando se rigen por Derecho privado, en la medida en que no son producto del ejercicio de prerrogativas públicas. Los cuestionamientos a que da lugar esta afirmación, por una parte, se relacionan con la concepción del Derecho privado y del Derecho administrativo en que se fundamenta. Por otra parte, tienen que ver, propiamente, con el concepto de acto administrativo.

En relación con lo primero, el Consejo de Estado parece suponer, implícitamente, una *suma divisio* absoluta. En otras palabras, al afirmar que la decisión del operador de los servicios públicos domiciliarios es acto privado si se rige por Derecho privado y administrativo si se regula por Derecho administrativo tácitamente afirma que, tratándose de decisiones de la Administración, se puede predicar una separación tajante entre ambas ramas del Derecho. Se considera que este argumento no es admisible. Aunque, teórica y metodo-

lógicamente, la distinción es útil –en términos epistemológicos y heurísticos⁶⁸, la vigencia de un área del Derecho no supone necesariamente excluir a la otra. Esto se puede apreciar en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Aunque los operadores en este sector se rijan por normas civiles y comerciales⁶⁹, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 indica que todas las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con independencia del régimen de contratación aplicable, deben respetar los principios constitucionales de la función administrativa⁷⁰ y de la gestión fiscal⁷¹, acatar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y adelantar su actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP II). Asimismo, respecto de las decisiones precontractuales o contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios rigen otras normas de Derecho administrativo, con independencia de que *también* se les aplique el Derecho privado. Piénsese en la decisión de abrir el procedimiento de selección del contratista sin certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) o la de ordenar el inicio de la ejecución del contrato sin registro presupuestal (RP), cuando el contrato suponga la ejecución de recursos públicos. Tanto la primera decisión –precontractual– como la segunda –contractual– atenta contra las reglas del Derecho administrativo que ordenan tener dichos soportes presupuestales⁷². Asimismo, cuerpos normativos como el Código General Disciplinario⁷³, la normativa sobre responsabilidad fiscal⁷⁴ y la regulación general del procedimiento administrativo⁷⁵ rigen sobre la actividad de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Por tanto, el Derecho privado que se aplica a estas empresas no es

⁶⁸ VERGARA BLANCO 2023, 131.

⁶⁹ Ley N° 142, de 1994. Arts. 31 y 32.

⁷⁰ El art. 209 de la Constitución consagra los principios de la función administrativa, indicando que se encuentra “al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

⁷¹ El art. 267 de la Constitución enuncia los principios de la gestión fiscal, mencionando, entre otros, la “eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales”.

⁷² *Vid.* el art. 71 del Decreto N° 111, de 1996 y el art. 21 del Decreto N° 115, de 1996.

⁷³ Ley N° 1952, de 2019.

⁷⁴ Ley N° 610, de 2000, entre otras.

⁷⁵ Ley N° 1437, de 2011. Arts. 1-102. Ello en virtud del “principio de subsidiariedad” que este Código prevé en los arts. 2, 34 y 47.

“puro”, sino un Derecho privado *matizado* por el Derecho administrativo⁷⁶. Los ejemplos previos muestran que más que una *disyunción* –“o”–, es la *conjunción* –“y” (“más”)– la que mejor explica la relación entre ambas ramas del Derecho⁷⁷.

En lo que respecta a la definición del acto administrativo, como se expuso, las dos sentencias de unificación jurisprudencial –de 3 de septiembre de 2020 y de 9 de mayo de 2024– acogen una noción restrictiva de acto administrativo, pues dicen que se trata de una declaración de voluntad de la Administración mediante la cual ejerce prerrogativas públicas o de autoridad. Además, señala que esa decisión debe regirse por Derecho administrativo para poder calificarse como acto administrativo. Esta definición es muy discutible. En primer lugar, parte de la consideración de que solo son actos administrativos los llamados “actos de autoridad”, más no los “actos de gestión”. Tal distinción es problemática, y puede ponerse en duda su justificación en la actualidad. En el contexto decimonónico francés se empleó para reivindicar la competencia de la Jurisdicción Administrativa y la autonomía de un régimen emergente que debía distinguirse del aplicable a los particulares⁷⁸, pero hoy no tiene mucho sentido conservarla⁷⁹. Ese tipo de criterios materiales afectan a la seguridad jurídica. No es comprensible por qué se afirma que en un caso se ejerce autoridad y en el otro no. Por ejemplo, en el marco de las dos sentencias, el Consejo de Estado diría que es claro que cuando una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios interpreta unilateralmente el contrato⁸⁰ profiere un “acto de autoridad”; y que, en cambio, cuando impone una multa durante la ejecución contractual, en virtud de la cláusula pactada por autonomía de la voluntad, expide un “acto de gestión”. Cabe la pregunta: ¿no hay en ambos casos una decisión del Estado en la que se concreta un poder público que la otra parte

del contrato no tiene? El Consejo de Estado, sin embargo, se basa en el régimen aplicable para reforzar su argumento⁸¹. En tal sentido, sostiene que como el acto de interpretación unilateral es una cláusula exorbitante regulada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –por Derecho administrativo– es acto administrativo, mientras que el acto de imposición de la multa se rige por Derecho privado. Pero esa adición del régimen al argumento tampoco resulta satisfactoria para admitir que haya diferencia entre ambas decisiones, en cuanto a la naturaleza de la potestad, pues ya se explicó que la aplicación del Derecho administrativo y del Derecho privado no es antagónica –como el agua y el aceite, en sentido figurado–, sino que se trata de una relación complementaria.

La tesis sostenida por el Consejo de Estado en los fallos de unificación analizados permite también preguntarse por sus implicaciones frente al ejercicio del derecho fundamental de acción o de tutela judicial efectiva⁸². Es cierto que hoy el contencioso-administrativo no se reduce a ser un “proceso al acto”⁸³, pero eso no quiere decir que el acto administrativo no aporte fijeza o seguridad jurídica a las personas en sus relaciones con la Administración y al momento de acudir a la jurisdicción⁸⁴. En Colombia, varios medios de control proceden frente a actos administrativos: nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales –frente a actos contractuales– entre otros⁸⁵. Si se niega que los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios son actos administrativos esto puede tener dos interpretaciones, en la perspectiva del derecho de acción. Por una parte, se puede tener una interpretación optimista, que vea en ello una reducción de exigencias procesales para el particular –o para quien, en su caso, actúe como demandante–, porque no tendrá que desvirtuar la presunción de legalidad de actos administrativos, es decir, no tendrá que cumplir con la carga probatoria que supone la acreditación de sus vicios. En tal sentido,

⁷⁶ MARÍN CORTÉS 2010, 354-355.

⁷⁷ En similar sentido, *vid.* VELASCO CABALLERO 2014, 17 y ss.

⁷⁸ Se dice que esta distinción se debe, principalmente, a Laferrière. Al respecto, *vid.* JÉZE 1948, LXIII; HAURIUO 2003. Para una explicación de este criterio distintivo *vid.* también PEÑA PORRAS 2008, 18-19; RIVERO 2002, 33-37.

⁷⁹ Aun cuando su criterio del “servicio público” también se ha cuestionado, para una crítica del poder soberano como criterio de justificación del Estado y de su régimen *vid.* DUGUIT 1975, 10 y ss.

⁸⁰ El art. 15 de la Ley N° 80, de 1993, prevé la posibilidad de interpretar unilateralmente el contrato estatal ante discrepancias en que las partes no logren ponerse de acuerdo y que puedan paralizarlo o afectar gravemente el servicio público que se pretende garantizar con su ejecución.

⁸¹ *Vid.*, en tal sentido, CASSAGNE 2013, 121-124, quien acepta que la “tipicidad de su régimen jurídico” –de Derecho público– es un elemento definitorio del acto administrativo, pero afirma que este no es solo la decisión adoptada en ejercicio de *imperium*.

⁸² *Vid.* el art. 229 de la Constitución, que reconoce “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”.

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA 2007, 52.

⁸⁴ BOCANEGRA SIERRA 2005, 17-18.

⁸⁵ Ley N° 1437, de 2011. Arts. 137, 138 y 141.

parece que el medio de control se torna más amplio, flexible y garantista para el demandante. Esta es la valoración implícita en las dos sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

Pero, por otra parte, puede también hacerse una lectura pesimista. Afirmar que los actos precontractuales y contractuales de los operadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos representa, en cierto sentido, un obstáculo para el debido proceso y, en últimas, para la tutela judicial efectiva. Si una decisión no se califica como acto administrativo, la Administración puede aducir que no aplicará las normas de procedimiento porque estas se circunscriben a ese tipo de actos. Dentro de tales normas se encuentran, por ejemplo, los deberes de motivación, comunicación, publicación o notificación o la posibilidad de impugnar –interponer recursos– en sede administrativa, pues estas normas prevén su procedencia solo frente a actos administrativos⁸⁶. Por otra parte, de la falta de reconocimiento de la categoría de acto administrativo a la decisión de dichas empresas también se sigue que no pueden discutirse los vicios que inciden en la validez. Así lo reconoce el Consejo de Estado, al decir que no procede cuestionar la falta de competencia, porque, según afirma, este es un vicio del acto administrativo que no cabe esgrimirse frente al acto privado⁸⁷. En definitiva, la reducción del haz de mecanismos de impugnación administrativa, de medios de control judicial y de pretensiones procesales puede afectar considerablemente el ejercicio del debido proceso y el éxito del derecho de acción. Y no es claro que este riesgo desaparezca por la circunstancia de que, aunque no puede impugnarse el acto ni demandarse su nulidad, es viable demandar la declaración de responsabilidad que su expedición ha generado. Esto circunscribe el objeto de la demanda a la discusión de si hubo o no incumplimiento y a la prueba del daño o de los perjuicios causados. En cambio, cuando se reconoce que algo es un acto administrativo, además de eso, se

pueden debatir en el proceso los demás vicios que afectan la validez de aquel.

A partir de lo anterior, puede observarse cómo el concepto de “acto privado” ofrece dificultades de encaje en una concepción del Derecho administrativo que reconoce el diálogo permanente con otras áreas del ordenamiento jurídico y que, por tanto, no considera al Derecho administrativo como un cuerpo cerrado de normas y de categorías abstractas incomunicado de otros sistemas⁸⁸. El hecho de admitir “deslizamientos territoriales” o “puentes” entre los dos grandes campos del Derecho no hace perder autonomía al sistema de Derecho administrativo⁸⁹. Si, como se ha argumentado, a los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios también los rige el Derecho administrativo, aun cuando también se regulen por normas civiles y comerciales, siguiendo la lógica del Consejo de Estado, no cabe sino afirmar que el llamado “acto privado” que aquellas profieren es acto administrativo, pues es una manifestación de voluntad en ejercicio de función administrativa con vocación de producir efectos jurídicos. Ello se refuerza si se admite que la unilateralidad es más característica –o por lo menos más reconocida– en Derecho público⁹⁰. La plasticidad del elemento “prerrogativa pública” también permitiría justificar esta afirmación, si se acepta que la autotutela declarativa que se materializa en la expedición del acto⁹¹ es suficiente prueba del ejercicio del poder estatal. Este podría ser un argumento para indicar que al ser la Administración la que toma la decisión, independientemente del régimen jurídico aplicable, se acerca más al lado público de la *summa divisio*⁹². Ahora bien, si se prescinde del régimen jurídico y de la confusa distinción entre “actos de gestión” y “actos de autoridad” para definir el acto administrativo, con mayor razón lo es la decisión que, además de Derecho administrativo, se rige por Derecho privado.

Conclusiones

De lo expuesto en este artículo puede concluirse lo siguiente:

⁸⁶ En la Ley N° 1437, de 2011, por ejemplo, el art. 17 dice que el acto administrativo deberá motivarse. Los arts. 65 y ss. regulan la publicación, comunicación y notificación de los actos administrativos. Los arts. 74 y ss. establecen que los recursos también proceden frente a actos administrativos, que a su vez sean particulares y definitivos, sin perjuicio de algunas excepciones. Pero en estas normas no se establece la procedencia de tales medidas frente a “actos privados” o que no sean administrativos.

⁸⁷ *AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.–* (2024).

⁸⁸ SCHMIDT-ASSMANN 2019, 233 y ss.

⁸⁹ VERGARA BLANCO 2023, 107 y ss., 195 y ss.

⁹⁰ SCHMIDT-ASSMANN 2019, 235.

⁹¹ MORA PÉREZ 2011, 1 y ss.

⁹² Este criterio –denominado como “iuspublicidad”– se ha empleado para señalar que el Derecho público es el preponderante cuando la Administración es la que decide la situación, asegurando el cumplimiento de las normas. Sobre esto, *vid.* VELASCO CABALLERO 2014, 17 y ss.

1. Los conceptos dogmáticos cumplen un importante papel en la construcción científica del Derecho administrativo. Asimismo, la claridad en torno a ellos repercute positivamente en la aplicación de las normas, en la práctica, facilitando así el trabajo de los juristas⁹³. Se reconoce que el acto administrativo es un concepto dogmático central del Derecho administrativo. Muestra de ello es que el Consejo de Estado colombiano, en la actualidad, niega que las decisiones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en el marco de la contratación, sean actos administrativos, cuando se rigen por Derecho privado.

2. Pero, si bien la *summa divisio* es una herramienta epistémica y metodológica que resulta aún pertinente, se debe tener cuidado con entender que las remisiones que haga el legislador al Derecho privado desnaturalizan al Derecho administrativo y a sus conceptos dogmáticos⁹⁴. El Derecho administrativo admite también la aplicación complementaria del Derecho privado, es decir, acepta una mixtura en la que las normas civiles y comerciales se adecuen al Derecho administrativo. Las reglas y principios que componen este sistema pueden captar y metabolizar las instituciones del Derecho privado. Por ello, hay ocasiones en que, en lugar de uno u otro, rige "Derecho público más Derecho privado"⁹⁵.

3. Esto es lo que se presenta en el régimen ordinario de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia. Es cierto que el legislador estableció que dichos operadores económicos se rigen por Derecho privado. Pero no lo es menos que el mismo legislador estableció –en una norma posterior y especial– que también deben respetar reglas y principios de Derecho administrativo⁹⁶. Estos últimos tienen una jerarquía superior porque son normas constitucionales⁹⁷. En tal sentido, es forzoso concluir que el Derecho privado que regula a estas empresas en su actividad contractual es un Derecho privado matizado o que se aplica complementariamente con el Derecho administrativo.

4. Por tanto, la tesis defendida por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación jurisprudencial de 3 de septiembre de

2020 y de 9 de mayo de 2024 es problemática. Lo es porque, asumiendo que los actos administrativos solo son lo que se rigen por Derecho administrativo, concluye que las decisiones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, proferidas en la fase precontractual y contractual, no pueden calificarse de ese modo, sino como actos privados, porque se regulan por Derecho privado y no por Derecho administrativo. Esta afirmación se fundamenta en una asunción inválida, porque las decisiones de esas empresas no solo se rigen por Derecho privado, sino también, como se explicó, por Derecho administrativo.

5. La postura jurisprudencial vigente también es cuestionable porque acoge una noción restrictiva de acto administrativo. Lo define como una declaración de voluntad productora de efectos jurídicos que supone el ejercicio de prerrogativas públicas o de autoridad. El carácter confuso de la distinción clásica entre "actos de autoridad" y "actos de gestión" desaconseja continuar empleando este criterio, porque complejiza identificar la naturaleza de las decisiones de la Administración. En tal sentido, afecta la seguridad jurídica. Si la expedición del acto administrativo siempre involucra un poder de autotutela declarativa, no se entiende por qué se dice que no supone el ejercicio de una prerrogativa. Tampoco se comprende por qué el Consejo de Estado, empleando ese criterio, acepta que el ejercicio de una cláusula exorbitante, como la caducidad o la interpretación unilateral, es un acto administrativo, mientras que la imposición de una multa o la liquidación unilateral no. No resulta satisfactorio que la respuesta sea que en un caso las prerrogativas se regulan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el otro caso no, porque esto alude al régimen jurídico, no a la naturaleza de la potestad.

6. Finalmente, si bien el afectado por una decisión administrativa calificada por la jurisprudencia como "acto privado" puede ejercer el derecho fundamental de acción, hay razones para temer que vea reducidas sus herramientas procedimentales y procesales. Es decir, de la negación de la calidad de acto administrativo a la decisión se sigue que no hay reglas que ordenen su publicación, notificación o comunicación. Tampoco hay normas que exijan su motivación. Asimismo, el afectado carece de preceptos que hagan imperativa la posibilidad de interponer recursos. Adicionalmente, no puede solicitar la nulidad de la decisión alegando la configuración de alguno

⁹³ DÍEZ SASTRE 2018, 32-35; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 11-18; VERGARA BLANCO 2015, 361 y ss.

⁹⁴ VERGARA BLANCO 2023, 29 y ss.

⁹⁵ En alusión al título del libro de Velasco Caballero 2014.

⁹⁶ Ley 1150 de 2007. Art. 13.

⁹⁷ Constitución. Arts. 209 y 267.

de los vicios que, según las sentencias de unificación analizadas, solo pueden presentarse en los actos administrativos. Únicamente le queda el camino de pedirle a la Jurisdicción que declare la responsabilidad precontractual (por culpa *in contrahendo*) o la responsabilidad contractual, según el caso, a efectos de que se le repare el daño causado por el acto. Esto es algo, sin duda, pero no es suficiente para eliminar el riesgo de afectación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, porque reduce los argumentos que pueden esgrimirse, en comparación con los que podría aducirse si se aceptara que esas decisiones son actos administrativos.

Bibliografía citada

- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2021). Las bases constitucionales del Derecho administrativo. En J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL, y L. ARROYO JIMÉNEZ [Coords.], *Tratado de Derecho administrativo* (Vol. I. Introducción. Fundamentos, 561-664). Marcial Pons.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Iustel.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo* (3a ed.). Thomson Civitas.
- BOQUERA OLIVER, J. M. (1993). *Estudios sobre el acto administrativo* (7.a ed.). Civitas.
- CASSAGNE, J. C. (2013). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico* (2.a ed.). Temis.
- DÍAZ DÍEZ, C. A. (2019). Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 259-291. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7807>.
- DÍAZ DÍEZ, C. A. (2023). Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: Un supuesto de retorno del Derecho Administrativo en Colombia. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 10(2), 1-31. <https://doi.org/10.14409/redeoda.v10i2.12920>.
- DÍEZ SASTRE, S. (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: Definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Marcial Pons.
- DUGUIT, L. (1975). *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Heliasta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007). *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R. (2008). *Curso de Derecho administrativo* (Vol. I.) Temis, Palestra.
- GORDILLO, A. (2014). *Tratado de Derecho administrativo* (Vol. 9. Primeros manuales). Fundación de Derecho Administrativo.
- HAURIQU, M. (2003). *Principios de Derecho público y constitucional*. Comares.
- JÉZE, G. (1948). *Principios generales del Derecho administrativo* (Vol. I. La técnica jurídica del Derecho público francés). Depalma.
- MARIENHOFF, M. S. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. III-A). Contratos administrativos. Abeledo Perrot.
- MARÍN CORTÉS, F. (s. f.). *Concepto de acto administrativo*. Centro de Estudios de Derecho Administrativo. [Texto inédito].
- MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Temis.
- MARÍN CORTÉS, F. (2018). Naturaleza del acto de adjudicación –y de otros actos del trámite administrativo– en las entidades excluidas de la Ley 80, y técnicas de control judicial. Análisis de la sentencia del 5 de julio de 2018, Sección Tercera, Subsección C, exp. 59.530. *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*. <https://www.ceda.com.co/naturaleza-del-acto-de-adjudicacion>.
- MEILÁN GIL, J. L. (2017). El carácter estructural de la norma y el acto administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67(268), 567-594. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61014>.
- MIR PUIGPELAT, O. (2003). El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública* (162), 47-87.
- MORA PÉREZ, J. M. (2011). *La autotutela en el Derecho administrativo. Un enfoque crítico sobre su existencia*. Temis.
- MOREU, E. (2020). Nuestro lenguaje: El giro lingüístico del Derecho. *Revista de Derecho Público: Teoría y método* 1, 313-362. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_29.
- OSPINA GARZÓN, A. F. (2014). Separación de poderes y Derecho administrativo: En la búsqueda de la partícula de Dios. En A. Montaña Plata y A. F. OSPINA GARZÓN (Eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo* (117-142). Universidad Externado de Colombia.
- PEÑA PORRAS, D. I. (2008). *La construcción del Derecho administrativo colombiano. Hacia una nueva historia de sus categorías básicas*. Universidad de los Andes, Temis.
- RIVERO, J. (2002). ¿Existe un criterio de Derecho administrativo? En L. RODRÍGUEZ (Ed.), *Páginas de Derecho administrativo* (25-44). Temis.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016). *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.
- SÁNCHEZ ZAPATA, D. C., y Vergara Mesa, H. D. (2021). La unilateralidad de los actos administrativos en Colombia a partir del principio de participación en el marco de los procedimientos administrativos. *Revista Derecho del Estado* (51), 227-259. <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.08>.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2003). *Tratado de Derecho administrativo* (3.a ed., T. I. Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho administrativo). Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2017). *Compendio de Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons.

- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2019). Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (30), 233-243. <https://doi.org/10.7764/redae.30.10>.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2021). *La dogmática del Derecho administrativo*. Global Law Press-Editorial Derecho Global.
- SUÁREZ TAMAYO, D. (2010). *Huida o vigencia del Derecho Administrativo: El caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*. Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014). *Derecho público más Derecho privado*. Marcial Pons.
- VERGARA BLANCO, A. (2014). La "summa divisio iuris" público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles. *Revista de Derecho Privado* (26), 43-69.
- VERGARA BLANCO, A. (2015). Derecho administrativo y método jurídico. El rol de la doctrina. *Revista de Derecho Administrativo* (15), 361-377. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15186>.
- VERGARA BLANCO, A. (2023). *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «derecho común». La división «derecho público/derecho privado»*. Tirant lo Blanch.
- Decreto N° 2304 de 1989. Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo. 7 de octubre de 1989. D.O. No. 39.013 (Colombia).
- Ley N° 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41.148 (Colombia).
- Ley N° 1118 de 2006. Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones. 27 de diciembre de 2006. D.O. No. 46.494 (Colombia).
- Ley N° 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46.691 (Colombia).
- Ley N° 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1994. D.O. No. 41.433 (Colombia).
- Ley N° 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los PROCESOS DE RESPONSABILIDAD fiscal de competencia de las contralorías. 15 de agosto de 2000. D.O. No. 44.133. (Colombia).
- Ley N° 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41.094 (Colombia).

Normativa citada

- Código Civil [CC]. Ley N° 84 de 1873. 26 de mayo de 1873. D.O. No. 2.867 (Colombia).
- Código Contencioso Administrativo [CCA]. Decreto-Ley N° 1 de 1984. 2 de enero de 1984. D.O. No. 36.439 (Colombia).
- Código General Disciplinario [CGD]. Ley N° 1952 de 2019. 28 de enero de 2019. D.O. No. 50.850. (Colombia).
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley N° 1437 de 2011. 18 de enero de 2011. D.O. No. 47.956 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const.]. Arts. 2, 6, 121-123, 209, 229, 267, 237.1, 334 y 365-370. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Decreto N° 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523 (Colombia).
- Decreto N° 111 de 1996. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto. 15 de enero de 1996. D.O. No. 42.692 (Colombia).
- Decreto N° 115 de 1996. Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras. 15 de enero de 1996. D.O. 42.692 (Colombia).

Jurisprudencia citada

- AG Consultores Ambientales Ltda. con Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali –EMSIRVA E.S.P.– (2024): Consejo de Estado colombiano, 9 de mayo de 2024 (sentencia de unificación jurisprudencial, exp. N° 53.962). Sección Tercera. [Recurso de apelación].
- Compañía Aseguradora de Fianzas-CONFIANZA S.A. con Nación-Ministerio de Agricultura (2023): Consejo de Estado colombiano, 27 de octubre de 2023 (sentencia, exp. N° 54.709). Sección Tercera. [Recurso de apelación].
- Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. con Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y otro (2023): Consejo de Estado colombiano, 20 de abril de 2023 (sentencia de unificación jurisprudencial, exp. N° 55.085). Sección Tercera. [Recurso de apelación].
- Juan Ignacio Ossa Betancur con Área Metropolitana del Valle de Aburrá (2021): Consejo de Estado colombiano, 21 de mayo de 2021 (sentencia, exp. N° 49.483). Sección Tercera. [Recurso de apelación].
- Vigías de Colombia SRL Ltda. y Granadina de Vigilancia Ltda. con Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (2020): Consejo de Estado colombiano, 3 de septiembre de 2020 (sentencia de unificación jurisprudencial, exp. N° 42.003). Sección Tercera. [Recurso de apelación].

Revisión judicial de las decisiones y omisiones de la Administración estadounidense, en el orden federal: un modelo en continuo desarrollo

Judicial review of administrative action in the United States, at the federal level: a continuously developing model

Estela B. Sacristán¹

Lejos de versar acerca de la revisión judicial del accionar administrativo en el orden federal en los Estados Unidos, el presente encara esa temática desde la doctrina de la separación de poderes. Ella permite un estudio de su desarrollo administrativo, congresional y judicial.

Palabras clave: revisión judicial, decisiones y omisiones administrativas, separación de poderes.

I. Introducción²

Ser destinatario del accionar de órgano o ente de la Administración, sea por acción u omisión, no puede significar verse despojado de la protección de las leyes. Ya en el célebre *Marbury v. Madison*, caso que en sí mismo involucraba la revisión de la decisión del Ejecutivo, el *Chief Justice* Marshall enfatizó que “[l]a esencia misma de la libertad civil ciertamente consiste en el derecho de cada individuo de reclamar la protección de las leyes (...). Uno de los primeros deberes del gobierno

Far from analyzing the judicial review of administrative action at the federal level in the United States, I approach said subject matter from the separation of powers doctrine, which allows for the study of its administrative, congressional and judicial development

Keywords: judicial review, administrative action, separation of powers

es ofrecer esa protección³”. Entre esas leyes se incluirá la Constitución, ley de leyes. Y esa protección incluirá la posibilidad de que los jueces “revisen” el accionar de la Administración, posibilidad que puede ser interpretada en forma amplia.

No intento presentar aquí una exposición “exhaustiva” del régimen de revisión judicial del accionar de la Administración en Estados Unidos. Pensemos que hay libros enteros dedicados a ello, como la clásica obra de Jaffe⁴ o el ágil volumen de Edwards y Elliot⁵. Mucho menos podría encarar aquí, con el merecido detalle, temas de ricas aristas como la cuestión de la revisión judicial de las cuestiones mixtas de hecho y de derecho.

Antes bien, mi propósito es sólo ofrecer, al lector, una comprensión acerca de los conceptos nucleares comprendidos en la materia de la revisión judicial del accionar administrativo en Estados Unidos en el orden federal, primero considerando un punto de acometida diverso: la visión desde cada uno de los tres poderes o ramas del gobierno. Ello, para luego descender sobre la materia en sí misma, en especial en punto a los estándares de revisión,

¹ Abogada (UMSA, 1992), especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 1998). Doctora en Derecho (UBA, 2006). Directora ejecutiva del programa Derecho de Propiedad en la Constitución (Universidad Austral). Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Católica Argentina, UBA y CEARE). Dirección Postal: Av. Callao 1243, 2º, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar

² Este trabajo se basa en la exposición efectuada en la sesión del 23/8/2022 en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Académico Juan Carlos Casagagne, presidente) y en una publicación anterior, de 2022, “Revisión judicial del accionar de la Administración en la ley de procedimientos administrativos estadounidense” en *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, N° 145, 172-199.

Artículo recibido el 12 de mayo de 2024 y aceptado el 17 de junio de 2024.

³ *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 163.

⁴ JAFFE 1965, 336.

⁵ EDWARDS, et al. 2018.

verdadera “clave de bóveda” que permite comprender los numerosos decisorios que el *case law* o derecho judicial de aquel ordenamiento ofrecen. Ello me permitirá, en general, evaluar la situación en que se hallan las personas frente a la Administración en el ordenamiento seleccionado y habilitará las comparaciones y contrastes que cada lector pueda luego formular ante su propio ordenamiento.

De tal modo, el presente se organiza de la siguiente forma: inicialmente, reseñaré los lineamientos que tomaré en cuenta para el posterior desarrollo, y esos lineamientos comprenden tanto una faz administrativa (sección II), como una faz congresional (sección III) y una judicial (sección IV). Después encararé, en la sección V, el régimen de la revisión judicial en el supuesto de que haya, involucrada, una “agencia independiente” del Poder Ejecutivo estadounidense. En la sección VI volcaré las conclusiones pertinentes.

II. Faz administrativa

La faz administrativa del tema que motiva estas líneas lleva a considerar, siquiera en forma muy sucinta, qué regla la Ley de Procedimientos Administrativos o *Administrative Procedure Act*, ó *APA*, y a quiénes alcanza; quién lidera, bajo ella, un procedimiento administrativo; y qué es lo que es pasible de revisión judicial.

1. ¿Qué regla la APA?

La *APA*, que es una ley federal, codificada, que data en términos generales de 1946, regula dos áreas: procedimientos en sede administrativa, y revisión judicial. Interesa, por su carácter nuclear, la noción de “agency” o agencia.

En lo principal, la *APA*⁶ regla los recaudos procedimentales para la elaboración o revocación de *rules* o reglas o regulaciones, y de *adjudications* o adjudicaciones. Ambos procedimientos ofrecen su versión formal, y su versión informal⁷, según haya audiencia formal, en el expediente, o no. La *APA* opera

⁶ Se halla codificada como 5 *United States Code* § 551-559.

⁷ En rigor, la *APA* no pronuncia el término “informal,” pero surge implícitamente de sus previsiones y de la doctrina de quienes comentan dicha ley, conf. RUBIN, 2003, 108. De tal modo, existen estas especies: (i) *rulemaking* formal reglado en 5 U.S.C. §§ 553, 556, y 557; (ii) *rulemaking* informal reglado en 5 U.S.C. § 553; y (iii) adjudicación formal reglada en 5 U.S.C. §§ 554, 556, y 557. La (iv) adjudicación informal, como vimos, no se halla reglada en la *APA*. en forma expresa. Ampliar, con provecho, en CARBONELL PORRÁS 1996.

por *default*, razón por la cual prevalecerá la ley sustantiva específica bajo la cual opere la agencia o *agency* de que se trate. “Agencia” es un término que semejaría a lo que en otros ordenamientos se conoce como ente u órgano de la Administración, con lo que el término incluye órganos o departamentos ejecutivos federales y entes o agencias independientes, mas con las exclusiones que la propia ley fija⁸. Pacífica jurisprudencia ha excluido, de la noción de *agency* de la *APA*, al Presidente de Estados Unidos⁹, con lo cual sus actos no se hallan sujetos a esa ley.

En lo que hace a la revisión judicial, y en forma liminar, vale adelantar que la *APA* hace revisable la mayor parte de lo que se denomina “accionar de la agencia,” sea el mismo acción u omisión¹⁰.

Con sus variantes, y dada la organización federal estadounidense, el esquema se replicará en cada uno de los 50 estados. Así, cada uno de ellos tendrá, sancionada, su propia *state APA* o *APA* estadual, con su propio régimen estadual de revisión judicial del accionar de las agencias del estado. Ello, sin perjuicio de las previsiones que, en la materia, pueda fijar la Constitución estadual misma, por ejemplo, en materia de revisión judicial de las *rules*.

2. ¿Quién lidera los procedimientos reglados por la APA?

La *APA* regla lo relativo a las audiencias, tanto en los procedimientos de *rulemaking* como en los de *adjudication*¹¹. Dichas audiencias aparecen como el núcleo vital del procedimiento administrativo y aquí es donde aparecen las

⁸ Entre las exclusiones, cabe enumerar: Congreso, cortes de justicia estadounidenses, gobiernos de los territorios o posesiones de Estados Unidos, gobierno del Distrito de Columbia, agencias compuestas por representantes de las partes o representantes de organizaciones de las partes en las disputas determinadas por ellos, cortes marciales y comisiones militares, autoridad militar ejercida en el frente en tiempos de guerra o en un territorio ocupado, entre otros supuestos.

⁹ *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, en pp. 800-01 (1992), en el que se sostuvo que el accionar del Presidente no pueden ser revisado bajo la *Administrative Procedure Act*, rechazándose la inclusión de la Presidencia en la noción de *agency* de la *APA*. En igual sentido, EDWARDS, et al. 2018, 137.

¹⁰ 5 *United States Code* § 551 (13): “accionar de la agencia” comprende todo o parte de una regla, orden, autorización, sanción, asistencia, o su equivalente o denegatoria, o la omisión de actuar. Se excluirán, por ende, los pedidos de revisión judicial de publicaciones de la agencia en la *web*, y los informes de prensa, y todos aquellos documentos que no tipifiquen en la conceptualización que establece la *APA*.

¹¹ 5 U. S. C. § 556 (a).

aparentes similitudes con un procedimiento en sede judicial: las audiencias, en el procedimiento administrativo, deben ser conducidas inexorablemente en forma imparcial¹².

La recepción de pruebas podrá ser presidiada por un *ALJ* o *administrative law judge* o “juez de Derecho administrativo¹³”. Tengamos en cuenta, en este punto, que el *ALJ* toma juramento¹⁴, recibe pruebas¹⁵ y toma testimonios¹⁶.

Asimismo, el *ALJ* efectúa, en lo que aquí más interesa, determinaciones tanto fácticas como jurídicas: establece la *APA* que el *record* o registro o expediente mostrará la resolución de cada hallazgo, conclusión o excepción presentados. Agrega la ley que todas las decisiones, incluyendo decisiones iniciales, recomendadas y tentativas, son parte del expediente e incluirán una declaración de (A) los hallazgos y conclusiones, y las razones o bases de las mismas, con respecto a todas las cuestiones materiales de hecho, derecho o discrecionalidad presentadas en el expediente; y (B) la adecuada regla, orden, sanción, remedio, o su denegatoria¹⁷.

Dadas las palabras de la *APA* –decisiones “iniciales,” “recomendadas” y “tentativas”–, se infiere que las determinaciones jurídicas y

fácticas que efectúe el *ALJ* serán, en principio, pasibles de reconsideración o apelables dentro de la estructura de la agencia (*appellate division* de ésta)¹⁸ de conformidad con el específico régimen de procedimientos de la agencia de que se trate, en el camino del agotamiento de la instancia administrativa.

Cabe poner de relieve que un *ALJ* trabaja en forma independiente, en especial respecto de influencias políticas, o de las partes, y de su independencia dependerá su estabilidad. Su remoción se efectúa ante un *board* o cuerpo especial¹⁹.

3. ¿Qué queda sujeto al régimen de revisión judicial de la *APA*?

En principio, y en forma liminar, puede decirse que todo el accionar de la *agency*, por acción u omisión, queda sujeto a revisión judicial²⁰. La *APA* establece que una persona que sufra agravio en razón del accionar de una agencia, o sea afectada en forma adversa o agravada por el accionar de la agencia dentro de lo significado por una ley relevante, tiene “derecho a la revisión judicial” de aquél.²¹ También prevé la ley el supuesto de omisión pues se incluye expresamente el supuesto que el funcionario haya “omitido actuar²²”. Tengamos en cuenta que se emplea el término *right* o “derecho” en punto a la disponibilidad de revisión judicial. De tal modo, hay un verdadero “derecho a la revisión judicial.”

III. Faz congresional

Desde la plataforma del Congreso mismo, resulta inevitable inquirir en la cuestión de cuál fue la intención del Legislador en punto a la revisión judicial en el texto legal relevante, y cómo ha “leído” esa intención la Suprema Corte estadounidense.

1. La intención del legislador en la *APA*

Puede advertirse, *prima facie*, que fue intención del Legislador estadounidense fijar, en la

¹² 5 U. S. C. § 556 (b) (3). Se trata, por cierto, de una imparcialidad incomparable con la de los jueces judiciales, no obstante los permanentes aportes en pos de su perfeccionamiento, y dan cuenta de ello numerosas publicaciones de la *webpage* de la *Administrative Conference of the United States*, www.acus.gov

¹³ Las expresiones *hearing examiner* o examinador de audiencia, *hearing officer* o funcionario de audiencias, o *trial examiner* o examinador de juicio se emplean con significado similar. Conf. WEX DEFINITIONS TEAM (2021) voz “ALJ”. En pos de una caracterización de los *ALJs*, tenemos que tener en cuenta las importantes diferencias entre éstos y los jueces federales de corte de distrito. Primero, los *ALJs* se vinculan al Artículo I de la Constitución estadounidense, razón por la cual pertenecen a la rama ejecutiva de gobierno federal. El Senado estadounidense no confirma los nombramientos de jueces efectuados bajo el Artículo I de la Constitución. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito son los del Artículo III de la Constitución estadounidense, por lo que son jueces de la rama judicial. El Artículo II de la Constitución estadounidense habilita al Presidente, “por y con el dictamen y consentimiento del Senado,” para nombrar a los *justices* de la Suprema Corte, a los jueces de corte de circuito, y a los jueces de corte de distrito. Otra importante diferencia entre los *ALJs* y los jueces federales de corte de distrito es que aquéllos conducen las audiencias después de las cuales el *ALJ* decide. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito conducen las audiencias en las peticiones (*motions*) y en los juicios (*trials*). Luego de un juicio por jurado (*jury trial*), la corte federal de distrito emite un veredicto.

¹⁴ 5 U. S. C. § 556 (c) (1).

¹⁵ 5 U. S. C. § 556 (c) (3).

¹⁶ 5 U. S. C. § 556 (c) (4).

¹⁷ 5 U. S. C. § 557 (c) (3).

¹⁸ Por ejemplo, bajo 29 U. S. C. 160 (d), hasta el momento en que se haya efectuado el planteo en sede judicial, de conformidad con lo establecido, el *Board* podrá, en cualquier momento previa notificación razonable y de la manera en que lo considere adecuado, modificar o dejar sin efecto, total o parcialmente, cualquier determinación u orden efectuada o emitida bajo ella.

¹⁹ 5 U. S. C. § 7521 (a).

²⁰ Ver nota al pie 10.

²¹ 5 U. S. C. § 702.

²² *Idem* nota al pie 21.

APA, el margen de revisión, así como los estándares o criterios de revisión judicial.²³

Respecto del margen de revisión judicial, establece la APA que el tribunal judicial decidirá *todas las cuestiones relevantes de derecho, interpretará las previsiones constitucionales y legislativas, y determinará el significado o aplicabilidad de los términos del accionar de la agencia*.²⁴ Las “cuestiones relevantes de derecho” parecerían acotar los supuestos de revisión judicial a las cuestiones jurídicas, excluyendo las cuestiones fácticas. Empero, el sistema se flexibiliza pues, por vía “constitucional” o “legislativa” se puede también argumentar a fin de obtener la revisión de los hechos, sin perjuicio de lo que veremos en el párrafo siguiente.

Según la APA, el tribunal judicial, revisor de la decisión administrativa, entenderá en aquellas omisiones, dilaciones y accionar que la APA detalla. Así, dicho tribunal judicial revisor debe compeler aquel accionar de la agencia ilegalmente refrenado o irrazonablemente demorado. Asimismo, dicho tribunal judicial debe determinar la ilegalidad y dejar sin efecto aquel accionar, hallazgos y conclusiones de la agencia que sean: (A) arbitrarios, caprichosos, un abuso de discrecionalidad, o, de otro modo, que no sean conformes a derecho; (B) contrarios al derecho, competencia, privilegio, inmunidad constitucionales; (C) un exceso de la jurisdicción, competencia o limitaciones fijadas en la ley, o carentes de derecho bajo la ley; (D) sin observancia del procedimiento requerido por la ley; (E) no sustentados en evidencia substancial en casos sujetos a las secciones que reglan la *adjudications* y *rulemakings* formales o de cualquier otro modo revisados con base en el registro de una audiencia, ante la agencia, establecida por la ley; (F) no garantizados por los hechos en la medida en que los hechos estarán sujetos a ser juzgados *de novo* por el tribunal revisor²⁵.

Respecto de los estándares o criterios de revisión, y sin perjuicio del desarrollo que se efectúa más adelante, puede adelantarse que aquéllos son los que surgen de la norma recién reseñada. Los autores, empero, suelen agruparlos bajo subtítulos diversos, y ello colaborará con su mejor aprehensión²⁶.

Las principales limitaciones a la revisión judicial provendrían de tres fuentes: primero, la evidencia sustancial; segundo, la arbitrariedad y capricho; tercero, la interpretación de la ley.

Sintéticamente, el primero se aplica para las *adjudications* y *rulemakings* formales: el tribunal judicial revisor convalidará la regla o regulación si es razonable o si hay evidencia de la clase que una “mente razonable” aceptaría a los fines de fundar una conclusión²⁷; la agencia suele abandonar aquel accionar suyo que haya sido invalidado en sede judicial bajo el test de evidencia sustancial.

El segundo estándar es usualmente aplicado a los *rulemakings* informales, y permite que el tribunal judicial revisor identifique “errores de juicio”²⁸. Se ha afirmado que “la *agency* debe examinar la data relevante y articular una explicación satisfactoria sobre su decisión”, incluyendo “una conexión racional entre los hechos y la decisión (...)” para salir indemne de este test²⁹.

El tercer estándar, de interpretación de la ley, hoy parecería materializado en los dos pasos previstos en *Chevron*³⁰, y da origen a la denominada doctrina de la deferencia. Esta doctrina, de origen no formal legal sino jurisprudencial, tuvo que ser posteriormente acotada a los procedimientos formales, tanto de *adjudication* como de *rulemaking*³¹. Lo cierto es que la doctrina de la deferencia parece claramente contraria a lo que el Legislador quiso según el texto mismo de la APA³². De allí que, afortunadamente, haya sido socavada y ello no resultaría sorprendente en tanto, como doctrina de creación jurisprudencial, bien

²⁷ *Consolidated Edison Co. v. NLRB* (1938): a los fines de sostener una conclusión, se requiere “evidencia sustancial” o adecuada “para una mente razonable.”

²⁸ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Abrogado, por otros fundamentos, por *Califano v. Sanders*, 430 U.S. 99 (1977)

²⁹ *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983) 462. Ello incluirá la conexión racional entre hechos y juicio requeridos para aprobar bajo el estándar de los arbitrario y caprichoso.

³⁰ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Diversas sólidas críticas a la doctrina *Chevron*, en el ámbito legislativo estadounidense, pueden verse en: U.S. Congress – House of Representatives, 2016. Además, ha formulado adecuadas advertencias, sobre esta doctrina, CASSAGNE 2016, 86-86. Ver, asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA 1998; BIANCHI 2009.

³¹ De tal modo, quedan excluidos de la deferencia de *Chevron* las declaraciones de políticas, manuales de las *agencies*, y otros instrumentos que no tienen fuerza de ley, a diferencia de lo que ocurre con las *adjudications* y *rulemakings* formales, que sí la tienen.

³² Ver nota al pie 25 y texto correspondiente.

²³ 5 U. S. C. § 706.

²⁴ *Idem* nota al pie 23.

²⁵ *Idem* nota al pie 23.

²⁶ Comparar, en tal sentido, las clasificaciones que pueden verse en: PIERCE 2011, 77-98; TAWIL 1993, 209-246; MAIRAL 2021, 635-636.

puede ser limitada y “recortada” en decisorios judiciales, sobre todo por parte de la Suprema Corte estadounidense. Desde el punto de vista de la separación de poderes, esta doctrina traslada el poder decisorio, el cual se desplaza, de la rama judicial no votada directamente, a la agencia administrativa políticamente responsable. Pero su rasgo originario –su cuna jurisprudencial– continúa pendiente de que el Congreso adopte alguna decisión modificatoria de la APA, sea acogiendo *Chevron*, sea aprobando un nuevo estándar de revisión diferente que desplace, definitivamente, la doctrina de la deferencia, sea fijando estándares de revisión específicos, ajenos a *Chevron*, al proyectar aquellas leyes que confieren, a las agencias, competencia para adoptar decisiones³³. Mientras tanto, la doctrina *Chevron* va siendo acotada³⁴ y, como veremos en la sección V., *infra*, está siendo ignorada, en los últimos tiempos, por la Suprema Corte estadounidense, sin perjuicio de dos causas –en las que se halla en juego la supervivencia de la citada doctrina– pendientes de resolución ante esa Corte.

2. Cómo “lee” la Suprema Corte esa intención del Legislador: *Marbury v. Madison* y la presunción de revisabilidad

La visión de lo que el Legislador ha querido, desde la Suprema Corte estadounidense, se apoya –como ya se adelantara en la sección I, *supra*– en la siempre vigente doctrina de *Marbury v. Madison*.³⁵ En dicho célebre decisorio, en el cual se hallaba en juego el

accionar de la rama Ejecutiva,³⁶ el *Chief Justice* Marshall insistió en que la libertad civil consiste en poder reclamar la protección de las leyes.

Más tarde, en un caso tal vez menos conocido, *United States v. Nourse*,³⁷ el *Chief Justice* recordó la tradicional observancia de este derecho de reclamar, y sentó los cimientos para la moderna presunción de revisión judicial: “*Suscitaría alguna sorpresa si, en un gobierno de leyes y de principios dotado de una rama cuya adecuada responsabilidad es decidir cuestiones jurídicas, no solo entre las personas, sino entre el gobierno y las personas, un funcionario ministerial pudiera, según su discrecionalidad, dar inicio a este poderoso proceso y gravar a la persona, tierras y bienes del deudor por cualquier suma que considere adeudada, dejándole al deudor ningún otro remedio que no sea apelar a las leyes de su país si creyera que es injusto el gravamen. Pero esta anomalía no existe; la imputación no puede ser adjudicada a la Legislatura de los Estados Unidos. (...)*”

Más de un siglo después, en *Bowen*,³⁸ la Suprema Corte estadounidense recordó ambos precedentes y sostuvo: “*Comenzamos con la fuerte presunción de que el Congreso tiene la intención de que haya revisión judicial del accionar administrativo. Desde el inicio, ‘nuestros casos [han establecido] que la revisión judicial del accionar final de una agencia,*

³³ Esto habría ocurrido en 2010 cuando se aprobó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que fijó estándares mucho menos deferentes que los de *Chevron*. Ampliar en: SIN AUTOR 2017, 26.

³⁴ EDWARDS, 2018, 237 enumeran los cinco supuestos en que no se acordará deferencia *Chevron*: (i) esa doctrina sólo opera cuando el accionar de la agencia tiene la fuerza de la ley; (ii) los tribunales judiciales pueden negarse a ser deferentes hacia la interpretación de la ley efectuada por la agencia –ley que esa agencia administra– si el accionar en disputa se sustenta sólo en una delegación implícita del Congreso a favor de la agencia e involucra cuestiones de política social o económica de importancia; (iii) no se debe ninguna deferencia, bajo *Chevron*, cuando la agencia actúa, pero no lo hace empleando la autorización que recibiera por delegación; (iv) no merece deferencia una pretensión procesal planteada por los letrados de una agencia si dicha pretensión no se basa en un accionar de la agencia que tenga fuerza de ley; (v) la interpretación que la agencia efectúe, respecto de una ley formal cuya administración no se halle a su exclusivo cargo, tampoco merecerá deferencia *Chevron*.

³⁵ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue GAFFNEY 2020.

³⁶ En el caso se hallaba en juego, en primer lugar, la decisión de la rama Ejecutiva, y no la decisión del Congreso. Por ende, *Marbury* vino a ser un decisorio de Derecho administrativo. En tal sentido, MERRILL, 2004, 481. Recordemos que, en *Marbury*, se hallaban involucrados un funcionario, James Madison, Secretario de Estado del Presidente Thomas Jefferson; y un particular agraviado, William Marbury, quien había sido nominado por el Presidente Adams y confirmado por el Senado como juez de paz del Distrito de Columbia por un período de cinco años. Marbury reclamaba por una omisión del Secretario Madison, quien no le había notificado la designación que le permitiría asumir sus funciones como juez. Sin recibir esa notificación, Marbury no iba a poder asumir sus funciones. De acuerdo con la ley entonces vigente, el tribunal judicial que iba a tener que entender en el planteo de Marbury era la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ante ella, en competencia originaria, planteó Marbury su demanda, en pos de obtener una resolución, emanada de la Corte, que le ordenara a Madison entregar la notificación. Consideremos que la Suprema Corte efectuó una revisión casi *de novo*, concluyendo en su incompetencia, bajo la Constitución, para entender en el planteo de Marbury toda vez que una ley del Congreso no podía constitucionalmente ampliar la competencia originaria prefijada en la Norma Fundamental.

³⁷ *United States v. Nourse*, 34 U. S. 8 (1835) 8-9.

³⁸ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986).

por parte de una persona agraviada, no será impedida a menos que haya una persuasiva razón para creer que ese fue el propósito del Congreso.' *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136, 140 (1967) (y sus citas). Ver, en general, L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 339-353 (1965). (...) Comisiones de ambas Cámaras del Congreso han avalado este punto de vista"³⁹.

Esta es la senda jurisprudencial, nacida en *Marbury v. Madison*, que ha permitido la elaboración y consagración de la denominada "presunción de revisión judicial," que se proyecta sobre toda la APA.⁴⁰ Ello permite enfocar a la revisión judicial –en especial desde la visión del órgano judicial que la lleva a cabo, pero también desde la visión del legislador– en forma armónica con la doctrina de la separación de poderes y de los poderes limitados y controlados, y respetando la sana intención del Legislador congresional al redactar y aprobar la APA.

3. Cómo la doctrina "lee" la presunción de revisibilidad

La presunción acerca del derecho a la revisión judicial ha sido consagrada por Jaffe en los siguientes términos:

"[E]n nuestro sistema (...) un individuo cuyo interés se halla afectado por el accionar administrativo de forma aguda e inmediata, tiene, probablemente, derecho a asegurarse en algún punto una determinación judicial de la validez de aquel. (...) Esta es, para mí, la enseñanza de nuestra historia y tradición. Es nuestro common law, y en menor medida el corolario de nuestras constituciones. Soy muy consciente de que esta afirmación puede ser criticada por constituir una generalidad fútil, vacía, inútil. Pienso, por el contrario, que es una afirmación importante, y que si la adopta una corte, podría convertirse en un factor crucial hacia la decisión a revisar. En la mayoría de los casos, las leyes o los decisivos de common law dejan en claro la revisibilidad del accionar administrativo a disposición de al menos una o más clases de potenciales actores. Pero en los casos de ambigüedad legislativa o de silencio, y en nuevas situaciones en las que hay factores a favor y en contra, el asunto de la revisibilidad puede

tornarse agudo. En tales situaciones, la presunción de revisibilidad juega un rol decisivo. (...) Existe (...) una amplia variedad de grados de revisibilidad tanto del derecho como de los hechos. Empero, las fórmulas de margen de revisión (...) han ido por un proceso de generalización y de simplificación. En la mayoría de los casos el margen de revisión, sea legislativo o common law, es prácticamente el mismo. Aquí el propósito es tratar en forma primaria –aunque no exclusivamente– acerca de la revisión judicial vel non, acerca del 'derecho' a la revisión a disposición de personas cuyo interés es, verdaderamente, supremo e inmediato"⁴¹.

De este modo, Jaffe deja sentado el verdadero "derecho" a la revisión judicial y, más importante aun, la "presunción" de revisibilidad, sobre todo en supuestos de ambigüedad o silencio de la ley formal.

IV. Faz judicial:

A fin de encarar, en su faz judicial, la temática de la revisión judicial del accionar de una agencia, bajo la APA, se torna menester, primero, recordar, siquiera en forma sucinta, algunas generalidades sobre la organización judicial estadounidense (sección a), para luego reseñar los estándares de revisión judicial del accionar de la agency vistos desde la rama judicial (sección b).

Tengamos, liminarmente, presente que las cortes federales tienen jurisdicción en casos que involucren: (i) al gobierno de los Estados Unidos; (ii) la Constitución o las leyes federales; (iii) las controversias entre los estados o entre el gobierno estadounidense y los gobiernos extranjeros. De allí que un reclamo de un cobro de Seguridad Social tramite ante la justicia federal. En cambio la mayoría de las cuestiones de Derecho de familia se litigarán ante las cortes estatales toda vez que la jurisdicción otorgada por la Constitución a favor de las cortes federales no incluye tal materia⁴².

1. Nociones de organización de la justicia federal

En Estados Unidos, en el orden federal, 43 y en lo que aquí interesa, hay cortes de circuito o circuit courts, y cortes de enjuiciamiento o

³⁹ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986) 670-671.

⁴⁰ GAFFNEY 2020, 1.

⁴¹ JAFFE 1965, 336.

⁴² Conf. UNITED STATES COURTS (s/f) "Federal Courts and the Public."

⁴³ En general, puede verse BIANCHI et al. 2020, 383-408.

trial courts. Cada trial court se halla a cargo de un district court judge o juez de corte de distrito. Existen más de 670 jueces de corte de distrito en todo el país⁴⁴. La decisión de la corte de distrito es apelable ante la corte de circuito competente. Hay 12 circuitos en todo el país⁴⁵. Cada corte de circuito tiene una cantidad variable de jueces; por ejemplo, 6 en el Primer Circuito; 21 en el Noveno Circuito.

Ante las cortes de distrito se registran los hechos (*factual record*)⁴⁶; dichas cortes resuelven disputas fácticas relevantes⁴⁷; y sólo ante ellas se toman testimonios de testigos⁴⁸. También efectúan determinaciones de credibilidad sobre dichos testimonios⁴⁹. Además, el juez de distrito resolverá con previa participación de un jurado⁵⁰, sean las causas civiles o penales, y el fallo será a favor del actor o demandado (causas civiles) o se resolverá el carácter culpable o inocente del acusado (casos criminales)⁵¹. En los casos civiles, se otorga enorme importancia a la etapa previa al inicio juicio, privilegiándose el arribo a un acuerdo a fin de evitar este último⁵².

Respecto de las cortes de circuito, los casos en los que entienden siempre habrán sido discutidos en algún otro foro, judicial o no⁵³. Cualquier caso resuelto por la *district court* puede ser apelado ante la *circuit court*, haya sido resuelto en forma definitiva, o incluso, en algunos casos, si procediere la apelación interlocutoria. Las apelaciones contra la decisión de la corte de distrito son primero escuchadas por un *panel* compuesto por 3 jueces de corte de circuito; luego, las partes presentan alegatos escritos donde arguyen por qué la decisión de la instancia anterior tiene que ser confirmada o revocada. Luego de la presentación de estos alegatos, la corte de circuito fijará

fecha para la audiencia oral,⁵⁴ en la cual los letrados, ante la corte de circuito, formularán sus argumentos y contestarán las preguntas que les formulen los jueces.⁵⁵ Las cortes de circuito "reciben" las determinaciones fácticas efectuadas en la instancia judicial anterior,⁵⁶ y corrigen errores legales, jurídicos, en los que puedan haber incurrido los jueces de distrito; desarrollan el derecho y establecen precedentes. Como el *panel* estará integrado por tres jueces, se necesitarán al menos dos jueces para revocar lo decidido en la instancia anterior, y al tratarse de una corte de apelación, su competencia será menos amplia.⁵⁷ El paradigma es que los hallazgos fácticos, por parte de la corte de distrito, serán pasibles de muy limitada revisión en la apelación, en un contexto de deferencia judicial; y las conclusiones de derecho, en la apelación, serán pasibles de revisión de *novo*⁵⁸.

Algunas características, de relevancia para este trabajo, que presenta la organización de la justicia federal en Estados Unidos, son las siguientes:

a) Cortes de distrito, cortes de circuito

La jurisdicción de los tribunales federales es de fuente legal formal. Según 28 U. S. C. § 1331, quienes tienen, por regla, jurisdicción exclusiva para revisar cualquier accionar revisable de la Administración, son las cortes de distrito. Ello, salvo que la ley específica, u otra ley, dispongan que entienda una corte de circuito⁵⁹, que es una corte de apelaciones.

⁴⁴ Se sigue U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE (s/f) "Introduction to the Federal Court System."

⁴⁵ Idem nota al pie 44.

⁴⁶ CARP *et al.* 1998, 25.

⁴⁷ Cueto Rúa enseña que los hechos quedan fijados ante el juez de primera instancia previa selección de los mismos por parte de él. CUETO RUA, 2006, 200.

⁴⁸ Idem nota al pie 46.

⁴⁹ Estarán personalmente en contacto con cada testigo en la sala de audiencias.

⁵⁰ Ampliar en BIANCHI 1999.

⁵¹ RUGG 2019.

⁵² Bajo 28 U. S. C. § 651, cada corte federal de distrito "creará e implementará su propio programa de resolución alternativa de disputas" a fin de promover el empleo de resolución alternativa de disputas en todas las acciones civiles en ese distrito.

⁵³ CARP *et al.* 1998, 44.

⁵⁴ Que puede durar, en total, 10 minutos, o 15; en algunas cortes de circuito, 30 minutos.

⁵⁵ Idem nota al pie 44.

⁵⁶ Se halla bien establecida la regla de que la búsqueda de los hechos es responsabilidad básica de las *district courts*. Conf. *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U. S. 273 (1982) 291. Lo explica muy claramente FRANK, 1949, 4: "Hay dos clases de corte. Una, llamada *trial court*, lleva a cabo ambas partes de la tarea judicial; tanto determina los hechos como aplica las reglas. La otra clase, llamada cortes superiores, cortes de apelaciones, usualmente hacen muy poco respecto de los hechos de los casos. Estas cortes dedican la mayor parte del tiempo a decir, en grado de apelación, si las cortes inferiores, en casos en particular, incurrieron en errores respecto de las reglas. Las determinaciones fácticas por parte del *trial court* son la parte más ardua de la función judicial."

⁵⁷ Idem nota al pie 51.

⁵⁸ *Edwards et al.* 2018, 7, con cita de *Salve Regina Coll. v. Russell*, 499 U.S. 225 en 231-233 (1991), este simple test en dos partes deriva de la firme creencia de que, dadas las respectivas ventajas institucionales de las cortes de enjuiciamiento y de las cortes de apelaciones, la interpretación jurídica se lleva a cabo mejor en el nivel de apelación, y los hallazgos fácticos, en el nivel del enjuiciamiento.

⁵⁹ Conf. EDWARDS *et al.* 2018, 145.

Muchas leyes específicas colocan la revisión judicial del accionar de la Administración en forma "originaria" o directa en las cortes de circuito, y, en este último supuesto, el otorgamiento de jurisdicción es exclusivo⁶⁰, y de interpretación restrictiva⁶¹.

Cuando la revisión judicial tiene inicio en la corte de distrito, la revisión de la decisión de ésta se rige por los mismos estándares que gobiernan la revisión ante la cámara de apelaciones, y cuando, bajo 28 U. S. C. § 1291, se lleve, la apelación contra la decisión final de la corte de distrito, a la corte de circuito, el tribunal en grado de apelación no será deferente hacia el decisor judicial anterior: "Revisamos el accionar administrativo directamente, sin acordar ninguna deferencia en particular hacia el decisorio de la Corte de Distrito"⁶².

En virtud de aquel "doble sistema", en el que, según los supuestos, puede intervenir una corte de distrito o, en su caso, una corte de circuito, me referiré, en lo sucesivo, al "tribunal judicial revisor", genéricamente, aludiendo al tribunal que ejerce la revisión judicial, independientemente de que sea una corte de distrito o una corte de circuito.

b) *No hay jurisdicción exclusivamente contenciosoadministrativa*

En Estados Unidos, en el orden federal, la jurisdicción es territorial; cada juez de distrito podrá entender en causas civiles o penales; las causas se distribuyen entre los jueces según la especialización de cada uno⁶³. La revisión

⁶⁰ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

⁶¹ Davis y Pierce mencionan el ejemplo de una ley que confiere, a efectos de la revisión judicial, jurisdicción a la corte de apelaciones en el supuesto de órdenes emitidas después de una audiencia pública; si la agencia decide que no se llevará a cabo una audiencia pública, esa decisión no será apelable ante una corte de apelaciones. *AM-VAC Chemical Corp. v. EPA*, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981). Ampliar en DAVIS *et al.* 1994, 176-177.

⁶² *Mingo Legan Coal Co. v. EPA*, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.

⁶³ Los métodos de asignación de causas entre los jueces son variables. La consideración básica es la distribución equitativa y evitar el *judge shopping*. Por ley, el *chief judge* de cada corte de distrito debe velar por que se cumplan las normas y órdenes del tribunal en materia de asignación de causas. Cada corte tiene, escritas, sus reglas de asignación de causas. La mayoría de las cortes emplea alguna clase de sorteo. Un método simple es rotar los nombres de los jueces disponibles. A veces, los jueces con cierta especialidad reciben ciertas causas (casos criminales complejos; casos sobre asbestos). El beneficio de este sistema es que aprovecha la especialización desarrollada por algunos jueces en ciertas áreas. Existen sistemas para controlar si hay algún conflicto que tornaría impropio

judicial del accionar del órgano o ente de la Administración estadounidense carece de un fuero especializado en litigios administrativos.

c) *Presupuestos constitucionales*

En este renglón deben incluirse, al menos: primero, la doctrina de la separación de poderes, que los jueces aplicarán, velando por que la *agency* no se arrogue funciones de otra rama del gobierno pues rige el principio de asignación de la competencia, a la agencia, por ley; segundo, la doctrina de la delegación legislativa, que los jueces aplicarán para verificar el margen de competencia que la agencia posee bajo la ley que la crea; y, tercero, el mandato del debido proceso, conforme al cual los jueces asegurarán que nadie pueda ser privado de su vida, propiedad o libertad por la sola decisión de una agencia administrativa.

d) *Aspectos a controlar inicialmente*

Entre otros aspectos⁶⁴, y con ecos de *Marbury*, se controlará que haya un agraviado por el accionar administrativo, verificándose si hay legitimación; gravamen de hecho⁶⁵; causalidad, v.gr., conexión entre el gravamen y el accionar de la agencia⁶⁶; reparabilidad⁶⁷; zona de interés protegida por la ley formal o regulación⁶⁸.

Se verificará si la *agency* esté alcanzada por la ley específica que establece la revisión, y si esa ley específica autoriza la revisión judicial: ocurre que hay leyes que podrían excluirla o limitarla. Vuelvo sobre ello, al referirme a la "veda de revisión judicial."

Se estudiará si el accionar de la *agency* es final, y se controlará que no haya otro remedio adecuado en un tribunal judicial con respecto a ese accionar toda vez que la ley específica podría establecer un remedio específico diferente a efectos de la revisión judicial. También se verificará si hubo agotamiento de

que un juez presida un caso en particular. Conf. UNITED STATES COURTS (s/f) "How judges are assigned to cases."

⁶⁴ Remito a *CARP et al.* 1998, 47-61.

⁶⁵ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

⁶⁶ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

⁶⁷ *Idem* nota al pie 66.

⁶⁸ Aunque según el Justice Scalia, en *Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U. S. 118, 127 (2014), dicho test de la zona de interés resultaba ajeno, y debían emplearse herramientas tradicionales para interpretar la legitimación conferida por la ley. Cfr. *Bank of America Corp. v. City of Miami*, No. 15-1111, *slip opinion*, p. 5 (Mayo 1, 2017), confirmando el criterio de que el test de la zona de interés hace a una investigación de si la ley, que confiere causa para accionar, comprende el reclamo del litigante.

la vía administrativa, y que el caso no sea de jurisdicción primaria administrativa.

Por último, la APA parece vedar la revisión judicial de las decisiones discrecionales, y ello no debería sorprender a la luz del antiguo precedente *Curran*, caso en el cual era la ley misma la que confería discrecionalidad⁶⁹. Sin embargo, como veremos *infra*, también las decisiones discrecionales han hallado su sendero hacia una sistematización de criterios para su análisis en ocasión de la revisión judicial, si bien con un cierto posicionamiento en el espectro de grados de deferencia del órgano judicial hacia la agencia⁷⁰, y de conformidad con ciertos estándares jurisprudenciales.

2. Margen y estándares de revisión, vistos desde el tribunal judicial revisor

El tema de este acápite involucra tener en cuenta, primero, una definición siquiera operativa de “estándar de revisión;” con ese concepto en mente, se podrá encarar la afirmación de la doctrina⁷¹ en punto a que, de los modelos usuales de revisión judicial (v. gr., el propio del siglo XIX, basado en la bipolaridad; el basado en la jurisdicción o modelo *ultra vires*, como en Reino Unido; y el basado en la apelación judicial), en Estados Unidos, en el orden federal, el legislador, al sancionar la APA, habría optado por consagrar este último.

a) Estándar de revisión. Decisor. Procedimiento previo

Tiene que tenerse presente, en forma liminar, y en el campo de la revisión judicial en general, que, como explica Davis, los estándares de revisión pueden ser considerados como aquellos que miden el grado de deferencia o respeto debido, por un tribunal judicial que revisa, hacia la decisión bajo revisión; la expresión describe la autoridad positiva que la corte de apelación esgrime en su revisión; también define la relación y el poder compartido entre los decisores⁷².

Esos decisores serán⁷³, en ocasiones, la *trial court*, y la *circuit court* como tribunal revisor, o incluso el jurado y la *circuit court* como

tribunal revisor entre otros supuestos. En otras ocasiones –que son las que aquí más interesan–, esos decisores serán, respectivamente, la agencia administrativa, por un lado, y el tribunal judicial revisor, por el otro.

Pero la escena no es totalmente binaria: Davis señala que las agencias, ocasionalmente, llevan adelante lo que parecería ser un procedimiento administrativo de tipo penal o que redundan en una sanción (lo cual –vale tenerlo muy en cuenta– no significará que la agencia administrativa lleve adelante un enjuiciamiento penal o criminal). Asimismo, puede recordarse que, desde la perspectiva general, la decisión bajo revisión podrá ser el resultado de uno de cuatro tipos de procedimientos que se hayan llevado a cabo previamente: (i) civil; (ii) criminal o penal; (iii) administrativo formal; y (iv) administrativo informal⁷⁴.

¿Qué función tendría el estándar de revisión, en general? La “función nuclear”⁷⁵ de un estándar de revisión será definir el “adecuado rol del tribunal revisor” al resolver acerca de la conducta de otros decisores⁷⁶ identificando el “grado de deferencia otorgado, por el tribunal revisor, a la decisión bajo revisión”⁷⁷. Ahora, ¿qué incidencia tendría este aserto en el específico ámbito de la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa? Veamos:

b) El “modelo” adoptado por la APA

Desde una perspectiva rica en matices históricos, Merrill explica que el legislador, al aprobar el texto de la APA, de 1946, “codificó el modelo de revisión judicial basado en la apelación” (*appellate model of judicial review*)⁷⁸. Dicho modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la cortes de apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado.⁷⁹ De tal modo, entran en juego las instituciones propias de la apelación en un juicio civil, y la formación de la decisión en la primera instancia, en la cual se lleva a cabo el juicio.

En su núcleo, la apelación civil “presupone una división de funciones basadas en la dis-

⁶⁹ *Curran v. Laird*, 420 F.2d 122 (1954).

⁷⁰ Tales los fijados en *Pierce v. Underwood*, 487 U. S. 552 (1988). Ver DAVIS 2000, 64-67.

⁷¹ MERRILL 2011.

⁷² DAVIS 1988, 470.

⁷³ Davis enumera cinco distintos tipos de decisores, pero, en lo que aquí interesa, estimo relevantes el jurado, el juez del *trial court* y la agencia. Ver DAVIS (1988) p. 471. También considera solo los tres decisores enumerados LOUIS (1984), 994.

⁷⁴ DAVIS 1988, 471.

⁷⁵ *Nelson v. State*, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).

⁷⁶ *Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan*, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).

⁷⁷ Conf. DAVIS *et al.* 1986, 465.

⁷⁸ MERRILL 2010, 389.

⁷⁹ *Idem* nota al pie 78.

tinción entre hechos y derecho”⁸⁰. En un caso judicial originariamente planteado en sede judicial, de los hechos y del derecho –pero primordialmente de los hechos– se ocupará el *trial court*, al tiempo que, naturalmente, la corte de apelaciones de circuito revisará cuestiones de derecho. Se entiende que la institución iniciante posee mayores habilidades –dadas por la ley– en materia de cuestiones de hecho, y la institución revisora usualmente respetará los hallazgos fácticos efectuados en la instancia judicial inferior⁸¹.

La elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” ha venido a apoyarse en la distinción reseñada en el párrafo precedente. Se trataría de un modelo de cuño judicial, adoptado y elaborado por los jueces, históricamente moldeado por el juego entre la experiencia legislativa y la interpretación jurisprudencial definitiva del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantándose esa actuación a un escenario distinto: el del tribunal judicial revisor (por regla, corte de distrito, salvo que revise una corte de circuito de una cámara de apelaciones federal) controlando el accionar de la agencia.

Tal modelo se aplicaría al “accionar” de la agencia⁸². A partir de ello, colijo que no distinguiría entre acción u omisión administrativa, adjudicación o elaboración de reglas o regulaciones.

En cierto modo, dicho modelo comenzó a manifestarse como tal en punto a la habilidad del órgano judicial para la revisión de cuestiones fácticas, lo cual puede ilustrarse, como explica Landis, mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas⁸³. Pero tengamos presente las diferencias entre una primera instancia judicial, que decide con previa participación de un jurado, contacto directo del juez con los testigos, y demás, y una agencia administrativa que decide pero que no integra la rama judicial y que,

en el mejor de los casos, será una agencia “independiente”⁸⁴.

c) *Actitud del órgano judicial. Espectro deferencial*

Ya vimos que un estándar de revisión estaría enderezado a evaluar lo resuelto por otro decisor, y reflejaría grados de deferencia hacia éste. Ello, en el tema que nos ocupa, se traduciría en diversos grados de respeto, por parte del tribunal judicial revisor, hacia el accionar de la agencia.

Deben considerarse, en este punto, y respecto de ese respeto o deferencia, las tensiones que provoca la doctrina de la separación de poderes: no se quiere que la rama judicial “usurpe” competencia de la agencia administrativa; pero, al mismo tiempo, tampoco se quiere que la rama legislativa, mediante la leyes, “sustraiga” poder de revisión que naturalmente el órgano judicial posee; y –es claro–, tampoco se quiere que la agencia administrativa, ajena a la rama judicial, le “imponga,” a ésta última, su decisión.

Con base en las “variables” de una tabla comparativa elaborada por la doctrina⁸⁵, podemos tomar nota de las diversas actitudes del tribunal judicial hacia la *agency* en lo que aparecería como un espectro o *spectrum*, y algunas particularidades:

i) De novo

Primero, no habrá deferencia alguna hacia la agencia en aquellos casos en que se deba juzgar, *de novo*, en sede del tribunal judicial revisor. Siguiendo el esquema de revisión apelada, se tratará de una revisión plenaria, independiente, meticulosa y libre, en la que se encarará el asunto como si se recreara una (imaginaria) primera audiencia en sede administrativa. En este poco frecuente supuesto, habrá que ver si la ley específica aplicable, en forma expresa, permite que, ante el tribunal judicial revisor, se juzguen, *de novo*, hechos y derecho provenientes de la agencia administrativa⁸⁶. En caso afirmativo, el tribunal judicial revisor podrá basarse en el expediente o registro administrativo, o crear uno suyo⁸⁷.

⁸⁰ Idem nota al pie 78, con cita de Louis, 1986. En similar sentido, *CARP et al.* 1998, 53-54.

⁸¹ Idem nota al pie 78.

⁸² MERRILL 2010, 410, y su cita.

⁸³ Ampliar en el clásico LANDIS 1938, 124-155; en p. 124 dice que el área en la cual los tribunales insisten en que los hallazgos fácticos no pueden ser finales es un “área interesante”, y a partir de allí reseña la línea jurisprudencial que se inicia con *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1877). Sobre esa jurisprudencia puede verse SACRISTÁN 2007a, 114-119 y SACRISTÁN 2007b, 235-242.

⁸⁴ Vuelvo sobre ello en la sección V.

⁸⁵ DAVIS 1988, 471. En similar sentido, RUGG 2019 y su remisión a DAVIS 1988.

⁸⁶ La ley expresamente tiene que permitir que se juzgue *de novo*. El silencio o ambigüedad de la ley se entenderá como negativa. *Cass et al.* 1994, 185. En igual sentido, DAVIS 1988, 475.

⁸⁷ DAVIS *et al.* 2010 § 15.2.

Sin perjuicio de claros ejemplos que cita la doctrina⁸⁸, incluyendo la generalizada revisión *de novo* cuando los procedimientos de determinación de los hechos por la agencia resultan inadecuados⁸⁹, es ilustrativo el supuesto de 8 U. S. C. § 1252(b)(5)(B), sobre revisión judicial de órdenes de expulsión. Dicha norma, con sano criterio establece que, si el peticionante alega ser un nacional de los Estados Unidos, y la corte de apelaciones resuelve que se presenta una genuina cuestión fáctica en punto a la nacionalidad del peticionante, esa corte transferirá el procedimiento a la corte de distrito de los Estados Unidos correspondiente al distrito judicial en el cual el peticionante reside para una nueva audiencia sobre el reclamo de nacionalidad y una decisión sobre tal reclamo “como si la acción hubiera sido iniciada ante la corte de distrito (...).”

ii) “Claro error” o “claramente erróneo”

Segundo, tendría que haber un mínimo respeto o deferencia por parte de un tribunal revisor judicial cuando opere el estándar de “claro error” o estándar de lo “claramente erróneo.” Esta es la clase de error que crea una firme convicción en el juzgador acerca de dicho yerro⁹⁰. Sin embargo, se debate si este estándar, propio del régimen de apelación civil bajo la regla 52(a) de las respectivas Reglas Federales de Procedimiento Civil y hábil para revisar con escasa deferencia las determinaciones fácticas de la *trial court*⁹¹, se aplica a la revisión de las determinaciones fácticas de una agencia.⁹² Alternativamente, se aplicaría el estándar de razonabilidad o “evidencia sustancial” previsto en la APA.

iii) Evidencia sustancial o razonabilidad

Tercero, el estándar de razonabilidad o de “evidencia sustancial,”⁹³ y sus especies,

rational basis review y *hard look doctrine*,⁹⁴ presenta mínima deferencia. Este estándar opera tanto para revisar decisiones de un jurado como para revisar ciertas decisiones de la agencia administrativa.

En el caso del jurado, el margen para la revisión de sus determinaciones fácticas es muy estrecho y el veredicto quedará incólume, salvo no haya “evidencia sustancial” que lo respalde⁹⁵. En el caso de la agencia, este estándar podrá conllevar menos o más deferencia que en un litigio civil⁹⁶, y será hábil para la obtención de la revisión del accionar “formal” de la *agency*, es decir, el que se produce luego de una audiencia formal que conste en el expediente. La revisión bajo el estándar de “evidencia sustancial,” originariamente previsto en una antigua ley⁹⁷, está consagrado en APA § 706(2)(E), y se aplica tanto a las *adjudications* formales como a los *rulemakings* formales. Esa aplicación, a su vez, exige distinguir entre dos supuestos, que hacen a cómo llegó la agencia a su decisión, y a otros factores:

Primero, si la agencia administrativa actuó con apego a los usos de los órganos judiciales, el estándar de “evidencia sustancial” operará como si fuera el estándar de “claro error”⁹⁸. Segundo, si la agencia actuó de otra manera, el tribunal judicial revisor será deferente hacia el conocimiento especializado (*expertise*) de aquélla, la complejidad de los asuntos debatidos ante ella en sede administrativa, la claridad de las leyes que fijan los deberes de la agencia, entre otros extremos,

se debe dar, a la ley, una interpretación razonable,” criterio posteriormente recogido en la APA.

⁸⁸ Ver MAIRAL 2021, 635

⁸⁹ BENDOR et al. 2019, 377.

⁹⁰ *U.S. v. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364 (1948) 394-395: bajo las *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 52(a), un hallazgo fáctico, por parte del *trial court*, es ‘claramente erróneo’ cuando, si bien hay evidencia para sustentarlo, el tribunal judicial revisor, ante la evidencia toda, queda con la convicción definitiva y firme de que se cometió un error.

⁹¹ Ampliar en RUBIN, 2003, 128.

⁹² A favor de su aplicación para hechos históricos y hechos que producen hechos finales generadores de principios, LOUIS 1984, 1001 y sus citas. En contra, pues solo se aplicaría a los hallazgos fácticos de jueces y magistrados: DAVIS 1988, 471. RUGG 2019, 3, quien propicia la aplicación del estándar de “evidencia sustancial,” que enseguida recordaremos.

⁹³ Originado ya en *U. S. v. Union Pacific R. Co.*, 226 U. S. 61 (1912) 84, en el cual se afirmó: “esta Corte declaró que

⁹⁴ *Motor Vehicle Manufacturers Association of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983), en el cual se sostuvo que la Corte de Apelaciones había errado al no “intensificar el margen de su revisión con base en su lectura de los hechos legislativos.”

⁹⁵ *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979) 319: La cuestión relevante es si, luego de revisarse la evidencia bajo la luz más favorable a la acusación, cualquier juzgador racional de los hechos hubiera hallado los elementos esenciales del crimen más allá de una duda razonable.

⁹⁶ DAVIS 1988, 478.

⁹⁷ Ley de la *Federal Trade Commission* de 1914, 38 Stat. 719 (1914), sección 5 (c): “cualquier persona, sociedad o Sociedad anónima a la que la Comisión le ordene cesar y desistir de emplear cualquier método de competencia o accionar o práctica puede obtener la revisión de tal orden en la Corte de Apelaciones de Circuito de los Estados Unidos (...) interponiendo (...) una petición por escrito. (...) La Comisión, en el acto, certificará y presentará, ante la corte, una transcripción de todo el expediente (...) Las determinaciones con respecto a los hechos, en tanto respaldadas por evidencia, serán concluyentes.”

⁹⁸ *Idem* nota al pie 96.

y aplicará este estándar como si estuviera revisando las determinaciones que efectúe un jurado, cuyo veredicto será confirmado salvo que –como vimos–, no medie evidencia sustancial para sustentarlo⁹⁹.

La Suprema Corte, en su momento, definió a la “evidencia sustancial” como “*más que un mero resplandor [scintilla];”* agregó que “*significa tal evidencia relevante como la que una mente razonable aceptaría como adecuada para respaldar una conclusión*”¹⁰⁰. Sin duda, la definió mediante una fórmula aplicable al veredicto de un jurado. La doctrina administrativista, por su parte, se sugirió que, en lugar de “mente razonable,” se utilizara el criterio de “mente razonante”¹⁰¹. Con posterioridad a la sanción de la APA, la Suprema Corte visualizó a la evidencia con mayor amplitud, y afirmó que, en una investigación, en sede administrativa, se debe conferir peso adecuado tanto a la prueba a favor de una alegación como a la prueba en contra de ella, y que son inválidas las decisiones adoptadas sin tomar en consideración “toda la evidencia,” tanto inculpativa como exculpativa, contenida en el registro o expediente administrativo¹⁰².

iv) “Arbitrariedad y capricho”

Cuarto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia, del tribunal judicial revisor hacia el accionar de la agencia, cuando, bajo APA § 706(2)(A)¹⁰³, medie “arbitrariedad y capricho,” o, simplemente, “arbitrariedad,” y su especie, “claro error de juicio” o *clear error judgement*¹⁰⁴. Éste último no tiene que ser confundido con el “claro error” antes reseña-

do, del cual constituiría una especie, y resultaría, por ende, más limitado¹⁰⁵.

El estándar de “arbitrariedad” se aplica para el accionar “informal” de la agencia, sean *adjudications* o *rulemakings*, cuando no hay audiencia en el expediente administrativo o, directamente, no hay expediente administrativo. Se diferencia del anterior estándar, de razonabilidad o “evidencia sustancial,” en razón de qué es lo que el tribunal judicial revisor controla. Bajo el test de razonabilidad o “evidencia sustancial,” el tribunal judicial revisor se centra en la prueba y revisa (i) cómo la agencia evaluó la evidencia (“toda” la evidencia del expediente, como vimos al final del acápite precedente) y (ii) cómo aplicó la evidencia al decidir. En cambio, en el estándar de “arbitrariedad y capricho,” el tribunal judicial revisor se centra en la decisión misma y controla (i) la justificación de esa decisión por parte de la agencia; (ii) si esa decisión puede ser lógicamente inferida a partir de la evidencia.

Originariamente empleado en forma ciegamente deferente¹⁰⁶, lo cual es llamativo en el marco de procedimientos informales, este estándar, de “arbitrariedad y capricho” ha sido moldeado por la práctica judicial; la jurisprudencia ha ido exigiéndoles, a las agencias, que produzcan un expediente en el que consten las “bases” de su decisión, lo cual ha permitido que quien solicite la revisión acuda, no al estándar de “arbitrariedad y capricho,” sino al de razonabilidad o “evidencia sustancial,” que conlleva una menor deferencia¹⁰⁷.

v) Abuso de discrecionalidad

Quinto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia cuando medie el “abuso de discrecionalidad” de APA § 706(2)(A): el estándar toma por sentado que podrá haber decisiones discrecionales bajo la ley aplicable porque ésta habilita para ello, y el litigante tendrá que demostrar que se configuró un “abuso” o exceso de discrecionalidad.

Nuevamente, resultará ilustrativo acudir al modelo de la apelación judicial respecto de la decisión de una *trial court*. Se ha definido a este estándar como “el error llano, la discrecionalidad ejercida en pos de un fin no justificado por la evidencia, un fallo que es claramente contrario a la lógica y efectos de

⁹⁹ Ver nota al pie 95.

¹⁰⁰ *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U. S. 197 (1938) 229, caso en que la Suprema Corte encaró la duda planteada por el caso diciendo: “Coincidimos en que la ley, al establecer que ‘las determinaciones del Board con respecto a los hechos, en tanto sustentadas en evidencia, serán concluyentes’ significa sustentadas en evidencia sustancial.”

¹⁰¹ “Razonante a partir de la evidencia,” conf. JAFFE 1965, 596.

¹⁰² *Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board*, 340 U. S. 474 (1951) 488.

¹⁰³ En rigor, 5 U. S. C. § 706(2)(A) contiene 4 supuestos distintos: accionar “arbitrario,” “caprichoso,” “abuso de discrecionalidad,” y “de cualquier otro modo no de conformidad con el Derecho.” Pero se lo suele ver bajo el rótulo genérico de “arbitrariedad.” Alguna vez sostuvo, el entonces juez Scalia, que era una suerte de “cajón de sastre”, conf. *Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors*, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984). Sin perjuicio de ello, aquí diferencio el “abuso de discrecionalidad” en razón del tipo de accionar administrativo que supone.

¹⁰⁴ Originado en *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, cit. en nota al pie 28.

¹⁰⁵ Conf. RUBIN 2003, 127, n. 143, y sus citas.

¹⁰⁶ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U. S. 176, 185 (1935), con cita de *Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin*, 293 U. S. 194, 209 (1934).

¹⁰⁷ DAVIS 1988, 480.

los hechos tal como son determinados”¹⁰⁸. En sede judicial, en ocasión del *trial*, el juez toma decisiones regladas, y decisiones discrecionales. Éstas últimas pueden incluir instrucciones al jurado; admisión o inadmisión de pruebas; concesión o denegación de peticiones las partes, entre otros supuestos.¹⁰⁹ En ocasión de la apelación, se suelen respetar estas decisiones discrecionales en razón del posicionamiento del juez respecto del caso. Pero se verificará un “abuso” de discrecionalidad cuando la corte de distrito no aplique el Derecho correcto o apoye su decisión en una determinación fáctica claramente errónea;¹¹⁰ cuando la corte de distrito falle en forma irracional;¹¹¹ cuando la corte de distrito incurra en error de Derecho;¹¹² cuando la corte de distrito interprete erróneamente una ley¹¹³ o apoye su decisión en una visión errónea del Derecho;¹¹⁴ cuando el expediente no contenga evidencia alguna para sustentar la decisión de la corte de distrito.¹¹⁵ Además, se revocará la decisión y se devolverá el caso a la *trial court* para ulteriores determinaciones cuando ésta no haya considerado todas las opciones disponibles, no haya considerado factores relevantes, o haya considerado factores irrelevantes. También podrá haber revocación y devolución si del expediente no surgiera, en forma adecuada, el razonamiento empleado por el juez para arribar a su decisión discrecional.

¹⁰⁸ *Rabkin v. Oregon Health Sciences University*, 350 F.3d 967, 977 (9th Cir. 2003). Ver también: *In re Korean Air Lines Co., Ltd.*, 642 F.3d 685, 698 n.11 (9th Cir. 2011).

¹⁰⁹ Ver, por ej., *U.S. v. Walrath*, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003). Ver *Federal Criminal Procedure Code*, Regla 30.

¹¹⁰ Ver *Jeff D. v. Otter*, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011) y su cita de *Casey v. Albertson's Inc.*, 362 F.3d 1254, 1257 (9th Cir. 2004).

¹¹¹ Ver *Chang v. United States*, 327 F.3d 911, 925 (9th Cir. 2003); *Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California*, 618 F.3d 1066, 1084 (9th Cir. 2010), en el que se concluyó que la corte de distrito no había fallado de forma irracional.

¹¹² Ver *Koon v. United States*, 518 U.S. 81 (1996) 100: Una corte de distrito, por definición, abusa de su discrecionalidad cuando incurre en un error de Derecho. Ver, asimismo, *Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration*, 635 F.3d 1135, 1137 (9th Cir. 2011), con cita de *Koon*; *Forest Grove School Dist. v. T.A.*, 523 F.3d 1078, 1085 (9th Cir. 2008), aplicando *Koon*; *United States v. Martin*, 278 F.3d 988, 1001 (9th Cir. 2002), aplicando *Koon*.

¹¹³ *United States v. Beltran-Gutierrez*, 19 F.3d 1287, 1289 (9th Cir. 1994).

¹¹⁴ *Richard S. v. Dep't of Dev. Servs.*, 317 F.3d 1080, 1085-86 (9th Cir. 2003). Ver, asimismo: *Fox v. Vice*, 563 U.S. 826 (2011), 832 (2011), en el cual se reconoce que la *trial court* tiene amplia discrecionalidad cuando, “pero sólo cuando, juega por las reglas correctas.”

¹¹⁵ *Oregon Natural Res. Council v. Marsh*, 52 F.3d 1485, 1492 (9th Cir. 1995).

En la APA la expresión “discrecionalidad” aparece en más de una ocasión. Comparemos, por ejemplo, 5 U. S. C. § 701 (a) (2), que veda la revisión judicial de materias confiadas a la discrecionalidad de la agencia, y 5 U. S. C. § 706 (2) (A), que habilita la revisión judicial cuando medió un “abuso” de discrecionalidad. Podría, en este contexto inferirse que resultarían aplicables, a este último supuesto y *mutatis mutandi*, las causales generadoras de la configuración del “abuso” enumeradas en el párrafo precedente.

En la práctica, parecería haber mayor deferencia comparativa hacia la *agency* que hacia la *trial court*. Ello podría vincularse con que el tribunal judicial revisor —en la especie, corte de apelación— no posee el conocimiento especializado de la agencia, por lo que no podrá evaluar fácilmente cómo la agencia empleó la discrecionalidad.¹¹⁶ Sin embargo, en ocasiones, ciertos accionares de las agencias han sido considerados no exentos de revisión judicial aun cuando parecían tipificar en 5 U. S. C. § 701 (a) (2): someter a censo, materia no confiada a la discrecionalidad de la agencia quien no puede, según su libre albedrío censar o no; la rescisión de un programa de acción afirmativa de alivio para niños inmigrantes.¹¹⁷ En ambos casos se halló sustento en la razonabilidad a efectos del análisis de la decisión discrecional y el eventual abuso de discrecionalidad.

vi) Veda de revisión judicial

Por último, cuando la ley formal vede la revisión judicial, se configurará un máximo de respeto o deferencia del tribunal judicial revisor hacia la agencia. Aunque ello pueda parecer llamativo, existen leyes, en Estados Unidos, que no permiten la revisión de cierto accionar de la agencia. Un ejemplo de tal supuesto es el de las determinaciones de beneficios dispuestas por la Administración de Veteranos pre-1989, las cuales se hallaban regladas en una ley que no establecía la revisión judicial. El beneficiario debía ineludiblemente aceptar la suma fijada (lo cual, se argüía, brindaba seguridad presupuestaria). Tal política legislativa fue posteriormente modificada¹¹⁸.

¹¹⁶ DAVIS 1988, 480-481. Rugg 2019, 4-5.

¹¹⁷ Respectivamente, *Department of Commerce et al. v. New York et al.*, 588 U. S. ____ (2019); y *Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al.*, 591 U. S. ____ (2020).

¹¹⁸ Ver *Johnson v. Robinson*, 415 U. S. 361, en 365 (1974), revisándose una ley, 38 U. S.C. s. 211(a), que expresamente vedaba la revisión judicial de las decisiones del Administrador de la Administración de Veteranos. Ahora, estas irrevisibilidades no parecen ser definitivas: la ley de bene-

Otro supuesto de veda de revisión judicial por parte de cierto órgano judicial revisor en particular se verifica cuando el decisorio judicial podría contradecir la intención del Legislador, cual sería el caso de que se interrumpa o impida el fluido funcionamiento de un marco regulatorio complejo¹¹⁹.

¿Son absolutas las vedas de revisión judicial? Consideremos el caso de la CRA o *Congressional Review Act*. Esta ley habilita al Congreso estadounidense para aprobar la abrogación de una *rule* emitida por una agencia federal, sin alcanzar el accionar del Presidente, es decir, sus órdenes ejecutivas y demás directivas, las cuales se hallan fuera de su ámbito de aplicación. La CRA constituye una de las herramientas con las que cuenta para controlar el accionar de las agencias federales, y ello se engarza con el esquema de leyes que, al crearlas, delegan, en ellas, competencias. Sancionada en 1996, la CRA propició que, por resolución conjunta de ambas Cámaras, se dejen sin efecto una *rule* en 2002-2002; 16 *rules* en 2017-2018; 3 en 2021-2022. Pues bien, la sección 805 de la CRA ley establece que, bajo ella, ninguna determinación, hallazgo, accionar u omisión podrá ser sujeto a revisión judicial¹²⁰. ¿Cómo se ha interpretado tal máxima restricción? Se la ha interpretado en el sentido de que no es absoluta, vedando el reclamo sobre la conformidad con la CRA, pero permitiendo la impugnación constitucional de la resolución conjunta de desaprobarción emitida bajo dicha ley¹²¹.

En general, ante leyes que vedan la posibilidad de revisión judicial, cuando se impugna con bases constitucionales, el tribunal judicial revisor leerá las normas excluyentes de la revisión de modo tal que se preserve su rol como órgano encargado del control de constitucionalidad¹²².

ficios para veteranos citada se modificó en 1988, estableciéndose la revisión judicial de ciertas decisiones finales de la Administración. Esto prueba el diálogo entre las ramas Judicial y Legislativa y las consecuentes enmiendas legislativas de conformidad con las decisiones judiciales.

¹¹⁹ Ver *Block v. Community Nutrition Inst.*, 467 U.S. 340, en 346-347 (1984). Además, la revisión judicial puede ser vedada en una corte en particular si la ley establece que un esquema íntegro que derive la revisión judicial hacia una corte en particular en determinadas circunstancias. *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*, 510 U.S. 200, en 208-209 (1994); *Elgin v. Department of Treasury*, 567 U.S. 1, en 12-18 (2012). Cit. en: COLE (2016).

¹²⁰ 5 U. S. C. § 805.

¹²¹ *Center for Biological Diversity v. Bernhardt*, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019), esp. 561. Cit. en: CAREY et al. 2021, 25, n. 148.

¹²² Ver *McNary v. Haitian Refugee Center, Inc.*, 498 U.S. 479, en p. 498 (1991), en el que se afirmó que una veda

V. Supuesto de “agencias independientes”

De conformidad con 5 U. S. C. § 701 (b)(1), se halla comprendida en la noción de agencia administrativa “cada autoridad del Gobierno de los Estados Unidos,” (con exclusión, como vimos en la sección II, entre otros, al Presidente y a las cortes de justicia)¹²³. Esas autoridades administrativas –que pueden denominarse agencias (*agencies*), comisiones (*commissions*), organismos (*boards*) o departamentos (*departments*)– no existirán si no hay ley previa del Congreso que las cree y les delegue competencias.

Algunas *agencies* son “comisiones reguladoras” que cuentan con un directorio colegiado, independiente, cuyos miembros sólo pueden ser exonerados por justa causa y, por ende, se las suele llamar “*independent agencies*” o “agencias independientes”¹²⁴. Las mismas, distinguibles por su campo de acción regulatoria, se hallan enumeradas en la *Paperwork Reduction Act* o ley de reducción del trabajo en soporte papel, de 1995 y comprenden, por ejemplo, a la Agencia Federal Reguladora de la Energía o la Comisión Federal de Comunicaciones¹²⁵. Con capacidad de síntesis, Verkuil explica que la independencia de estos reguladores se basa en tres recaudos de fuente legal formal: el requisito de nombramiento bipartidario; el requisito de servir por períodos fijos; y el requisito de remoción limitada a causas expresamente previstas.¹²⁶ Se concretará, así, la independización respecto del poder político, asegurándose un alejamiento respecto de las “decisiones puramente políticas”¹²⁷. Esas tres características serán las que diferencian al miembro del *board* o directorio de una de ellas, por un lado, y un funcionario de la rama ejecutiva, por el otro.

de revisión judicial de fuente legal formal no impide que el tribunal judicial revise impugnaciones constitucionales a la conducta de la agencia; *Johnson v. Robison*, 415 U.S. 361, en p.367 (1974), en el que se sostuvo que una disposición legal formal que veda la revisión judicial no impide que los tribunales judiciales entiendan en impugnaciones constitucionales a la ley. Cit. en: COLE 2016.

¹²³ Ver notas al pie 8 y 9 y texto correspondiente.

¹²⁴ Ver *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U. S. 477, en p. 483 (2010), conforme al cual el Congreso puede, bajo ciertas circunstancias, crear agencias independientes administradas por funcionarios principales nombrados por el Presidente, a quienes el Presidente puede remover según su libre voluntad, pero sólo por una causa justificada (*good cause*).

¹²⁵ *Paperwork Reduction Act*, 44 U. S. C. 3501 et seq., § 3502 (5).

¹²⁶ VERKUIL 1988, 259; VERGARA 2017, 51.

¹²⁷ VERGARA 2017, 47 y 49.

En lo que aquí interesa, si se considera su quehacer, que es “determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas”¹²⁸, advertiremos que: (i) la “independencia” incidirá en las determinaciones fácticas que efectúen en el marco de procedimientos llevados adelante ante ellas. (ii) Tal competencia se vinculará, a su vez, con el juicio “experto” o técnicamente especializado del que harán uso al efectuar esas determinaciones fácticas.

En cierto modo, si se tienen en cuenta –entre otros extremos localizables en la instancia de creación de estas agencias por parte del Congreso– los variables y crecientes cúmulos de información requeridos para las tomas de decisión, se concluirá en que su razón de ser radica, al menos, en la eficiencia. En efecto, en lugar de que el Congreso tenga que aprobar el texto legislativo y, además, legislar en detalles propios de una reglamentación especializada –con el *enforcement* o ejecución de su cumplimiento en cabeza de la rama Judicial, la cual compelerá ese cumplimiento sobre una base caso por caso–, las agencias independientes logran que se obtenga el mismo resultado, pero a un menor costo. Así, a partir de su creación, y en tanto habilitadas por la ley formal, dictan reglas o *rules* proveyendo los detalles propios de esa ley formal, y resuelven *adjudications* y *licencings*. En suma, se las creó y se las crea para que se facilite –se eficiente, en rigor– la función de gobierno.

Renglón aparte merecen las denominadas “agencias ejecutivas” o “agencias del Ejecutivo,” o “de la rama Ejecutiva” (*executive agencies*) que operan bajo la dirección de un solo administrador que cumple las órdenes o instrucciones del Presidente. Estas agencias ejecutivas se hallan ubicadas dentro de órganos liderados por miembros del Gabinete del Presidente. Por ejemplo, la *National Highway Traffic Safety Administration*, o administración nacional de seguridad del tránsito en las autopistas, funciona en el *Department of Transportation* o ministerio de transporte. A todo evento, tanto esa administración nacional como este ministerio son “agencias administrativas.”

1. La agencia independiente como delegataria

Como vimos, la agencia administrativa es “delegataria” o “delegada” del Congreso. Ha dicho la Suprema Corte estadounidense que una agencia federal “literalmente no tie-

¹²⁸ VERGARA 2017, 48.

ne poder alguno (...) salvo que y hasta tanto el Congreso le confiera poderes”¹²⁹. Ahora, la forma en que se visualizará –sobre todo en sede judicial– esa delegación legislativa, no prevista en la Constitución estadounidense, pero tradicionalmente reconocida y convalidada constitucionalmente salvo las célebres excepciones producidas en el *New Deal*¹³⁰, tomará en cuenta el reparto constitucional de competencias; en particular, el deber, en cabeza del Presidente, de velar por que las leyes sean “fielmente ejecutadas” bajo el Artículo II de la Constitución en el marco de lo que conocemos como “*Take Care Clause*,” caso contrario, se producirá agravio a la doctrina de la separación de poderes.

2. La ley delegante como medida de exposición al control judicial

La ley creadora de la agencia, además de conferirle competencias, podrá fijar estándares y condiciones para la revisión judicial; establecer cuándo habrá revisión judicial *de novo*; qué hechos, determinados en sede administrativa, podrán o no podrán ser revisados por el tribunal judicial revisor¹³¹. En otras palabras, será el legislador congresional mismo el que decidirá cuán pasible de revisión judicial será el accionar de la agencia, protegiéndolo o exponiéndolo al escrutinio de los magistrados. Y en caso de que la ley formal no establezca esos criterios, se aplicarán los de la APA. Asimismo, si el Congreso hubiere omitido especificar cuál será la corte federal que ejercerá la revisión judicial, entenderá una corte de distrito de conformidad con 28 U. S. C. § 1331.

3. Modulaciones de la revisión judicial del accionar de agencias administrativas “independientes” y “ejecutivas”

No se podría negar que es necesario que las decisiones de la agencia administrativa independiente sean pasibles de control jurisdiccional¹³². La revisión judicial del accionar de la agencia administrativa independiente, entiendo, puede verse como orientada por los dos extremos mencionados al inicio de esta sección: independencia y *expertise* o especialidad. Ambos componentes aparecerían

¹²⁹ *Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission*, 476 U. S. 355, en p. 374 (1986).

¹³⁰ Ampliar en BIANCHI 1990, 82-86.

¹³¹ Respectivamente, pueden verse: *Food Stamp Act* de 1964, § 13, con su régimen de revisión judicial *de novo* por parte de una corte de Distrito, y la *Surface Mining Control and Reclamation Act* de 1977, § 526 (a)(2)(b).

¹³² VERGARA 2017, 50.

hábiles para proveer una suerte de “blindaje” respecto de las decisiones de la agencia independiente, ante la revisión judicial. Sin embargo, esa protección debería ser armónica no solo con su *expertise* sino, en especial, con su independencia¹³³. En punto a ello, entiendo que no podría ser igual esa protección en el supuesto del accionar de una agencia reguladora independiente, que en el supuesto del accionar de una agencia ejecutiva, de marcada menor independencia respecto de los decisores políticos. A todo evento, más allá de la eficiencia que se quisiera lograr colocándose institucionalmente a la agencia en una posición de mayor o de menor independencia, esa finalidad debería armonizarse con el innegable derecho a la revisión judicial dada la máxima imparcialidad que asegurará.

En una investigación con firmes bases en la Economía y el Derecho se llegó a la conclusión de que, sobre 568 leyes reglando en materia de revisión judicial entre 1947 y 2016, 55 leyes la excluyen; y otras 46 la excluyen dadas ciertas condiciones¹³⁴. ¿Ocurre lo mismo en el específico supuesto de las agencias independientes y de las agencias dependientes del Ejecutivo? ¿Se amplía la “base de revisión judicial” si la agencia es menos independiente a fin de que el tribunal judicial revisor sofrené al Ejecutivo? ¿O se verifica un supuesto distinto, en el que el tribunal judicial revisor sofrené o recorta la independencia de la agencia independiente? La investigación citada, liderada por Pamela McCann y coautores, propicia la siguiente lectura de los datos que analiza: una mayor independencia de la agencia coincidirá con más posibilidades de revisión judicial. Se evita, de ese modo, que la agencia independiente alcance una suerte de independencia extrema. La agencia independiente pasa, entonces, de ser controlada por la Política, a ser controlada por la Justicia. También varía el margen de revisión según las características específicas de la agencia independiente y cuánto según querrá el Congreso exponerla al escrutinio judicial en la letra de la ley¹³⁵. Todo ello brindaría los consecuentes diversos grados de exposición a la revisión judicial. Por cierto, si, a mayor independencia respecto

del Ejecutivo, mayor control judicial, ello no excluirá el control político congresional, más intenso también cuanto más independiente sea la agencia¹³⁶, lo cual se condice con el hecho de que son independientes del Poder Ejecutivo, pero no del Congreso que las crea e insufla competencias.

Finalmente, en punto a la revisión del accionar de estas agencias, se aplicarían los lineamientos ya recordados en la sección IV del presente. Interesa poner de resalto que los autores, por su parte, se han pronunciado a favor de que el accionar regulatorio quasi judicial, como ser la interpretación de leyes regulatorias y la aplicación de sanciones, sean revisadas, por el tribunal judicial revisor, en forma plenaria o *de novo*.¹³⁷ También aseguran que, si bien las reglas o *rules* son revisadas por los jueces bajo la APA, § 701-706 a fin de determinar su conformidad con la ley formal, la Constitución y los procedimientos de la APA, el sistema dista de ser perfecto.¹³⁸ La jurisprudencia, por su parte, en ocasiones, al encarar el caso, abandona el criterio general de escudriñar inicialmente la delegación legislativa efectuada a favor de la agencia, para identificar si hay “clara autorización congresional” a favor de ella¹³⁹. También considera que la imposición de sanciones se revisa si mediare abuso de discrecionalidad¹⁴⁰ y se las deja sin efecto si no están previstas en la ley o justificadas por los hechos¹⁴¹.

Últimamente, la Suprema Corte, soslaya – sin llegar a revocar en forma expresa– *Chevron* y su doctrina de la deferencia¹⁴². Puede haber incidido, en esta sana actitud, la actuación congresional aprobando, en forma sectorial, el abandono de la mentada doctrina¹⁴³. Asimismo, tengamos presente el proyecto de ley de modificación del margen de revisión judicial de la APA¹⁴⁴. A todo evento, tengamos

¹³³ Cobran relevancia, en este aspecto, entiendo, la fortaleza de la independencia y especialidad más allá de las políticas partisanas coyunturales; la aplicación de las salvaguardas procedimentales que brinda la ley, con su presupuesto de imparcialidad; las modulaciones propias de la materia que motivara el accionar administrativo; la especialización y la profesionalización.

¹³⁴ McCANN *et al.* 2021, 137.

¹³⁵ *Idem* nota al pie 134, en p. 33.

¹³⁶ STRAUSS 1984, 592, quien recuerda que, como dijo un anterior Director de la Federal Trade Commission, las agencias independientes no tienen una línea telefónica directa con la Casa Blanca; están, ante el Congreso, sin protección. Cit. en EMERSON (2022), 416.

¹³⁷ BENDOR *et al.* 2019, 378.

¹³⁸ ROSE-ACKERMAN 2022 esp. sección 3.

¹³⁹ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____ (2022).

¹⁴⁰ *Saberi v. Commodity Futures Trading Commission*, 488 F.3d 1207, en p. 1215 (9th Cir. 2007)

¹⁴¹ *Idem* nota al pie 140.

¹⁴² PIERCE 2022.

¹⁴³ Ley cit. n. 33.

¹⁴⁴ *Separation of Powers Act (SOPRA)*, que requeriría que los tribunales judiciales revisores examinen “*de novo* las cuestiones relevantes de derecho, incluyendo la interpretación de las provisiones constitucionales y legales formales efectuadas por las agencias.” *Regulatory Accountabili-*

en cuenta dos casos pendientes de resolución por la Suprema Corte estadounidense al momento de escribir estas líneas¹⁴⁵. En ellos se emitirá, en cierto modo, el certificado de supervivencia o, en su caso, de defunción de la malhadada “doctrina *Chevron*”.

VI. Reflexiones finales

Al inicio del presente, me preguntaba acerca de la pertinencia de este trabajo atento las características únicas que perfilan el régimen respectivo en Estados Unidos.

Puedo decir que el desarrollo efectuado me permitió refrescar una visión sobre la experiencia estadounidense, en el nivel federal, con base en tres puntos de vista sobre un mismo objeto, y las tres facetas resultantes. La faz administrativa permite reparar en las particularidades de la APA, entre las que se destacan los alcances subjetivo (y sus exclusiones), la figura del denominado “juez de Derecho administrativo” o ALJ y su legendaria independencia, y, en general, los alcances objetivos de aquella ley (sección II).

La faz congresional repara en la “piedra fundamental” del sistema: el apoyo en clásicos cánones de la revisión judicial que permite el establecimiento de una presunción de revisión judicial del accionar administrativo (sección III).

La sección IV se centra en la revisión judicial de ese accionar en su faz judicial, considerando presupuestos que tengo por esenciales, tales como la forma en que se hallan organizados los tribunales federales estadounidenses y la ubicación de la agencia como litigante, para converger en una suscita propuesta de sistematización de actitudes del órgano judicial según el menor o mayor respeto que el accionar administrativo amerite por parte del tribunal judicial revisor. Se destaca, en ese firmamento, la influencia del modelo revisor en grado de apelación, tal que el órgano judicial visualiza a la decisión de la agencia como si fuera la de una instancia (judicial) anterior. El estudio de la faz judicial, con una revisión judicial teñida por el modelo de la revisión en grado de apelación, parecería suficiente para convencernos de que,

efectivamente, estamos ante una materia, del Derecho comparado, estadounidense en la especie, incomparable, si se quiere; en especial, en vistas de los presupuestos de organización judicial federal en aquella Nación. Tributan, a esa incomparabilidad, un complejo de instituciones que insertan al régimen reseñado en un medio muy preocupado por no solo por la eficiencia sino por la eficacia de la actuación de la agencia¹⁴⁶. La APA fija procedimientos formales y permite procedimientos informales, éstos últimos constituyen la regla y no requieren audiencia, al tiempo que el particular sabrá que si solicita un procedimiento formal eventualmente habrá una etapa de revisión judicial, con todos sus costos de litigación. El régimen de los ALJs presidiendo audiencias orales, que el público puede usualmente presenciar, aleja al procedimiento administrativo del mero trámite burocrático enderezado sólo a que se alcance el agotamiento de la vía administrativa. (sección IV).

Por último, en la sección V vuelco algunas reflexiones propias de la revisión judicial de las decisiones de las agencias administrativas, sean “independientes,” o “ejecutivas.” El supuesto de agencias independientes se resuelve con énfasis en los cimientos de su independencia respecto del poder político, su conocimiento técnico, y los respectivos efectos en materia de revisión judicial, en el marco de un escenario jurisprudencial que nos permite avizorar que la doctrina de la deferencia se halla en retirada, sin perjuicio de las dos causas pendientes de resolución por parte de la Suprema Corte estadounidense, las cuales redundarán en que la denominada “doctrina *Chevron*” sea dada por superviviente o por fenecida (sección V).

Para concluir, entiendo que trasladar, sin más, desde una visión iusadministrativa, el régimen de revisión del accionar por acción u omisión de la *agency* en Estados Unidos, en el orden federal, a un ordenamiento jurídico distinto, se erige en una operación no desprovista de riesgos. Ello, en tanto no se privilegie

ty Act, S. 3208, que requeriría que los tribunales revisores judiciales tomen en consideración factores adicionales, tales como la profundidad y validez del razonamiento efectuado por la agencia, al efectuar la determinación de cuánto incidirá la interpretación efectuada por la agencia respecto de su propia *rule*. Ver SCHEFFNER 2020, 3-4.

¹⁴⁵ *Relentless v. Department of Commerce*, Docket No. 22-1219, 1st Cir., y *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, Docket No. 22-451, D.C. Cir.

¹⁴⁶ Entre esas instituciones, podemos tener en cuenta las *Sunset Laws*, que pueden fijar la fecha de extinción de una agencia o incluso darla por extinguida si no puede probar periódicamente su eficacia. Se suma la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, que desde 1964 estudia problemas de la Administración, y en ella están representadas las agencias reguladoras independientes (*independent regulatory commissions*) y los ministerios o *departments*. El Presidente puede controlar el presupuesto de las agencias y reorganizarlas. La APA inspiró la *Uniform APA (Model State APA)*, modelo para los estados, y en su momento 27 estados la adoptaron sin más.

una necesaria consideración previa de los innumerables factores históricos e institucionales y asimetrías resultantes ínsitos en el punto de acometida. Sólo la consideración de estos permitirán el recurso a la experiencia aquí recordada, sea para investigar, argumentar, comparar, contrastar o –en fin– propiciar, ante los diversos foros, un mejor andamiaje para que los particulares obtengan, en sede judicial, la revisión del accionar de la Administración.

Bibliografía citada

- BENDOR, Ariel y YADIN, Sharon (2019). Regulation and the Separation of Powers. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (28) 357-385.
- BIANCHI, Alberto y SACRISTÁN, Estela (2020). Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina en Pablo L. Manili (dir.) *Derecho Constitucional del siglo XXI. Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Buenos Aires: Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 383-408.
- BIANCHI, Alberto (1990). *La delegación legislativa*, Buenos Aires: Ábaco.
- BIANCHI, Alberto (1999). *El juicio por jurados: la participación popular en el proceso*, Buenos Aires: Ábaco.
- BIANCHI, Alberto (2009). El control judicial bajo la doctrina de la deferencia en AAVV, *Control de la Administración pública: administrativo, legislativo y judicial*, segunda edición, Buenos Aires: Rap, 583-634.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa y MUGA, José Luis (1996). *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid: Marcial Pons.
- CAREY, Maeve; DAVIS, Christopher (12/11/2021). The Congressional Review Act (CRA): Frequently Asked Questions, Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43992>
- CARP, Robert y STIDMAN, Ronald (1998). *The Federal Courts*, Washington D.C.: Congressional Quarterly.
- CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack (1994). *Administrative Law*, Boston: Little Brown and Co., second edition.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2016). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Montevideo y Buenos Aires: BdeF, segunda edición actualizada.
- COLE, Jared (7/12/2016). An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action, Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44699.pdf>
- CUETO RUA, Julio (2006). El buen juez de primera instancia, *Revista sobre enseñanza del Derecho*, (8), 195-209.
- DAVIS, Kenneth Culp y PIERCE, Richard (1994). *Administrative Law Treatise*, Boston: Little, Brown and Co., t. III.
- DAVIS, Martha (2000). Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Decisionmaking, *The Journal of Appellate Practice and process*, vol. 2, (1), 47-84.
- DAVIS, Martha (1988). A Basic Guide to Standards of Review, *South Dakota Law Review*, (3) 469-483.
- DAVIS, Martha y CHILDRESS, Steven Alan (1986). Standards of Review in Criminal Appeals: Fifth Circuit Illustration and Analysis, *Tulane Law Review*, (60), 461-561.
- EDWARDS, Harry y Elliot, Linda A. (2018). *Federal Standards of Review. Review of District Court Decisions and Agency Actions*, s/l: Thomson Reuters, third edition.
- EMERSON, Blake (2022). Liberty and Democracy through the Administrative State: A Critique of the Robert's Court Political Theory, *Hastings Law Journal*, (73) 371-436.
- FRANK, Jerome (1949). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- GAFFNEY, Jonathan M. (8/12/2020). Judicial Review under the Administrative Procedure Act (APA), Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1998). "Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo" en Juan Carlos Cassagne (dir.) *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1271-1295.
- JAFFE, Louis (1965). *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little Brown and Co.
- LANDIS, James (1938). *The Administrative Process*, New Haven: Yale University Press.
- LOUIS, Martin (1984). Trial and Appellate Levels: Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion, *North Carolina Law Review*, (64), 993-1047.
- LOUIS, Martin (1986). Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between the Trial and Appellate Levels: A Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion, *North Carolina Law Review*, (64), 993-1048.
- Mairal, Héctor (2021). *Control judicial de la Administración pública*, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- MCCANN, Pamela; SHIPAN, Charles R. y WANG, Yuhua (2021). Measuring the Legislative Design of Judicial Review of Agency Actions, *Journal of Law, Economics and Organization*, (39), 123-159.
- MERRILL, Thomas (2004). "Marbury v. Madison as the First Great Administrative Law Decision" *John Marshall Law Review*, (37), 481-522.
- MERRILL, Thomas (2010). "The origins of American-style judicial review", en Susan Rose-Ackerman y Peter L. Lindseth (eds.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 389-414.
- MERRILL, Thomas (2011). "Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law" *Columbia Law Review*, (111), 939-1003.
- PIERCE, Richard J. (jr.) (2011). "What do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?" *Administrative Law Review*, (63), 77-98.
- PIERCE, Richard J. (Jr.) (14/7/2022). Is Chevron Deference Still Alive? *The Regulatory Review*, July 14, 2022. Disponible en: <https://www.theregview.org/2022/07/14/pierce-chevron-deference/>

- ROSE-ACKERMAN, Susan (2022). Democracy and Executive Power: Administrative Policymaking in Comparative Perspective" *Revista de Derecho Público*, Marcial Pons, (6), 155-182.
- RUBIN, Edward (2003). It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative, *Cornell Law Review*, (89), 95-190.
- RUGG, Julia (2019). "Identifying and Understanding Standards of Review" Washington D. C.: Georgetown University Law Center, The Writing Center. Disponible en: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2019/09/Identifying-and-Understanding-Standards-of-Review.pdf>
- SACRISTÁN, Estela (2007). *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires: Ábaco.
- SCHIEFFNER, Daniel (23/7/2020). Administrative Law Reform Legislation in the 116th Congress, Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10523>
- BARCZEWSKI, Benjamin (18/5/2023). Chevron Deference: A Primer, Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44954>
- STRAUSS, Peter (1984). "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch" *Columbia Law Review*, (84), 573-669.
- TAWIL, Guido (1993). *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires: edición del autor, tomo II.
- U. S. Congress – House of Representatives (15/3/2016). The Chevron Doctrine: Constitutional and Statutory Questions in Judicial Deference to Agencies, Washington D. C.: U. S. Government Publishing Office, Hearing before the Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives One Hundred Fourteenth Congress, March 15, 2016, Serial No. 114-68. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhrg99454/pdf/CHRG-114hhrg99454.pdf>
- U. S. Department of Justice (2024). "Introduction to the Federal Court System," U. S. Attorneys, Justice 101. Disponible en: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts>
- UNITED STATES COURTS (2024). "Federal Courts and the Public." Disponible en: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public>
- United States Courts (2024). "How judges are assigned to cases." Disponible en: <https://www.uscourts.gov/faqs-filing-case>
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017). Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (25), 45-58.
- VERKUIL, Paul R. (1988). The Purposes and Limits of Independent Agencies, *Duke Law Journal*, 257-279.
- Wex Definitions Team (2021) voz "ALJ". Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/alj>
- 5 U. S. C. § 706.
5 U. S. C. § 805.
5 U. S. C. § 3105
5 U. S. C. § 7521 (a).
28 U. S. C. § 651
29 U. S. C. 160 (d)
38 U. S.C. s. 211(a)
Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Public Law 111-203).
Federal Rules of Criminal Procedure, Regla 30.
Federal Rules of Civil Procedure, Regla 52(a).
Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 719 (1914), sección 5.
Food Stamp Act de 1964 (Public Law 88-525) § 13.
Paperwork Reduction Act, 44 U. S. C. 3501, § 3502 (5).
Surface Mining Control and Reclamation Act de 1977 (Public Law 95-87), § 526 (a)(2)(b).
Uniform APA (Model State APA),
Separation of Powers Restoration Act (SOPRA) H. R. 1927 y S. 909.
Regulatory Accountability Act, S. 3208.
- Jurisprudencia citada**
- Bank of America Corp. v. City of Miami*, No. 15-1111, slip opinion, p. 5 (Mayo 1, 2017).
Block v. Community Nutrition Inst., 467 U.S. 340 (1984).
Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin, 293 U. S. 194 (1934).
Bowen v. Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667 (1986).
Califano v. Sanders, 430 U. S. 99 (1977).
Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).
Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).
Consolidated Edison Co. v. NLRB (1938).
Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197 (1938).
Department of Commerce et al. v. New York et al., 588 U. S. ____ (2019).
Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al., 591 U. S. ____ (2020).
Elgin v. Department of Treasury, 567 U. S. 1 (2012)
Fox v. Vice, 563 U.S. 826 (2011).
Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788 (1992)
Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board, 561 U. S. 477 (2010).
Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).
Johnson v. Robinson, 415 U. S. 361 (1974)
Johnson v. Robison, 415 U.S. 361 (1974).
Koon v. United States, 518 U.S. 81 (1996).
Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U. S. 118 (2014).
Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission, 476 U. S. 355 (1986).
Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555 (1992).
Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 163 (1803).
McNary v. Haitian Refugee Center, Inc., 498 U.S. 479 (1991).
Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 463 U. S. 29 (1983).
Munn v. Illinois 94 U. S. 113 (1877).
Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 U. S. 176 (1935)
Pierce v. Underwood, 487 U. S. 552 (1988).
- Normas y proyectos de leyes citados**
- 5 *United States Code* § § 551-559.
5 U. S. C. § 702.

- Pullman-Standard v. Swint*, 456 U. S. 273 (1982).
Salve Regina Coll. v. Russell, 499 U.S. 225 (1991).
Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).
Thunder Basin Coal Co. v. Reich, 510 U.S. 200 (1994).
U. S. v. Union Pacific R. Co., 226 U. S. 61 (1912).
U.S. v. Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948).
United States v. Nourse, 34 U. S. 8 (1835).
Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board, 340 U. S. 474 (1951).
West Virginia v. EPA, 597 U. S. ____ (2022), del 30 de junio de 2022.
Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).
Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984).
Rabkin v. Oregon Health Sciences University, 350 F.3d 967 (9th Cir. 2003).
In re Korean Air Lines Co., Ltd., 642 F.3d 685 (9th Cir. 2011).
U.S. v. Walrath, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003).
Jeff D. v. Otter, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011).
Casey v. Albertson's Inc., 362 F.3d 1254 (9th Cir. 2004).
Chang v. United States, 327 F.3d 911 (9th Cir. 2003).
Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California, 618 F.3d 1066 (9th Cir. 2010).
Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration, 635 F.3d 1135 (9th Cir. 2011).
Forest Grove School Dist. v. T.A., 523 F.3d 1078 (9th Cir. 2008).
United States v. Martin, 278 F.3d 988 (9th Cir. 2002).
United States v. Beltran-Gutierrez, 19 F.3d 1287 (9th Cir. 1994).
Richard S. v. Dep't of Dev. Servs., 317 F.3d 1080 (9th Cir. 2003).
Oregon Natural Res. Council v. Marsh, 52 F.3d 1485 (9th Cir. 1995).
AMVAC Chemical Corp. v. EPA, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981).
Center for Biological Diversity v. Bernhardt, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019).
Curran v. Laird, 420 F.2d 122 (1969).
Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).
Mingo Legan Coal Co. v. EPA, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.
Nelson v. State, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).
Saberi v. Commodity Futures Trading Commission, 488 F.3d 1207 (9th Cir. 2007).
Relentless v. Department of Commerce, Docket No. 22-1219, 1st Cir.
Loper Bright Enterprises v. Raimondo, Docket No. 22-451, D.C. Cir.

Análisis histórico de las rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre y la indemnización por expropiación de pertenencias en la ley minera

Historical analysis of excessive returns in the nationalization of copper and compensation for expropriation of property in the mining law

Juan Guillermo Torres Fuentealba¹

La hipótesis de este trabajo es que las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM), en especial la norma del art. 11° N° 3, son esenciales para que sigan prosperando las inversiones mineras en el sector privado. El objetivo general será demostrar que la norma que establece la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras ha sido determinante para otorgar confianza y certeza jurídica al inversionista. Para tales efectos, analizaremos el estado de la cuestión existente previo a la entrada en vigencia de la LOCCM, sobre todo, lo acontecido durante el proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la deducción de las rentabilidades excesivas. Examinaremos la normativa existente en la LOCCM que regula esta materia, la doctrina, el único caso de expropiación directa del cual tenemos conocimiento y la jurisprudencia que se ha dictado en relación con la privación del derecho de propiedad del concesionario minero de explotación, sin que mediare una expropiación directa, y expondremos los resultados económicos que ha tenido la actual normativa para aumentar la inversión. Finalmente, utilizando el método dogmático, sostendremos la mantención de la norma en comento, en razón de la realidad jurídica existente en Chile, previo a la ley y la escasa conflictividad que ha tenido en nuestro país.

Palabras clave: Rentabilidades excesivas-expropiación-indemnización-concesiones mineras.

I. Introducción

Dentro del fallido proceso constitucional se pretendió la modificación de gran parte de nuestro ordenamiento jurídico y todas las dis-

The hypothesis of this work is that the provisions of the Constitutional Organic Law of Mining Concessions (LOCCM), especially the rule of art. 11° N° 3, are essential for mining investments in the private sector to continue to prosper. The general objective will be to demonstrate that the rule that establishes how to determine compensation in the event of expropriation of mining property has been decisive in granting confidence and legal certainty to the investor. For these purposes, we analyze the state of affairs prior to the entry into force of the LOCCM, above all, what happened during the process of Nationalization of Large Copper Mining and the deduction of excessive returns. We will examine the existing regulations in the LOCCM that regulate this matter, the doctrine, the only case of direct expropriation that we know of, and the jurisprudence that has been issued in relation to the deprivation of the property right of the mining exploitation concessionaire, without the mediation of an expropriation. directly, and we will present the economic results that the current regulations have had to increase investment. Finally, using the dogmatic method, we will maintain the maintenance of the norm in comment, due to the existing legal reality in Chile, prior to the law and the little conflict it has had in our country.

Keywords: Excessive returns-expropriation-compensation-mining concessions.

usiones que se efectuaron por los convencionales fueron relativas a cambios, pero nunca se ponderó el mantenimiento de normas que han sido positivas para nuestro país². En mate-

¹ Estudiante de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho, menciones en Regulatorio y Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Compañía de Jesús N° 1390, of. 1509, Santiago, Chile. Correo electrónico: jgtorres1@uc.cl.

Artículo recibido el 9 de mayo de 2024 y aceptado el 18 de junio de 2024.

² Para los efectos de conocer el proyecto de nueva Constitución rechazado por la ciudadanía, véase: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. La opción "rechazo" en el plebiscito fue votada por 7.891.415 personas, equivalente al 61,89% de la votación total. Por otro lado, la variante "apruebo" fue votada por 4.859.103 personas, que equivale al 38,11% de la votación total. Para estos

ría minera no se mantuvieron en la propuesta constitucional la normativa del derecho de propiedad minero vigente en nuestra carta fundamental, pero si se modificó un asunto que incidía directamente en la toma de decisiones para invertir. En caso de expropiación, indicaba la norma, le concernía al afectado una indemnización que correspondía al justo precio del bien expropiado, y ya no se compensaba por el daño efectivamente causado³. Luego, durante el segundo proceso constitucional, el Consejo Constitucional abrogó por la mantención del derecho fundamental del concesionario minero respecto de sus pertenencias mineras en los mismos términos establecidos en el art. 19° N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile (CPR de 1980), el que finalmente fue rechazado por la ciudadanía⁴.

Cumplíndose cuarenta años de la entrada en vigor de la Ley N° 18.097, Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras (LOCCM), en concordancia con el texto de la Constitución Política de 1980, tenemos el art. 11 N° 3 que establece la forma de determinar la indemnización de perjuicios en caso de la expropiación de una pertenencia minera en favor del expropiado. En la exposición instaremos por su mantenimiento, teniendo en consideración los fundamentos jurídicos e históricos para su existencia, su asertividad económica, las inversiones existentes en la minería privada en Chile y la escasa conflictividad judicial en el cual se ha aplicado.

Previo a la entrada en vigor de la LOCCM y en lo que a esta exposición atañe, tuvimos conflictos como país con las empresas norteamericanas nacionalizadas en 1971⁵, basa-

do-aunque no exclusivamente- en el monto que no se pagó por indemnización de perjuicios. La Constitución Política de 1925 (CPR de 1925) en su artículo décimo séptimo transitorio, en virtud de la aprobación de la Ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre, estableció la forma de determinación de la indemnización de perjuicios por parte de la Contraloría General de la República. A esta cantidad de dinero, debían deducirse las rentabilidades excesivas que hubieren percibido estas empresas, cuyo monto lo determinaría discrecionalmente el presidente de la República⁶. Esto tuvo como corolario, de que, al momento de deducir estas rentabilidades a las indemnizaciones de perjuicios, quedaron con saldo negativo la mayoría de las empresas nacionalizadas⁷. Estas rentabilidades excesivas, como concepto jurídico, conllevaron que se afectara el monto que les correspondía percibir a las empresas expropiadas o nacionalizadas como indemnización de perjuicios. Esto derivó en una serie de juicios, cuyo final positivo y cierre, se debió a las labores que hizo el gobierno de Chile, por medio de su representante don Julio Philippi Izquierdo en 1974.

Una vez que asumió la Junta de Gobierno en 1973, sus miembros comenzaron un movimiento transformador de nuestro ordenamiento jurídico, que culminó con el asentamiento de las normas del libre mercado y del Estado Subsidiario. Una vez dictada la CPR de 1980 se requirió la dictación de las leyes que aseguraran el desarrollo de la actividad minera. Por sus aportes en el Plan Laboral y la instauración del sistema de capitalización individual, asumió José Piñera como ministro de Minería. Tuvo la ardua labor de adecuar las normas constitucionales mineras a una LOCCM, procurando velar por el aumento de la inversión de los privados en la industria. Con el fin de

efectos, véase: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGI5Y2Q0N2YtZGMxNy00YWU2LTgyOTctYTJiMjA4Yjg3YzBiliwidCI6ImVhZjg3OWJkLWQzZWMtNDY1MC1iMTI5LWZGZkZjQ4NTlmZSJ9>.

³ Así, en el art. 78° N° 4 de la propuesta de nueva Constitución rechazada.

⁴ Para ver el texto de dicha propuesta constitucional, véase: <https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf>. La opción "en contra" en el plebiscito fue votada por 6.905.483 personas, equivalente al 55,79% de la votación total. Por otro lado, la variante "a favor" fue votada por 5.472.375 personas, que equivale al 44,21% de la votación total. Para estos efectos, véase: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGQ1Y2IzNDctOTgwMy00MGJhLWU0YjUtNDgzOWI1YThmYjRjliwidCI6ImVhZjg3OWJkLWQzZWMtNDY1MC1iMTI5LWZGZkZjQ4NTlmZSJ9>

⁵ Las afectadas fueron: Cerro Corporation por su participación en la Compañía Minera Andina S.A., Anaconda por el proyecto Exótica (Compañía Minera Exótica S.A., cuya cesionaria fue la empresa OPIC) y en su calidad de propietaria de Chuquicamata (Compañía Minera Chuquicamata

S.A.) y El Salvador (Compañía Minera El Salvador S.A.) y finalmente, la Kennecott por el Teniente (Compañía Minera El Teniente S.A.). Véase: MILLAR 2005, 404-412.

⁶ En el mensaje presidencial del proyecto de ley la deducción de rentabilidades quedó radicada en el Contralor General de la República. Las otras modificaciones que se efectuaron en este asunto fue la flexibilidad otorgada al presidente para que determinara la rentabilidad normal de la empresa y que podría deducir en todo o parte de aquello que excediera la rentabilidad normal. Asimismo, se consagró que la decisión a este respecto no sería objeto de apelación (o reclamo). Así, en: FAÚNDEZ (1974), 223 y 224.

⁷ No correspondió indemnizar a Compañía Minera Chuquicamata S.A., ni tampoco a Compañía Minera El Salvador S.A., ni a la Compañía Minera El Teniente S.A. Sólo se fijó una indemnización en favor de Compañía Minera Andina S.A. y de Compañía Minera Exótica S.A. Así en: Resolución N° 529, Contraloría General de la República, de 1971.

dar certeza jurídica y evitando que se estableciera el pago de rentabilidades excesivas que pudieren obtener las empresas expropiadas de sus concesiones mineras de explotación, y no dejar expuesto a éstos, a que por mayorías circunstanciales en el Parlamento se pudiere eludir el pago de indemnizaciones en caso de ser expropiados-en materia minera-, consagró el art. 11° N° 3 de la LOCCM. Esta norma establece, según se tratara en este trabajo, que, a falta de acuerdo en el monto de la indemnización, el tribunal tendrá en consideración el peritaje que determine el monto de la indemnización que le corresponde al expropiado. Éste será el Valor Presente de los Flujos de Caja de las pertenencias mineras o del establecimiento. Este artículo, junto con nuestra legislación, ha fortalecido a la industria minera, donde este tópico no es un tema controvertido por el inversionista y sobre todo, lo que se demuestra, a nuestro entender, por la aplicación escasa de este artículo por los tribunales-una vez- en 40 años de su existencia.

La hipótesis de este trabajo es que las disposiciones de la LOCCM, en especial la norma del art. 11° N° 3, son esenciales para que sigan prosperando las inversiones mineras en el sector privado. El objetivo general será demostrar que la norma que establece la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras ha sido determinante para otorgar confianza y certeza jurídica al inversionista. Para tales efectos analizaremos el estado de la cuestión existente previo a la entrada en vigor de la LOCCM, partiendo por la Ley de Nuevo Trato, la chilénización y la nacionalización pactada (II). Luego estudiaremos lo acontecido durante el proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la deducción de las rentabilidades excesivas (III). Examinaremos la normativa existente en la LOCCM que regula esta materia, la doctrina, el único caso del cual tenemos conocimiento de expropiación directa y el tratamiento de la jurisprudencia donde se ha afectado el derecho de propiedad del concesionario minero sobre su concesión por actos administrativos regulatorios, lo que en el derecho comparado y la doctrina se denomina como expropiaciones indirectas(IV). Finalmente, utilizando el método histórico-dogmático, esperamos entregar antecedentes que aboguen por la mantención de la norma en comento, en razón de la realidad jurídica existente en Chile, previo a la ley y la escasa conflictividad que ha tenido la actual en Chile (V).

II. Rumbo a la nacionalización de la gran minería del cobre: la ley de nuevo trato, la chilénización del cobre y la nacionalización pactada

En torno a la década de los años cuarenta, las grandes productoras de cobre en Chile eran norteamericanas. Chile acogió las inversiones de estos inversionistas foráneos sin mayor problema, pero las primeras críticas comenzaron a proliferar durante el periodo de la Segunda Guerra Mundial. A raíz de este conflicto bélico, Estados Unidos debió emplear las medidas necesarias para asegurar su suministro de cobre. Dicho país compraría cobre a un precio fijo de 11.75 centavos y a aquellas que no podían operar sus faenas por dicho precio, se fijó en 15 centavos la libra de cobre. Con miras a cumplir con ese objetivo, Estados Unidos les ofreció este mismo acuerdo a la pequeña y mediana minería de Chile, actuando de intermediario la SONAMI, por medio de don Hernán Videla Lira. Este convenio fue firmado con la Metal Reserve Co, de parte de Washington el 26 de enero de 1942⁸.

Resulta que, luego, siguiendo a Fermanois *et al.*, se alegó por los políticos chilenos que por dicho convenio "los gringos nos hicieron lesos", ya que el Estado chileno dejó de percibir, en palabras de Allende, la suma de seiscientos millones de dólares⁹. Esta declaración fue emitida después del conflicto bélico, por ende, se hizo este análisis ya teniendo a la vista el precio del cobre que se tranzó con posterioridad, el cual fue mucho más alto del esperado¹⁰. Este fue un punto de inflexión en la mirada positiva de los políticos a la actividad minera efectuada en Chile por las compañías norteamericanas. Esta visión, según los autores, fue injustificada, primero, atendido que el precio del cobre al año 1932 fluctuó entre 9 y 10 centavos la libra. Además, debemos recordar que el mercado del cobre, por razones bélicas desapareció, y que para que se fijara el precio del cobre en las cifras indicadas en el párrafo anterior no se tuvieron a la vista las que se aplicaron en la Primera Guerra Mundial, sino que aquellas posteriores a la Gran Depresión¹¹. Los chilenos¹² estaban

⁸ FERMANOIS *et al.* 2009, 10-11.

⁹ FERMANOIS *et al.* 2009, 9.

¹⁰ Existió luego de 1945 una escasez del mineral de cobre que aumentó la oferta, dejaron de producir minas y por las reconstrucciones de Francia e Inglaterra hubo una mayor demanda del metal rojo. FERMANOIS *et al.* 2009, 12.

¹¹ FERMANOIS *et al.* 2009, 10.

¹² Incluso el Partido Comunista. Así en: FERMANOIS *et al.*, 2009, 12.

contentos por este acuerdo, ya que lo que se esperaba, tal como pasó después de la Primera Guerra Mundial, era un precio deprimido del metal rojo.

Previo a efectuar el estudio de las normas que permitieron la nacionalización de la Gran Minería del Cobre es necesario analizar los grandes cambios legislativos que se efectuaron en la década de los cincuenta y sesenta en lo que respecta a la regulación de las empresas extractivas mineras.

1. Ley de Nuevo Trato

Desde el mensaje del presidente Ibañez del Campo¹³ sobre el proyecto de ley que daría lugar a la ley de "Nuevo Trato del Cobre" del año mil novecientos cincuenta y cuatro, podemos evidenciar la preocupación del Estado respecto de la normativa aplicable a las empresas productoras del cobre. Se buscó por el ejecutivo modificar las condiciones normativas que permitieran un incremento de la producción del cobre¹⁴ y que se pudiera aprovechar las épocas de alzas del valor del metal rojo para diversificar la matriz productiva del país. Además, se quiso incentivar la industrialización del cobre en Chile y establecer el organismo público que debería orientar la política de mercado del metal rojo¹⁵.

El ejecutivo constató que el retorno del costo de producción de estas compañías se efectuaba con el tipo de cambio de \$19.37 por dólar, siendo que el valor real era de \$110. Esto ocasionaba el aumento de costos de las empresas productoras que "representa[ba] una tributación indirecta que, al ser aplicada a través del tipo de cambio, constitu[ía] un gravamen rígido sobre el costo de producción que se ha hecho cada vez más oneroso a medida que estos aumentaban"¹⁶. En periodos

de precios bajos del cobre generaba disminuciones directas en su producción.

El diagnóstico del presidente de la República descansaba en el hecho de que, si se mantenía este costo indirecto de manera permanente, aparte de mantenerse baja la producción de las empresas del cobre en Chile, aumentarían las inversiones en proyectos mineros en el extranjero. Por lo cual, al cambiar estas deficiencias, las empresas podrían producir más y se debían crear jurídicamente, además, los incentivos económicos para dicha finalidad. El Estado por su parte, debería beneficiarse de ello, por medio de la aplicación de impuestos¹⁷. La normativa tributaria fue objeto de un amplio debate en el Congreso Nacional y dentro de sus principales detractores tuvimos al H. Senador Ampuero quien señaló que este sistema favorecía a los que producían bajas cantidades de cobre y que no se garantizaba al país un ingreso mínimo en el caso de que bajen los precios del metal o baje la producción¹⁸.

Por otro lado, los parlamentarios que estuvieron a favor del proyecto de ley lo hicieron sobre la base de que fueron conscientes de la alta tributación directa e indirecta que tenían las empresas productoras del cobre y que, en tales circunstancias, seguiría disminuyendo la producción de dicho mineral. Esto, perjudicaba a Chile, ya que disminuyó la cantidad de divisas que tenía y también, el dinero que provenía de los impuestos que recaudaba de dichas empresas¹⁹. El H. Senador Marín procuró para que se aprobara dicha normativa que favorecería el aumento de la producción. Esto se fundó, ante las críticas de algunos sectores, de que había que apoyar el mercado, ya que, pese a la legislación tributaria actual, las compañías productoras del cobre seguían

¹³ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227-232.

¹⁴ En el Informe de las Comisiones Parlamentarias sobre este proyecto se indicó que la producción del cobre de nuestro país a los años 1943/45 fue de 549 mil toneladas que representaban el 28% de la producción mundial. Al año 1952 se alcanzó 420 mil toneladas, que representaron un 14° de la producción mundial. Para el año 1954, según las declaraciones del geólogo William Swayne se estimaba una producción de cobre para el año 1954 de 400.000 toneladas, lo que equivaldría al 10° de la producción mundial. Así en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 233 y 242.

¹⁵ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227.

¹⁶ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del

Cobre chileno, 1972, 228. En el Informe de las Comisiones Parlamentarias sobre este proyecto se hizo presente un estudio del Instituto de Ingeniero de Minas de Chile los cuales señalaron que el tipo de cambio especial de \$19.37 por dólar americano que debe retornarse al país tiene un mayor costo ficticio de a lo menos seis centavos de dólar por libra de cobre. Esto, sumado a la alta inflación de Chile en ese entonces, conlleva que se retornen cada vez más dólares para cubrir los gastos de producción. Véase: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 234.

¹⁷ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 228-229.

¹⁸ Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227-232.

¹⁹ Así, el H. Senador Marín, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 268.

en Chile, teniendo un 12% de utilidad y una amortización de 5%. Por lo tanto "bendito capital extranjero que, gracias a su esfuerzo, su trabajo y su inversión, ha podido proliferar una riqueza asexuada, para que Chile quede por sobre el 80° de las utilidades"²⁰.

Para los detractores del proyecto de ley, consta de las declaraciones del H. Senador Ampuero, el interés de parlamentarios de que se efectúe una nacionalización de la minería del cobre, indicando que ante la objeción de no tener los dineros para el pago de las indemnizaciones que daría lugar, según éste, "con el proyecto en debate, el Estado se va a desprender anual y gratuitamente de una suma que oscila entre 15 y 20 millones de dólares y que el valor de las instalaciones extranjeras apenas sobrepasa los 300 millones de dólares [...]"²¹. Favorecía dicha medida, continúa el H. Senador, de que era necesario que el país tomara las decisiones sobre el cobre y no empresas extranjeras, esto ocasionaría un aumento del ritmo de crecimiento del ingreso nacional real. Por otro lado, a las empresas extranjeras productoras de cobre en Chile se les acusó de que podían usar sus contabilidades para que desaparezcan las eventuales utilidades no en la producción del cobre, sino que, en su etapa manufacturera, disminuyendo el dinero que se recaudaba por concepto de impuestos. Por último, con esta nueva ley y sin que se efectúe la nacionalización, las empresas podrían "abultar sus costos de producción, porque así disminuyen sus utilidades, rebajan sus retornos y, seguramente, logran también disminuir su tributación"²².

Finalmente, se aprobó por el Congreso la Ley N° 11.828, promulgada el día 03 y publicada el 05, ambos del mes de mayo del año 1955. Se indicó en la ley a quienes afectaba esta nueva legislación, correspondiendo ello a las empresas productoras de cobre de la gran minería que produjeran cobre "blíster", refinada a fuego en cantidades no inferiores a 25.000 toneladas métricas anuales. A estas empresas se les aplicaría un impuesto único sobre sus utilidades, con una tasa del 50% correspondiente al total de la producción y una sobretasa de un 25%. Para garantizar un ingreso mínimo por temas impositivos se consagró

que una producción básica sería la que no exceda el 95% del promedio de la producción de cada empresa en los periodos 1940 a 1953. Si la producción era inferior al 80% de la producción básica, se les aplicaría un impuesto sobre las utilidades de un 80% (art. 1°).

Por medio de esta ley se creó el Departamento del Cobre el que podría intervenir en el mercado internacional del metal rojo. Asesoraría a las instituciones públicas acerca de todo lo que guardare relación con aspectos técnicos de la producción y comercio del metal rojo. A criterio de nosotros, la potestad más importante fue la de "fiscalizar y establecer las condiciones de la producción y comercio del cobre chileno, tanto en lo que se refiere a sus niveles o volúmenes, posibilidades de expansión, fletes, consumos, precios, ventas, costos y utilidades, como en lo que se refiere a las condiciones sociales e higiénicas de las faenas" (art. 15° N° 4).

Una vez que fue aplicada esta ley, el gobierno y los grupos empresariales se manifestaron conformes con esta nueva legislación, pero, por otra parte, los políticos de izquierda, como pudimos ver en los alcances someros efectuados de la discusión parlamentaria de esta ley, abogaban por la nacionalización del cobre, donde se criticó fuertemente al presidente Ibañez que tuvo ese objetivo al presentarse a la presidencia²³. Era previsible que esta nueva legislación tendría corta vida.

2. Chilenización del cobre y la nacionalización pactada

En la década de los sesenta, el gobierno tiene un diagnóstico de las falencias que tuvo la "ley del nuevo trato", consistentes en que el Departamento del Cobre no disponía de las facultades legales que le permitieran actuar mayormente en el comercio del cobre. Se debía dar uniformidad a la legislación aplicable en inversiones nacionales y extranjeras en minería y se debían contemplar los mecanismos que facilitarían el ingreso de capitales extranjeros a Chile. Estos fueron parte de los objetivos perseguidos por el ejecutivo en su mensaje de la ley que daría lugar a la "chilenización del cobre"²⁴. Sin perjuicio de ello, su reforma más innovadora con esta ley tiene lugar con la formación de las sociedades mineras mixtas.

²⁰ Así, el H. Senador Marín, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 270.

²¹ Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 255.

²² Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 255-257.

²³ FERMANDOIS y otros, 2009, 71-74.

²⁴ Así consta en el mensaje del presidente de la República Eduardo Frei Montalva, así en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 411-417.

Las sociedades mineras mixtas son entidades que tienen por objeto la exploración o la explotación de yacimientos de cobre o de metales no ferrosos. Tienen la peculiaridad de que para que se constituyan legalmente en principio, deben tener como socio al Estado chileno por medio del Departamento del Cobre o de otros organismos o empresas estatales en, a lo menos, un 25% del capital²⁵. Si el Estado- o sus empresas- tiene la calidad de socio, por tanto, "adquiere participación tanto en el dominio de sus bienes como en su administración y, por intermedio de ellas, actúa directamente en la industria del cobre"²⁶. Para adquirir dicha calidad de socio, el Estado compraría su capital accionario a las empresas dueñas a un justo precio. A su vez, las empresas tendrán garantías y regalías como lo son el establecimiento de beneficios tributarios²⁷.

La creación de estas sociedades fueron las que generaron mayores debates en el Congreso Nacional, cuestionando la naturaleza jurídica de los contratos-leyes que les darían origen. Los parlamentarios discrepaban en cuanto al procedimiento que se tenía que aplicar para que se les reconociera dicha calidad. En efecto, el H. Senador Aylwin indicó que el proyecto no los consagraba como tal, ya que para que existieran se requería que este instrumento fuera sometido a aprobación legislativa²⁸. Otra interpretación se manifestó por el H. Senador Bulnes para quien el con-

trato-ley es "aquel contrato que celebra el Estado asumiendo compromisos, obligaciones o prohibiciones en materias que generalmente están reservadas a la ley, como es, por ejemplo, una materia de orden tributario"²⁹. Siguiendo a este parlamentario, el proyecto de ley en discusión facultaba al presidente de la República para celebrar estos contratos-leyes, cuyos efectos más importantes, sería la de que no se podían dejar sin efecto en virtud de una ley posterior³⁰. Los detractores indicaron que las materias de derecho público no pueden ser objeto de contratos, más allá de la apariencia que puede tener el instrumento que las consagra. Por lo cual, no existe el contrato-ley, sino que es la ley lo que los crea, por ello "están sometidos a los mismos riesgos de alteración, modificación, derogación de cualquier texto legal, aprobado de acuerdo a las normas constitucionales"³¹. Novoa concluyó que la naturaleza de estos contratos-leyes nunca fue respondida de manera categórica por los parlamentarios, lo cual es compartido por nosotros³².

El presidente Frei en lo que respecta a la posibilidad de la Nacionalización del cobre, lo rechazó de manera tajante³³. En cuanto al Congreso Nacional, esta posición minoritaria creció considerablemente en adeptos en comparación con el proceso de discusión de la ley de nuevo trato. El H. Senador Muhlenbrock indicó que "si el proyecto (chilenización) hubiera contemplado la nacionalización del cobre, hubiera encontrado en nosotros y en el pueblo entero de Chile el mayor respaldo"³⁴. Argumentó su posición en razón de que las compañías mineras sólo lucraban y obtenían sus riquezas de los recursos mineros de Chile y que siempre, para efectos de que efectúen un aumento de sus inversiones, exigían cambios normativos. Por su parte, el senador Contre-

²⁵ Así consta en el mensaje del presidente de la República Eduardo Frei Montalva, así en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 414.*

²⁶ Así referido por el Sr. Simián, ministro de Minería, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 487 y 488.*

²⁷ En el caso de Braden, como indicó el H. S. Bulnes, durante 20 años tendrá el beneficio de invariabilidad tributaria. En cuanto a las críticas de esta invariabilidad, el H. Senador Altamirano hizo un cuadro comparativo de los impuestos que se recaudarían por el Estado de Chile si se mantuviese el régimen tributario vigente o si se aprobaran los convenios. Chile Exploration con el sistema actual y por 20 años y sin aumentar la producción, pagaría 992,9 millones de dólares; con los convenios, pagaría 901,8 millones de dólares. Otro ejemplo, la Braden pagaría con el régimen tributario actual 914,3 millones de dólares y con los convenios aprobados, sólo 430 millones. en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 550.*

²⁸ *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602.* De acuerdo con el H. Senador Enríquez la postura de Aylwin estaba validada también por los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Es de la idea este último, de que lo razonable es que una vez que se suscriban estos convenios se mantengan inalterables, pero en el caso de ser injustos o inconvenientes deben ponerse término. Véase: en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 603.*

²⁹ H. Senador Bulnes, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602.*

³⁰ H. Senador Bulnes, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602 y 603.* Indicó que si no se le reconocía el carácter de contrato-ley se podrían modificar por ésta, al otro día, los convenios que se pudieron celebrar por el presidente y las compañías mineras.

³¹ H. Senador Ampuero, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 487.*

³² NOVOA, 1972, 30.

³³ Así referido por el Sr. Simián, ministro de Minería, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 550.*

³⁴ Así, el H. Senador Muhlenbrock en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 490 y 491.*

ras Labarca también compartió este criterio³⁵. Otros senadores aunaban de que existían antecedentes económicos y técnicos que hacían viable esta alternativa³⁶.

Finalmente, el proceso de chilenización del cobre culminó con la dictación de la Ley N° 16.425, que modificó la Ley N° 11.828, promulgada el 24 y publicada el 25, ambos del mes de enero del año 1966. Dentro de sus principales avances estuvieron la sustitución del Departamento del Cobre por la de la Corporación del Cobre, está última con mayores potestades de policía. Podía fiscalizar las adquisiciones de bienes y la utilización de servicios que las empresas productoras de cobre realicen en el extranjero, para efectos de disminuir los costos que pudieran alegar ellas en la explotación de las faenas en Chile. También podía fiscalizar y establecer las condiciones de la producción, manufactura y comercio del cobre o de sus subproductos, sea en cuanto a su comercio, niveles de producción, fletes, entre otros. Podía ahora, fiscalizar y controlar los costos y las utilidades para fijar la renta afecta al impuesto de las empresas de la gran minería del cobre o de las sociedades mineras mixtas. Además, se podía constituir en tribunal de primera instancia, como árbitro para conocer y juzgar acerca de lo establecido en la ley (modificó la ley N° 11.828 y enumeró las potestades del nuevo órgano en su art. 15°).

En lo que respecta a las medidas tributarias que afectaban directamente a las empresas extractivas mineras, se le otorgó la facultad al presidente de la República de otorgar total o parcialmente a las empresas mineras nacionales o extranjeras que efectúen inversiones en el país los beneficios tributarios establecidos en el D.F.L. N° 258, de 1960, cumpliendo con los requisitos legales (art. 2° de la N° 16.425).

Como habíamos referido en la historia fidedigna de la ley, una de las temáticas innovadoras de la ley fue la consagración de las sociedades mineras mixtas. Estas sociedades podían ser “[s]ociedades [a]nónimas en que la Corporación del Cobre, la Corporación de Fomento de la Producción, la empresa Nacional de Minería o la Empresa Nacional de Electricidad S.A. adquieran, o que a la fecha de la escritura de formación o modificación de

la sociedad tengan un convenio de adquirir, a lo menos, un 25% del capital social”. El objeto de estas sociedades fue la exploración, la explotación, producción o beneficio de minerales (art. 3 de la ley N° 16.425). Se le otorgó la potestad al presidente de la República para eximir, total o parcialmente, de todo impuesto o contribución, derechos o gravámenes en los supuestos indicados en el art. 7° ley N° 16.425. En virtud de ella, el Estado de Chile obtuvo la calidad de socio de las compañías norteamericanas pertenecientes a la Gran Minería del Cobre.

En consideración de las alzas del valor en que se transaba el metal rojo en la bolsa de Londres y el interés de la empresa Anaconda por constituir propiedad minera en Chile de 400.000 hectáreas para apropiarse de las reservas de litio existentes, ocasionó en el partido demócrata cristiano y el presidente Frei evaluaran el aumento de la participación del Estado en las sociedades mineras mixtas³⁷. Como consecuencia de ello, el Estado de Chile, por medio de Codelco, adquirió el 51% de las acciones de las sociedades mineras mixtas³⁸, sin necesidad de la aprobación del Congreso Nacional. Este proceso fue conocido como la “Nacionalización Pactada”.

III. Rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre

1. Las rentabilidades excesivas como herramienta jurídica para deducir la indemnización de perjuicios o subterfugio para no pagarlas a los afectados

En virtud de la Ley N° 17.450 se reformó el art. 10° N° 10 de la Constitución Política de 1925. En términos generales se decretó que el Estado tenía el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales (inciso cuarto del art. 10° N° 10 de la CPR de 1925)³⁹. En virtud

³⁷ NOVOA, 1972, 54-57.

³⁸ El Estado de Chile adquirió el 51% de las acciones de las compañías Andes Copper Mining Co. y Chile Exploration Co. Estas operaciones dieron lugar a las creaciones de la Compañía del Cobre El Salvador S.A. y Compañía del Cobre Chuquicamata S.A. Véase: NOVOA, 1972, 57-58.

³⁹ Para conocer de las doctrinas existentes previo a la reforma constitucional acerca del dominio del Estado sobre las minas, véanse: RUIZ y DÍAZ 1940, 149-172, RUIZ 1949, 353-357 y URIBE 1948, 259-268. En cuanto al titular de la pertenencia minera, de acuerdo al Código de Minería de 1932, su régimen de propiedad se basaba en el de la pro-

³⁵ H. Senador Contreras Labarca, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 497-499.

³⁶ H. Senador Gómez, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 592.

de esta ley se nacionalizó a las empresas pertenecientes a la Gran Minería del Cobre (artículo transitorio N° 17 de la CPR de 1925). El monto por indemnización que debía pagarse a las empresas nacionalizadas se determinó sobre la base del costo original de dichos bienes, descontadas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia, el que fue determinado por el Contralor General de la República⁴⁰. Se ordenó, como asunto relevante para este trabajo, que se podía deducir a la indemnización, las rentabilidades excesivas que hubieren percibido estas empresas, fijadas por el presidente de la República⁴¹.

Fue de parecer unánime de los parlamentarios que las empresas mineras han percibido utilidades excesivas por la explotación de los grandes yacimientos mineros que existían en nuestro país, a partir de la vigencia de la Ley N° 11.828, sobre Nuevo Trato, que comenzó a regir el día 05 de mayo de 1955⁴². A título ilustrativo Novoa Monreal soslayó que las empresas mineras Chilex aumentaron sus utilidades en un ciento treinta por ciento a los pocos años de celebrados los Convenios del Cobre en la década de los sesenta, Braden las aumentó en un cuatrocientos por ciento y Andes Cooper habría obtenido setecientos sesenta por ciento de éstas⁴³. Por lo cual, de acuerdo

al procedimiento de nacionalizaciones que se efectuó se hizo una "revisión histórica de todo un pasado de claudicaciones y sometimientos a la voluntad prepotente de esas poderosas empresas"⁴⁴. No se hizo mención a ningún fundamento jurídico, sino más bien moral para su implementación. Al momento de tener presente casos de abusos por parte de estas empresas, sólo se hacía mención al cumplimiento de los acuerdos o convenios celebrados entre éstas y el Estado de Chile, esto es, al cumplimiento estricto de los contratos celebrados y la ley vigente⁴⁵. Se reafirmó esto, ya que se reconoció estas empresas pagaron sus patentes mineras anuales de conformidad a lo dispuesto en el Código de Minería de 1932⁴⁶. El H. Senador Fuentealba hizo mención de que el establecimiento de esta forma de determinar la indemnización que se pagaría a las empresas nacionalizadas se debía a la incorporación del concepto de nacionalización en el ordenamiento jurídico, por ello su regulación se estableció en la CPR de 1925 y desatendió las normas ordinarias que existían para las expropiaciones⁴⁷. Siguiendo el razonamiento del entonces Senador, si no existiera esta normativa, no se podría efectuar deducción alguna a la indemnización por este concepto. Necesitaron de su consagración constitucional, puesto que, si hubiere sido una disposición legal, se habría reclamado mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴⁸.

Se hizo presente que la aplicación de la deducción de las rentabilidades excesivas a las indemnizaciones que se determinaron por el Contralor General de la República se limitaba a las empresas nacionalizadas de la Gran Minería del Cobre. Se cuestionó en la discusión parlamentaria la nacionalización de bienes determinados de terceros ya que sería del todo difícil aplicar el criterio de las rentabilidades excesivas a bienes determinados, a diferencia

piedad inscrita, lo que se materializa con la inscripción del acta de mensura en el Conservador de Minas respectivo. Esto, en: URIBE 1948, 259-260.

⁴⁰ Correspondió al valor libro de las empresas nacionalizadas al 31 de diciembre de 1970, deducidas las revalorizaciones efectuadas por ellas con posterioridad al 31 de diciembre de 1964. Se excluyó indemnización alguna por los derechos sobre los yacimientos de las empresas.

⁴¹ Se consideró por la ley, todas aquellas rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas a contar de la vigencia de la Ley N° 11.828 y estableció los criterios que podía considerar el presidente de la República para su determinación.

⁴² Inclusive el H. Senador Bulnes, uno de los pocos parlamentarios que rebatió ideas matrices del proyecto en cuestión, confirmó la existencia de estas utilidades excesivas, haciéndolo presente, según sus dichos, en tribunas como la televisión, la radio y toda tribuna que tuvo al alcance. También reconocía que estas utilidades son provenientes de la riqueza geológica de los yacimientos situados en Chile. A pesar de ello, el fue el principal detractor de la inclusión de éstas en el proyecto de ley. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243. Respecto a la fecha en la cual se contabilizaron las rentabilidades excesivas se determinó en razón de que en virtud de esa ley nació el Departamento del Cobre y este organismo tuvo la información idónea que contenía los ingresos de las compañías mineras norteamericanas del cobre. Véase: NOVOA MONREAL 1971, 187.

⁴³ Novoa Monreal alude de que existieron estas utilidades desproporcionadas, pero acusó un actuar doloso de las empresas norteamericanas, aparentando utilidades meno-

res. Esto se habría obtenido mediante ventas de minerales a precios bajos, pero efectuado a subsidiarias, las que luego manufacturaron éstos y vendieron a un mejor precio. El otro método empleado, según el asesor del presidente Allende, fue el ocultamiento de otros minerales valiosos, como el oro y la plata existente en los concentrados de cobre. NOVOA MONREAL 1971, 178 y 179.

⁴⁴ NOVOA MONREAL 1971, 179.

⁴⁵ NOVOA MONREAL 1971, 180.

⁴⁶ Si bien se consideraron bajos los montos de las patentes, las empresas cumplieron con sus obligaciones legales. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 181.

⁴⁷ En opinión del H. Senador Fuentealba. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2246.

⁴⁸ Así referido por el H. Senador Fuentealba. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2246.

de una empresa⁴⁹. Por lo cual, se podrán deducir estas rentabilidades excesivas cuando se apliquen a las empresas de la Gran Minería del Cobre nacionalizadas. Un criterio que se tuvo presente por el Ejecutivo fue el hecho de que se consideraran estas rentabilidades en el caso de empresas extranjeras que llevaban estas utilidades al exterior, sujetándose a lo dispuesto en el Pacto Andino, entendiéndose por tales aquellas que excedían el catorce por ciento de la inversión efectuada. Estimaba que toda remesa de dinero por sobre esa cantidad causaba un daño a la economía nacional⁵⁰.

Las discusiones mayores entre los parlamentarios al momento de conocer este proyecto de ley se dieron sobre todo con el derecho de propiedad que tiene el Estado sobre las minas, pero no se profundizó mayormente en lo relativo a la deducción de las rentabilidades excesivas. Fue sólo el H. Senador Bulnes quien hizo hincapié que era "absurdo" descontar estas utilidades percibidas de conformidad a la ley. Agregó, que estas utilidades ya tributaron en Chile y finalmente, para desestimar su inclusión, incorporó como ejemplo de que la empresa objeto de la nacionalización podía haber sido adquirida hace poco por los actuales dueños. En este último caso, puede haberse pactado el precio teniendo en consideración estas supuestas rentabilidades excesivas⁵¹. Estos fueron los principales planteamientos y justificaciones para evitar que se aprobara este acápite del articulado del proyecto de ley⁵². La consideración de las rentabilidades excesivas consistió en definitiva a una verdadera sanción para estas empresas y era una aberración jurídica⁵³.

⁴⁹ Esto en opinión del H. Senador señor Miranda. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2178.

⁵⁰ Así el señor NOLFF. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2186 y 2187.

⁵¹ Como un ejemplo de esta situación puede citarse, como lo refirió el H. Senador Bulnes, el caso de una sociedad anónima o persona natural propietaria de una mina que produce gran utilidad y ésta se vende. El actual propietario puede verse afectado por el gravamen de las rentabilidades excesivas que deberá devolver y en este caso, deberá hacerlo respecto de utilidades que percibió el dueño anterior. Este caso es extensivo también si no cambia el dueño de la mina, para sí sus accionistas en razón de la repartición de dividendos producto de las rentabilidades que tuvo la explotación de la mina. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244.

⁵² H. Senador Bulnes. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2186 y 2187 y Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁵³ Así referido por el H. Senador Bulnes. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187 y 2242.

Es más, la deducción que se debía efectuar por rentabilidades excesivas se estimó contrario a toda justicia y al interés público. Se cuestionó, acertadamente de acuerdo con nuestro parecer, que esta disposición no daría estabilidad a los derechos y a la vida económica. La rentabilidad que percibió una empresa de la Gran Minería del Cobre lo hizo ajustándose a la ley vigente y pagó los respectivos tributos⁵⁴. Si se cuestionaba retroactivamente estas utilidades, afectando el derecho de propiedad, tendría como consecuencia la afectación de la actividad económica. Todos podrían ser sujetos expuestos en un futuro para ser sancionados retroactivamente por tener utilidades legalmente percibidas⁵⁵. Esta norma atentó contra la certeza jurídica necesaria para el desarrollo de los negocios⁵⁶. Como precisó el H. Senador Bulnes en la discusión del proyecto de ley, esta norma contribuirá a la contracción de este sector de la actividad económica nacional⁵⁷. Para sus detractores, nuevamente los argumentos no fueron jurídicos, sino que de justicia al estimar que lo que se haya incorporado al patrimonio no tiene una "sacralidad intocable", ya que no sería la finalidad de las leyes o de los contratos el consumir inequidades⁵⁸.

⁵⁴ No debió considerarse utilidades percibidas legalmente en el pasado. Su afectación se justificó en temas morales, dando como ejemplos que si fuese por mantener los derechos adquiridos y que no pudieren ser afectados por leyes posteriores no podría haberse abolido la esclavitud. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 184 y 185.

⁵⁵ Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242. Los mismos fundamentos los esgrimió el H. Senador Bulnes en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2259.

⁵⁶ El entonces H. Senador Bulnes dejó constancia de un ejemplo de afectación de la actividad minera, estimando que estas normas para descontar a la indemnización de perjuicios en favor de los dueños de la empresa nacionalizada era una espada de Damocles sobre la minería chilena. Está el caso de un minero que ha tenido utilidades derivadas de la explotación de su yacimiento, producto del aumento del precio del cobre. Este empresario no sabrá si dentro de "dos, cinco o diez años se le obligará a devolver este beneficio", por lo cual constituye a nuestro criterio un atentado a la certeza jurídica. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244. Profundiza en esto, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2259.

⁵⁷ Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244. Para Novoa Monreal, que defendió la posición del Ejecutivo en la discusión del proyecto de ley, fue el H. Senador Bulnes quien expuso las "objeciones que el juridicismo liberal-individualista podía ocurrir en contra de una medida de esta clase". Así en: MONREAL 1971, 181-182.

⁵⁸ Véase: NOVOA MONREAL 1971, 182. Luego este mismo autor indicó otros fundamentos para estimar que puedan afectarse los derechos adquiridos por una empresa, como en el caso en comento, haciendo presente argumentos esgrimidos por Aristóteles, o aplicando la teología moral.

A su vez, entendiendo que se podía establecer este mecanismo de deducción de las rentabilidades excesivas a la indemnización a pagarse a una empresa nacionalizada, tal como refirió el H. Senador Bulnes, este criterio para determinar el porcentaje de utilidad "permitido" a una empresa es factible fijarlo en una empresa industrial, más no minera. La minería es una actividad aleatoria⁵⁹ donde se desconoce la riqueza geológica de un yacimiento minero y luego, en el evento de existir, se debe verificar si es posible explotarlo en términos económicos⁶⁰. Para rebatir este argumento, el Ejecutivo hizo alusión a que no se aplicaría ni a la pequeña ni mediana minería, no profundizando en la razón de sus exclusiones, sino que operaría sólo para la Gran Minería del Cobre. Solo se indicó que éstas tuvieron rentabilidades excesivas para justificar la deducción de las rentabilidades excesivas⁶¹.

Se indicó que las empresas objeto de la nacionalización, y con ello, a las cuales se les iba a deducir del monto de la indemnización las rentabilidades excesivas que hubieren percibido, son empresas conocidas, que tienen una larga existencia y que habrían tenido utilidades crecientes. Por tales hechos, refirió el H. Senador Jerez que en dichas circunstancias esto las hace perder dicho carácter la actividad minera⁶². El carácter aleatorio de la acti-

vidad minera no alude al negocio en sí, sino más bien al desconocimiento que tiene un descubridor *a priori* si un yacimiento minero podía ser explotado económicamente. Luego, continuando con sus argumentos, se obvió la ley y se atendió a criterio morales⁶³, precisó que los beneficios reportados de la actividad minera no son producto del esfuerzo de los empresarios por aumentar la producción o faenas, haciendo presente que una importante alza de éstas se debió al aumento del precio del cobre⁶⁴. El Estado de Chile tenía derecho a beneficiarse de las utilidades derivadas del aumento del precio del metal rojo, pero el camino que debió haberse seguido fue establecer los impuestos idóneos que permitieran aumentar la tasa impositiva que se les aplicaba a las empresas mineras⁶⁵. En el debate parlamentario se precisó que aumentó-en ese entonces- el precio del cobre y-lógicamente- "no a raíz de los aportes de capital de las compañías norteamericanas"⁶⁶.

Respecto de los argumentos jurídicos que pretendieron justificar su existencia encontramos (rentabilidades excesivas) la de Uribe quien basándose en que la reforma constitucional estableció que el Estado era el dueño de todas las minas, atribuyéndole efectos retroactivos a esta declaración⁶⁷, tiene el derecho de que se consideren en razón del detrimento del patrimonio nacional⁶⁸ y al carácter injusto de que se hayan percibido por las empresas⁶⁹. Monreal reafirmó este plantea-

Hasta citó derecho doctrina y extranjera norteamericana para dar cuenta de que un contrato puede ser anulado. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 182 y 183.

⁵⁹ Es aleatorio la riqueza geológica, los minerales se exportan y sus precios se determinan en el exterior, también influye el tipo de cambio y la conversión que establece el Estado chileno para convertir estas divisas, por lo cual, no sólo el descubrimiento es aleatorio, sino que los eventuales ingresos que puedan percibir a futuro con la explotación de un yacimiento. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁶⁰ El carácter aleatorio de la minería fue reconocido también en la Ley de Impuesto a la Renta, vigente en dicha época, donde le otorgó un tratamiento diferenciado a la actividad minera. Véase: H. Senador Bulnes en el Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187. Esta actividad minera es evidentemente aleatoria "[e]so lo saben hasta los niños chicos". Así por palabras del H. Senador Bulnes, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁶¹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187. Noff, por el Ejecutivo, precisó que sólo durante los años 1932 a 1933 las compañías mineras tuvieron "leves" pérdidas, que en los demás años han tenido utilidades excesivas y aludió al carácter justo de su inclusión. Así, en: Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2188. En el mismo sentido, respecto a la justicia de la norma la encontramos en las declaraciones del H. Senador Noemi. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2245.

⁶² H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2142-2143.

⁶³ H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243.

⁶⁴ H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243. Monreal especifica que esa alza se mantuvo desde el año 1965 hasta el año 1970. Así, en: NOVOA Monreal (1971), 179.

⁶⁵ La Democracia Cristiana estimaba que la falta de retribución al Estado por el aumento de las rentabilidades de las empresas mineras por el aumento del precio del cobre era abuso para el país. Así, el H. Senador Jerez, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243.

⁶⁶ Así referido por el H. Senador Noemi, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2245.

⁶⁷ El mismo fundamento fue esgrimido por el H. Senador Carmona, esto es, que existía el derecho de consagrar esta norma en razón de la propiedad que tiene el Estado de las minas y este dominio tiene efectos retroactivos. No compartimos este criterio, ya que lo que se percibió como utilidad por la empresa ingresó a su patrimonio y está resguardado por el derecho de propiedad. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2260.

⁶⁸ Se buscó un mecanismo que permitiera reparar el perjuicio ocasionado al país, según Monreal, estimando que un exceso de rentabilidades se estimaba en toda suma de dinero que excediera al seis por ciento de la inversión efectiva. Véase: NOVOA MONREAL 1971, 180.

⁶⁹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2188. El H. Senador Carmona siguiendo

miento, yendo más allá, especificando que el dominio del Estado de las minas sólo fue confirmado por esta modificación constitucional⁷⁰. Olvidó Uribe y Novoa Monreal que la relación del Estado con las minas, previo a este proyecto de ley, se estimó que el Estado tenía un dominio eminente que cesaba una vez que se efectuaba el descubrimiento de las minas por los privados.

En relación con el argumento para desestimar que la deducción de las rentabilidades excesivas no atentaba en contra de la seguridad jurídica, la cual no compartimos, fue que las instituciones jurídicas no son intocables y que debe bastar que se tenga certeza de que no se tolerarán injusticias y que aquellos que se benefician de estas desigualdades en un periodo determinado, puede hacer valer que se incorporó el derecho a su patrimonio para mantener la inequidad⁷¹. Se aluden a una concepción de justicia, más no de certeza jurídica que debe otorgar un ordenamiento jurídico para garantizar las inversiones, dentro de ellas, está el reconocimiento y protección del derecho de propiedad.

Los parlamentarios reconocían que finalmente la facultad de determinar las rentabilidades excesivas de estas empresas se hacía con un voto de confianza en el presidente de la República⁷² y tenían fe en su ecuanimidad. Es más, más que considerar al presidente como órgano, se hizo por consideración a don Salvador Allende Gossens⁷³. Se reconoció ex-

plícitamente por los parlamentarios que pese a que la deducción de las utilidades excesivas se iba a deducir del monto a indemnizar finalmente “qued[ó] en manos del [p]residente de la República determinar si habrá indemnización o si no habrá para esas compañías...”⁷⁴.

En virtud de la reforma constitucional, el Congreso Nacional le recomendó algunos métodos para fijar las rentabilidades excesivas de las empresas mineras. El primero, considerar las rentabilidades que estas empresas hayan obtenido en el conjunto de sus operaciones internacionales. Luego, se considerarían los acuerdos de rentabilidad máxima de empresas extranjeras establecidas en Chile y que hayan sido celebrados con el Estado de Chile. Finalmente, pueden las normas convenidas entre el Estado con las empresas nacionalizadas sobre dividendos preferenciales en favor de Codelco, cuando el precio del metal haya subido⁷⁵.

De conformidad con el Decreto N° 92 de fecha 28 de septiembre de 1971, del Ministerio de Minería, el presidente de la República da cuenta del monto de las rentabilidades excesivas anuales de las empresas nacionalizadas (entre el 05 de mayo de 1955 al 31 de diciembre de 1970, que correspondió al diez por ciento de los valores libros de cada empresa nacionalizada⁷⁶. Producto de estas deducciones al monto de la indemnización de perjuicios que le correspondió pagar al Estado de Chile a las empresas norteamericanas se transformó en una quimera. Se determinó de conformidad a la resolución N° 529 de fecha 11 de octubre de 1971 dictada por la Contraloría General de la República que no correspondió pagarles indemnización alguna a la Compañía Minera Chuquicamata S.A., a la Compañía Minera El Salvador S.A., ni a Compañía Minera El Teniente S.A.⁷⁷.

este razonamiento estimó de que el detrimento soportado por el Estado por la explotación de sus minas, declarado una vez que entra en vigencia esta reforma constitucional, justifica la inclusión de esta norma. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2260.

⁷⁰ NOVOA MONREAL 1971, 181.

⁷¹ Así en: NOVOA MONREAL 1971, 186.

⁷² El H. Senador Fuentealba ya reconocía en la discusión del proyecto de ley que del ejercicio de esta potestad se esperaba un ejercicio racional por la máxima autoridad, pero indicando que era posible que podía prestarse para hacer mal uso de la misma. Este voto de confianza es reafirmado apelando a que “el presidente de la República sabrá usar las facultades que la Reforma le otorgue, de modo de guardar, debidamente, el interés nacional”. Así en: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2181-2182. También tuvo la intención de que se radicara esta facultad en el presidente para que pudiera negociar considerando los intereses del país y de las empresas afectadas. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2247.

⁷³ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2274. A pesar de estas razones, también se expusieron los motivos por los cuales no era recomendable que las deducciones las hiciera el presidente de la República, ya que el decidir sobre una materia económica lo “colocaban en [una] posición altamente inconfortable”. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de fe-

brero de 1971, 2274. Novoa Monreal, como asesor del presidente, nos señaló que el presidente tuvo presente su prerrogativa de vetar esta norma, pero no lo hizo, puesto que el Congreso Nacional se la había otorgado, de manera unánime, y debía hacer honor a ella. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 188-189.

⁷⁴ H. Senador Ibañez. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2274.

⁷⁵ Así, en: NOVOA MONREAL 1971, 189 y 190.

⁷⁶ Para la Compañía Minera de Cobre de Chuquicamata S.A., la cantidad de US\$300.000.000. Para la Compañía de Cobre El Salvador S.A., la cantidad de US\$64.000.000. Para la Sociedad Minera El Teniente S.A., la cantidad de US\$410.000.000.

⁷⁷ Sólo se fijó por el Contralor General de la República que tenía derecho al pago de indemnizaciones por este concepto la Compañía Minera Exótica S.A. por US\$10.010.445,11 y Compañía Minera Andina S.A. por US\$18.269.701,35. El Secretario de Estados de los Esta-

2. Juicios posteriores a la nacionalización por las "rentabilidades excesivas y su solución por la Junta Militar

El 21 de septiembre de 1971 se constituyó el Tribunal Especial del Cobre que conoció las cuestiones previas promovidas por las empresas nacionalizadas⁷⁸. La composición del Tribunal que conoció de las apelaciones (reclamaciones) que se presentaron por las empresas afectadas y por el Consejo de Defensa del Estado correspondió a un tribunal especial, creado en virtud de esta ley de reforma constitucional, donde muchos de sus miembros eran hombres de confianza del presidente de la República. Su creación derivó de esta enmienda constitucional, pero se hicieron presente desde su discusión en el Congreso Nacional, la falta de imparcialidad que tendría este órgano que constituyó sólo una "máscara de Estado de Derecho"⁷⁹. A su vez, este tribunal no estuvo sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema⁸⁰.

Las empresas nacionalizadas dedujeron las apelaciones (reclamaciones) ante el referido tribunal⁸¹. Todas estas empresas presentaron como asuntos previos al conocimiento de la cuestión principal, si el tribunal tenía competencia para pronunciarse si correspondía deducir o no-total o parcialmente, las rentabilidades excesivas fijadas por el presidente de la República. Los argumentos vertidos por ellas, acertadamente, fue que en la práctica al deducirse las rentabilidades excesivas se vulneró la regla constitucional sobre "que siempre debe haber lugar al pago de indemnización cuando se priva a alguien de sus bienes"⁸². El Tribunal

Especial del Cobre se declaró absolutamente incompetente para conocer de esta materia⁸³. Estimó el tribunal que sólo podía conocer de la indemnización fijada por el Contralor General de la República, pero no de las deducciones efectuadas por éste por las sumas indicadas por el presidente Allende. En razón de esta incompetencia, las empresas nacionalizadas interpusieron sendas demandas ante tribunales extranjeros en contra del Estado de Chile en diversos países inclusive éstas habían obtenido "órdenes de embargo sobre partidas de cobre llegadas a puertos europeos y, en tiempos de la Unidad Popular, habían logrado en New York medidas similares sobre fondos y bienes de Codelco y Corfo"⁸⁴.

Dentro de los principales problemas que tuvo el Estado de Chile producto del no pago de las indemnizaciones de perjuicios en favor de las empresas nacionalizadas fue que Chile no tenía acceso al crédito internacional⁸⁵ y que el Club de París no mostraba interés en renegociar la deuda externa. A su vez, atendido de que la principal fuente de divisas era la comercialización del cobre, se produjo una falta de ellas, habiendo perdido casi todas sus reservas el Estado de Chile, y "peligraba la importación de alimentos y otros bienes esenciales"⁸⁶. La confianza del mundo extranjero en la seriedad de Chile y la carencia de certeza jurídica producida durante el gobierno de la Unidad Popular obligó a la Junta de Gobierno encargar a don Julio Philippi⁸⁷ la negociación con las compañías americanas para poner término a los juicios. La estrategia empleada por él correspondió, acertadamente, a negociar directamente con las empresas afectadas y desechó la vía diplomática con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica⁸⁸.

dos Unidos de Norteamérica afirmó respecto de la del no pago de las indemnizaciones de perjuicios a las empresas nacionalizadas se debió a la utilización de las rentabilidad excesivas para que su deducción, lo cual, según él, no tenía precedente en su aplicación y no era obligatorio su procedencia atendida la legislación vigente en Chile. Véase: FAÚNDEZ 1974, 246.

⁷⁸ Así, en: NOVOA MONREAL 1971, 256.

⁷⁹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2276.

⁸⁰ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2279. El H. Senador Bulnes catalogó este tribunal como un tribunal "callampa". Novoa habla de la perspicacia que tuvo el constituyente para sustraer a este Tribunal Especial del Cobre a la superintendencia de la Corte Suprema, ya que posteriormente, quien falló a favor de la cuestión previa promovida por las empresas norteamericanas fue don Enrique Urrutia, ministro de la Corte Suprema. NOVOA MONREAL 1971, 262.

⁸¹ El Estado de Chile también presentó apelación en contra de la resolución administrativa dictada por el Contralor General de la República. NOVOA MONREAL 1971, 258.

⁸² Véase: NOVOA MONREAL 1971, 259.

⁸³ Así, en: NOVOA MONREAL 197, 261.

⁸⁴ Véase: MILLAR 2005, 388.

⁸⁵ Fue explícito el presidente Nixon a este respecto que Estados Unidos presionaría para que se difieran los préstamos en bancos de desarrollo mundiales a aquellos países donde se expropiaban bienes de propiedad de ciudadanos americanos, sin una indemnización de perjuicios. Esto fue sancionado y convertido en ley en marzo de 1972 por el Congreso de Estados Unidos. El Banco Mundial envió en esa época una comisión a Chile para estudiar la solvencia del país y concluyendo que la deducción de las indemnizaciones por rentabilidades excesivas afectada su solvencia y contradecía el proceso de nacionalización la política sostenida por el banco. Así, en: FAÚNDEZ 1974, 247 y 248.

⁸⁶ Véase: MILLAR 2005, 388.

⁸⁷ Julio Philippi fue ministro de Relaciones Exteriores en el gobierno de Jorge Alessandri y había efectuado una negociación exitosa del asunto de Punta Palena. Aceptó el encargo, sin poner condiciones, ni quiso recibir remuneración por la gestión. Véase: MILLAR 2005, 388-389.

⁸⁸ Véase: MILLAR 2005, 400.

A pesar de que el gobierno chileno, por medio de Julio Philippi, tenía la intención de negociar con las empresas nacionalizadas un acuerdo para poner términos a los juicios pendientes, estos se iban a realizar de acuerdo a lo dispuesto en la entonces vigente CPR de 1925 en todo lo relativo al proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la forma de determinar la indemnización de perjuicios en favor de las empresas afectadas, con sus respectivos intereses a contar de la nacionalización⁸⁹. Dentro de la reforma constitucional comentada se determinó que el Estado era dueño de todas las minas y a su vez, se nacionalizó a las empresas mineras, por lo cual este asunto no era ni siquiera debatible en las negociaciones⁹⁰. Sin perjuicio de otras materias objeto de la negociación⁹¹, todo se centró a convenir en el monto de la indemnización por el porcentaje de acciones que tenían las empresas nacionalizadas en la Sociedades Mixtas dueñas de las pertenencias mineras. Para unas empresas, se quiso impugnar la base de consideración que tuvo en consideración el Contralor General de la República, como lo fue el valor libro de los activos de las empresas nacionalizada, ya que, a criterio de ellas, no correspondía al valor real de la compañía⁹². En el caso de Anaconda, quiso aprovechar esta negociación para que se dejaran sin efecto las rentabilidades excesivas que se dedujeron de las indemnizaciones, pero eso fue rechazado en razón de que se asumió la legalidad de las medidas y a que la misma empresa habría validado este criterio en su apelación ante el Tribunal Especial del Cobre⁹³.

⁸⁹ Véase: MILLAR 2005, 402.

⁹⁰ Como refiere Millar, para las empresas afectadas era conveniente recuperar los yacimientos mineros por sobre la discusión del monto de indemnización que les correspondía percibir. Esto, fue desechado de plano por el equipo negociador chileno. Véase: MILLAR 2005, 402. Esta posición fue explicitada por Philippi ante la Junta de Gobierno de fecha 28 de diciembre de 1973 ya que "[n]adie puede poner en duda el derecho perfectamente legítimo de Chile de nacionalizar riquezas. De modo que está absolutamente fuera de toda duda y de toda discusión el derecho de Chile a haber nacionalizados el cobre". Véase: Acta N° 56 de la Junta de Gobierno de Chile, de fecha 28 de diciembre de 1973.

⁹¹ Las empresas pedían que se reconocieran las deudas originadas por deudas de diversos créditos que se habían otorgado a las Sociedades Mixtas por el porcentaje del cincuenta y un por ciento de las acciones adquiridas por Codelco. Esto tuvo su origen en los procesos de Chilénización y Nacionalización Pactada convenidas durante el gobierno del presidente de la República don Eduardo Frei Montalva. Véase: MILLAR 2005, 403.

⁹² Véase: MILLAR 2005, 405-407.

⁹³ Véase: MILLAR 2005, 407.

Con la empresa Cerro Corporation se llegó a un acuerdo en el que se determinó un pago por indemnización de perjuicios de US\$15.627.046, a pagarse dentro de 17 años⁹⁴. Con la OPIC, agencia estatal de Estados Unidos, la cual fue la cesionaria de Anaconda por el pago del seguro por la nacionalización de Exótica, se acordó como monto de indemnización de perjuicios la suma de US\$11.250.000, más los intereses⁹⁵. Por el proyecto minero de Chuquicamata se convino la indemnización en US\$36.685.950 y por el Salvador se pactó una indemnización de US\$14.959.000, con intereses en favor de Anaconda⁹⁶. En el caso de Kennecott, por el Teniente se fijó la indemnización en la suma aproximada de US\$44.832.350, más intereses⁹⁷. Las transacciones fueron aprobadas por el Decreto Ley N° 601⁹⁸, del Decreto Ley N° 710 del Ministerio del Interior⁹⁹ y en virtud del Poder Constituyente de la Junta de Gobierno se le otorgó rango constitucional de carácter transitorio. Además, por el Decreto Ley N° 821¹⁰⁰, dando términos a todos los juicios

⁹⁴ A su vez, también se convinieron otros acuerdos, que a pesar de que escapan al objeto de este trabajo, el pago de una deuda que se tenía con esta empresa, más otras deudas de honorarios. De suma importancia para los intereses del Estado de Chile fue que se anuló la venta convenida de cobre electrolítico y se reemplazó por uno de venta de escorias. Véase: MILLAR 2005, 404 y 405.

⁹⁵ Véase: MILLAR 2005, 405 y 406.

⁹⁶ Véase: MILLAR 2005, 409 y 410.

⁹⁷ Véase: MILLAR 2005, 411-412.

⁹⁸ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 22 de julio de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, la Corporación del Cobre y Chile Exploration Company, Andes Copper Mining Company y The Anaconda Company. Esta última tuvo un 75% del capital social de la Compañía Minera Exótica S.A. Se pactó un pago por concepto de indemnización por el 49% de los derechos de las empresas extranjeras en las dos sociedades mixtas indicadas, la suma de US\$44.390.000 para Chile Exploration Company y de US\$14.959.000 para Andes Copper Mining Company, cantidades equivalentes a las indemnizaciones fijadas al 1 de enero de 1971.

⁹⁹ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 22 de octubre de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, la Corporación del Cobre, la sociedad colectiva del Estado denominada Sociedad Minera El Teniente y las sociedades Braden Copper Company, Kennecott Copper Corporation y Kennecott Sales Corporation. El Estado de Chile, según este instrumento, pagaría por el 49% de los derechos de Braden Copper Company en la Sociedad Minera El Teniente S.A., al cantidad de US\$53.957.828, cantidad equivalente a la indemnización fijada al 1 de enero de 1971, más los intereses, de acuerdo al documento referido.

¹⁰⁰ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 24 de diciembre de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, La Corporación del Cobre y Overseas Private Investment Corporation, como cesionaria de Chile Copper Company. Esta última tuvo un 75% del capital social de la Compañía Minera Exótica

producidos con ocasión de la Nacionalización de la gran Minería del Cobre.

Si bien se solucionaron los juicios pendientes con las empresas nacionalizadas, aún debía reformarse nuestro ordenamiento jurídico para que, estableciendo reglas claras para la inversión y el resguardo del derecho de propiedad, las compañías extranjeras invirtieran en minería, sin el temor fundado, de que se les nacionalizara o expropiara y se crearan artilugios legales insostenibles¹⁰¹ como lo fueron las deducciones de las rentabilidades excesivas para no pagar las indemnizaciones de perjuicios.

IV. Ley orgánica constitucional de concesiones mineras

1. Objetivos de la ley minera

En virtud del nuevo ordenamiento jurídico que comenzó a regir en el año 1980 con la aprobación de la CPR de 1980 se comenzaron a dictar las leyes que ordenaba dicha carta fundamental. Dentro de las cuales se dictó la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Esta ley tuvo por objeto "posibilitar las inversiones mineras necesarias para el desarrollo acelerado del sector que, como se sabe, es un elemento básico para lograr un alto nivel de desarrollo económico y social"¹⁰². Éstos fueron los principales objetivos que justificaron el trabajo acelerado que tuvo la Junta de Gobierno para estudiar este asunto. Con esta ley, más la carta fundamental, se otorgaría certeza jurídica al inversionista minero que debe invertir grandes sumas de dinero para obtener eventuales utilidades años después. Se pretendió por la Junta de Gobierno que con esta nueva institucionalidad jurídica retornarían los capitales extranjeros para que invirtieran en Chile¹⁰³. Las bases de esta ley minera se sustentaron en la libertad económica y seguridad

S.A. Se pactó un pago por ese porcentaje de derechos, de US\$11.250.000,00 establecida al 1 de enero de 1971, más un interés no acumulativo del 6% anual entre esa fecha y el 13 de diciembre de 1974, ascendente a US\$2.700.000,00 y las demás prestaciones indicadas en el documento.

¹⁰¹ Véase: MILLAR 2005, 408.

¹⁰² Mensaje del Ejecutivo de la Historia de la Ley N° 18.097, 4. Al 17 de agosto de 1981 se esperaba doblar la tasa histórica de crecimiento del producto nacional, eliminar la extrema pobreza y elevar el nivel educacional del país. Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 7 y 8.

¹⁰³ CEA 2019, 639.

jurídica¹⁰⁴. La primera le permite al privado intervenir en la economía y la segunda, le resguarda su derecho de propiedad respecto de la inversión.

Durante la etapa de discusión del proyecto de ley, se hizo presente que se requerían reglas del juego racionales para que el privado pudiera invertir en la industria¹⁰⁵. El Estado de Chile tuvo presente lo informado por los técnicos, donde "el valor de los recursos explotados hoy es mayor que el de los explotados mañana"¹⁰⁶. Por las grandes inversiones y para dinamizar el mercado, se requerían estas reglas claras para que los recursos económicos se utilizaran a la brevedad. Se consideró también, para los efectos de darle urgencia a este proyecto de ley, que a medida que pasaba el tiempo, podía descubrirse un mineral sustituto¹⁰⁷.

La nueva institucionalidad asentada en la CPR de 1980 descansó en que el Estado sólo intervendría en asuntos económicos cuando los privados no pudieran o no quisieran (art. 19° N° 21 de la CPR de 1980). La minería no fue una excepción al respecto, procurado esta ley su desarrollo efectivo. En el informe técnico que consta en la Historia Fidedigna de la Ley, se justificó, pese a que no es objeto de un desarrollo profundo de este trabajo, que era preferible que los privados intervinieran en el mercado minero y que el Estado obtuviera sólo ingresos de la explotación y extinción de estos recursos por medio de los tributos¹⁰⁸. Para incentivar a los privados a desarrollar la actividad minera tendrá que considerar el costo de oportunidad del valor que tiene el

¹⁰⁴ Mensaje del Ejecutivo de la Historia de la Ley N° 18.097, 5.

¹⁰⁵ En la etapa de tramitación del proyecto de ley es tan latente la reciente historia jurídica de Chile relativa a la Nacionalización de la Gran Minería, donde no se pagó inicialmente ninguna indemnización, que al momento de pensar en mantener o excluir la norma que refiere que en caso de expropiación de una concesión de exploración, se le pagaría al expropiado una indemnización por el daño efectivamente causado. Como corresponde a una reiteración de lo ya consagrado en la CPR de 1980 uno de los argumentos vertidos por el General Matthei para mantener su redacción fue que "Chile tiene una reciente historia más bien mala en esto y que está todavía en la memoria de los señores inversionistas extranjeros potenciales". Así en: Acta Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 148.

¹⁰⁶ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 7.

¹⁰⁷ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 8.

¹⁰⁸ La toma de decisiones por parte del Estado en materias económicas mineras puede dificultarse por falta de consensos políticos, intereses electorales o escasez de recursos. Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 9.

derecho de concesión¹⁰⁹ y al pago anual de la patente minera.

La nueva ley garantizó el derecho de propiedad del concesionario minero de los derechos mineros que emanaban de su concesión¹¹⁰, la que era otorgada por un tribunal de justicia, para que fuera debidamente protegido a nivel constitucional su derecho (art. 6° de la LOCCM)¹¹¹. La calidad de dueño del Estado sobre todas las minas (inciso sexto del N° 24 del art. 19° de la CPR de 1980) no afectó a los derechos de los concesionarios mineros¹¹², nacidos de todo procedimiento concesional, ya que se hizo porque "[era] necesario que alguien tenga un derecho general y permanente sobre la riqueza minera para reconocer derechos exclusivos para buscarla y explotarla¹¹³". Es la concesión minera la que le permite al privado explotar los minerales que se emplacen dentro del perímetro de su concesión y estos derechos ingresan en el patrimonio de su titular y está garantizado el derecho de propiedad sobre éstos¹¹⁴. En lo que respecta a la pertenencia minera esta tiene duración indefinida (art. 17° LOCCM) y el titular sólo está obligado a pagar la patente anual (art. 12° de la LOCCM). Si el titular de los derechos administrativos-mineros emanados de la concesión minera paga la referida patente, no podrá perder su concesión, salvo por expropiación¹¹⁵.

2. En caso de expropiación de concesiones mineras de explotación no podrán considerarse las "rentabilidades excesivas. Aporte de José Piñera

Se aseguró el derecho a la y de propiedad en la CPR de 1980 (art. 19° N° s23 y 24). Así como también consagró que nadie podrá ser privado del dominio o de sus atributos o facultades esenciales, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés calificada por el legislador¹¹⁶. El expropiado

tendrá derecho a una indemnización por el daño efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o a falta de este, por los tribunales de justicia (inc. tercero del art. 19° N° 24)¹¹⁷. En lo que respecta a los derechos mineros, se estableció en la CPR de 1980 que en la ley se especificarán las sustancias que serán objeto de una concesión minera de exploración o de explotación, sus derechos y duración en una ley orgánica constitucional y que dichos derechos administrativos estarían resguardados por el derecho de propiedad (incisos sexto, séptimo, octavo y noveno del art. 19° N° 24). La expropiación de pertenencias mineras, en definitiva, como refiere Vergara, es una causal de extinción del título minero, ya que la calidad de propietario la pierde el expropiado y la tendrá el Fisco expropiante¹¹⁸.

En el caso de que se expropié una concesión minera de explotación o su establecimiento de beneficio la especificación genérica relativa a que se le indemnizaría al afectado por el daño efectivamente causado en la CPR de 1980 podría dar lugar a una serie de interpretaciones con resultados diversos. Por esta razón se definió legalmente como se determinaría su valor. El afectado por una expropiación de pertenencias mineras tiene derecho a ser indemnizado por el valor comercial de las facultades de iniciar o continuar la extracción y apropiación de los minerales (art. 11° N° 3 de la LOCCM). Este valor comercial se determina calculando sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el afectado demuestre con los estudios geológicos pertinentes de aire reverso o diamantinos, el Valor Presente de los flujos netos de caja.

Fue un tema esencial en la tramitación del proyecto de LOCCM la experiencia soportada durante la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y el no pago de las indemnizaciones a las afectadas por la deducción de las rentabilidades excesivas, los juicios que se trabaron en Chile y en el extranjero y pese a que se pudo negociar y llegar a acuerdos con todos las empresas nacionalizadas, nuestro país debería otorgar certeza jurídica al inversionista, sobre todo en materia de expropiación.

¹⁰⁹ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 9.

¹¹⁰ Las concesiones mineras otorgan derechos reales e inmuebles (art. 2° de la LOCCM).

¹¹¹ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 18, 19, 20-23.

¹¹² VERGARA 2020, 335.

¹¹³ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 19.

¹¹⁴ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 24.

¹¹⁵ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 24.

¹¹⁶ Para conocer más de esta materia y en especial de las fases del proceso de expropiación, ver: CEA 2019, 620-

624, TORRES 2023 y VIVANCO 2021, 839-844.

¹¹⁷ CEA 2019, 624 y 625. La indemnización no debe dar lugar a un enriquecimiento sin causa, deberá ser determinada en moneda nacional y se paga en dinero en efectivo. Para su determinación no deben considerarse motivos de índole afectivo, sentimental o histórico, prescindiéndose del daño moral. Según Cea se puede aplicar para estos efectos lo referido en los arts. 1556 y 1557 del Código Civil.

¹¹⁸ VERGARA 2010, 364.

ción e indemnización¹¹⁹. Por medio de la CPR de 1980 y esta ley se consideró que debía tratarse estos asuntos en la nueva ley, ya que había que evitar que el Estado pudiera expropiar concesiones mineras sin pagar el valor real. Esto último lo incentivaría para expropiar pertenencias mineras lucrativas y en el sector privado, sólo permitiría una explotación a baja escala y con baja inversión, ya que el inversionista tendrá presente que le podrían expropiar pagándole a un precio irrisorio¹²⁰.

Para el ministro de Minería que concibió esta ley, José Piñera, había que asegurar que en caso de expropiación de la concesión minera de explotación y del establecimiento de beneficio se pagase al expropiado una indemnización que corresponde a su verdadero valor económico¹²¹. Este valor corresponde al Valor Presente de los flujos netos de caja que genere el establecimiento durante la vida útil de la mina¹²². Este valor sería al cual se comercializaría en el mundo privado la mina objeto de la expropiación¹²³. Con esta norma, se pre-

cisó la garantía fundamental, que le garantizó al expropiado a ser indemnizado por el daño efectivamente causado, que en el caso del minero sería "el Valor Presente del conjunto establecimiento-concesión, menos el valor de la liquidación de los activos diferentes de la concesión de dicho establecimiento"¹²⁴. Se debe considerar para su determinación la inversión requerida en un plazo preciso para continuar la explotación, el nivel de producción de cada año, un precio promedio del cobre-o del mineral que se explote o procese-, el costo de producción anua, entre otros. Se considerará también los impuestos a aplicarle, como lo es el impuesto a la renta, un porcentaje de descuento relevante del periodo, las depreciaciones, las reinversiones y el valor residual de las instalaciones¹²⁵.

Ossa Bulnes nos reafirma, haciendo una exposición sucinta de este asunto, la aleatoriedad de la industria minera, la dificultad de encontrar riqueza geológica, las grandes sumas de inversión y a la improbabilidad de que sea viable económicamente un proyecto y alude a razones de justicia la inclusión de normas que le aseguren una indemnización idónea en el evento de ser expropiada la pertenencia minera¹²⁶. Compartimos estos criterios de Ossa, ya que su existencia favorece la inversión en exploración, prestación de servicios, explotación, procesamiento de minerales, entre otros.

La indemnización que se ha de pagar al expropiado en el caso de no haber acuerdo, la fijará el tribunal, previo informe de peritos que tendrán en consideración para la especificación de su monto lo referido respecto al Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento minero (art. 11° N° 3 de la LOCCM). El tribunal no tiene la obligación de sujetarse al dictamen de peritos, pero si es un

¹¹⁹ Esta preocupación no se disipó siquiera con la CPR de 1980 ya que en lo que respecta a la declaración de que el Estado es dueño de todas las minas se utilizó en la Ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre. Por lo cual, la ley minera tuvo que disipar estos temores haciendo hincapié de que tanto el constituyente como el legislador no atribuyen al Estado un dominio patrimonial de las minas. Su principal consecuencia es que en la Nacionalización se excluyó de toda consideración para fijar el monto de la indemnización el valor de la concesión minera, ya que se entendió de que era de dominio del Estado. Con la ley minera, no operaría la "indemnización trunca". Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 26. Es más, Piñera indicó que, en sus reiterados contactos con inversionistas mineros, le preguntaban por la regulación de la indemnización en el caso de expropiación. Es un tema de alta preocupación, como manifestó él, por las expropiaciones-nacionalizaciones- del año 1971. Véase: Acta Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 149.

¹²⁰ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 10.

¹²¹ El ministro Piñera descartó que sólo se considerara para los efectos de indemnizar el valor libro de la inversión en equipos. Como indica éste, sería injusto que el Estado le pague si el yacimiento no rinde frutos y lo sería para el privado, si la explotación del mismo es económicamente viable. Otro criterio que descartó fue la consideración de las reservas de mineral multiplicadas por el precio de éstos, su rechazo se debió a que no consideraba este criterio las contingencias futuras, las inversiones, entre otras materias. Así en: Piñera 2002, 21 y 22.

¹²² Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 10.

¹²³ Piñera se hizo cargo de cierta posición que estimada que en caso de expropiación de las pertenencias mineras no debía considerarse para su indemnización el valor de la misma. Se basó en que estimándose de que el Estado era dueño de todas las minas, no podía pagar por algo que le pertenecía. Rechazó esta posición ya que obligaría al Estado a incurrir en una serie de inversiones de alto riesgo para poder explotar un yacimiento minero, incluso, no

siendo éstas valiosas para la continuidad de la operación. En relación con los privados, la aplicación de esta posición doctrinaria desincentivaría la inversión, ya que perderían lo invertido, eventualmente. PIÑERA 2012, 95-96.

¹²⁴ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 11.

¹²⁵ Podemos ver este y otros ejemplos para su cálculo en: Así, en el Anexo del Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 13-16. Está el supuesto de que se expropie la concesión minera de explotación, pero no su establecimiento minero. El Valor Presente de los de la concesión es el Valor Presente del conjunto establecimiento, menos el valor de liquidación de los activos diferentes de la concesión que explota dicho establecimiento.

¹²⁶ OSSA 2012b, 450-452. También podemos ver un escaso tratamiento doctrinario del derecho del titular de pertenencias mineras de ser indemnizado de conformidad con el art. 11° N° 3 de la LOCCM, en: ANSALDI, 2007 y VERGARA, 2010, 86 y 87.

elemento probatorio que le permitirá arribar a su sentencia¹²⁷. Si se sometiera obligatoriamente al dictamen de los peritos, se estarían afectando sus facultades jurisdiccionales¹²⁸.

a) *Expropiación directa*

El art. 11° N° 3 de la LOCCM sólo ha sido sometido a un juicio o a lo menos que nosotros conocemos- donde se ha aplicado el procedimiento regulado en el art. 11° N° 3 de la LOCCM, en concordancia con lo dispuesto en el art. 19° N° 24 de la CPR de 1980¹²⁹. El tribunal de primera instancia conoció de una demanda que tenía por objeto que se determinara el valor de la indemnización que se iba a pagar producto de las expropiaciones de las pertenencias mineras (de carbonato de calcio)¹³⁰ que se individualizaron en el libelo en virtud del decreto expropiatorio¹³¹. El objeto del juicio fue determinar cuánto era el daño patrimonial efectivamente causado, para lo cual había que atender al valor comercial de las pertenencias mineras. Para esto último, había que sujetarse al valor que correspondiera al Valor Presente de los flujos netos de caja de los yacimientos mineros de carbonato de calcio explotados. Por lo tanto, para su determinación se requirió a tres peritos que determinaran ese valor. Se consideró en términos genéricos por éstos la siguiente información de las pertenencias: reservas de mineral del yacimiento expresadas en toneladas, el mineral que se explota, cantidad de años que pudiere estimarse su explotación, los flujos de caja de la empresa o a lo menos las proyecciones que se manejen para otra empresa en la misma industria. Se consideró una explotación con un crecimiento anual, se simuló un precio estándar de la caliza, se estableció un monto que correspondía para poner en marcha el

proyecto, con sus respectivas instalaciones y se hizo una proyección de los gastos anuales. Finalmente, se estipuló un eventual precio del dólar, y una tasa de descuento del 14%, y así el perito determinó el monto a indemnizar¹³².

El otro perito consideró otras variables para determinar el Valor Presente de los flujos netos de caja de la explotación de las pertenencias mineras ricas en carbonato de calcio. Consideró otra superficie y otros datos para determinar las reservas mineras. Para los flujos netos de cajas indicó que simuló una explotación obteniendo esta información de los programas de INACESA, agregando los costos de producción, inversiones, ingresos, depreciaciones, impuestos. Como otra forma de evaluar, hizo presente al tribunal un cálculo de lo que le correspondería al propietario de las pertenencias recibir por arriendo de las minas, determinando la regalía por tonelada extraída, con una tasa de descuento, vida útil del yacimiento y cantidad a extraer¹³³.

En relación con el mismo juicio y para acreditar que pese a los esfuerzos efectuados por el constituyente de 1980 y por el ministro de Minería José Piñera para establecer una forma objetiva de calcular el monto de la indemnización que se ha de pagar al afectado, aun así, pueden dar diferentes cantidades por los expertos. El otro perito, consideró otro monto de reservas de mineral, pero tomó en consideración un punto esencial en materia minera, como lo es la ley del mineral y la cantidad de toneladas que había con ese límite. Incluyó otro factor relevante, de acuerdo a lo señalado en el fallo de primera instancia, debidamente confirmado por la Corte de Apelaciones, que como la cantidad de hectáreas que abarcaban las pertenencias mineras expropiadas. Otro punto interesante, fue que estudió el mercado del carbonato de caliza ya que estimó la cantidad de toneladas que se necesitan para la fabricación de cemento, considerando las toneladas extraídas. Hizo un estudio que abarcó años y que comprendió la información de las toneladas compradas por grandes empresas¹³⁴. Finalmente, dedujo la tasa del impuesto a la renta que regía en esa

¹²⁷ Pese a la forma de determinar el daño efectivamente causado producto de una expropiación de concesión minera de explotación establecido en el art. 11° N° 3 de la LOCCM, aun así los criterios y métodos empleados por los peritos pueden dar resultados disímiles. Esto se demostrará más adelante al tratar uno de los casos donde los tribunales de justicia se han pronunciado en relación a esta normativa. Así, en: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343-351.

¹²⁸ Acta de la Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 150.

¹²⁹ Juicio caratulado "Minera Valparaíso Sociedad Anónima con Fisco de Chile". Para conocer el fallo de primera, segunda instancia y Corte Suprema, véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343-351.

¹³⁰ Las concesiones mineras de explotación fueron: Playa Negra, Playa Blanca, Salvación, Unión, Calera, Constancia, Estrella 1-3, Sol 1-3 y Sol 4-5. Véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343.

¹³¹ Decreto Ley N° 254, de 1974.

¹³² Estos datos fueron considerados por el perito don Luis Silva Rivera. Así, en: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 345.

¹³³ Trabajo elaborado por Bruno Behn Theune. Así, en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 346.

¹³⁴ En este caso, fueron Mantos Blancos y Codelco. Tuvo a la vista don Germán Alzérreca Mitrano, los contratos de compraventa de caliza suscritos entre la empresa cementera y los dueños de yacimientos que explotaban caliza. Tuvo a la vista los contratos que también tenía el titular de

época-diez por ciento-, sacó el Valor Presente y los proyectó treinta y ocho años. Este fue el informe que tuvo en consideración el tribunal para acoger la demanda y fijar la indemnización de perjuicios¹³⁵.

El Segundo Juzgado de Antofagasta ponderó los informes señalados anteriormente, y pese a la diferencia, a lo menos le permitió acreditar que en todos si hay uniformidad en que se debe pagar una indemnización de perjuicios al expropiado. Por ello, estimó en su fallo de que aplicaría el monto referido en el párrafo anterior, reajustada conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor desde la fecha que indica hasta el día de su real y efectivo pago¹³⁶. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, si bien confirmó el fallo, cambió el monto de indemnización, ya que lo fijó prudencialmente considerando la información vertida por los tres peritos del juicio¹³⁷.

b) *Expropiaciones indirectas*

Por otro lado, existe el reconocimiento doctrinario y de derecho comparado de la expropiación indirecta, en virtud de la cual, el Estado por medio de actos administrativos y regulatorios priva de los atributos del derecho de dominio a un particular, sin que medie una ley expropiatoria. Como nos indica Matute, la caracterización de las expropiaciones indirectas en un aspecto negativo, esto es, "no son expropiaciones o confiscaciones formales, pues no existe un traspaso formal del derecho de dominio desde el patrimonio del particular al patrimonio fiscal [...]"¹³⁸. Este derecho, por ende, pierde su valor, por lo cual debe ser indemnizado, inclusive, aunque se mantenga el título de propiedad¹³⁹.

Grandes avances se han producido en su consagración en los tratados internacionales que regulan las inversiones extranjeras¹⁴⁰. Para que se pueda considerar una expropiación indirecta, el acto regulatorio debe tener como consecuencia una privación total o parcial significativa del derecho o de sus atributos.

las concesiones de explotación expropiadas. véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 345-346.

¹³⁵ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 345-346.

¹³⁶ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 347-348.

¹³⁷ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 349-351.

¹³⁸ MATUTE 2020, 88 y 89.

¹³⁹ GUILOFF 2018, 621 y 622.

¹⁴⁰ Para efectos de profundizar en sus alcances en el derecho internacional y su reconocimiento en los laudos arbitrales del CIADI, véase: PÁEZ 2006.

A su vez, en el derecho comparado, tenemos como fuente que reconoce a la expropiación indirecta a la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. García, en lo que a este apartado importa, trata escuetamente el origen, desarrollo y extinción de la regulación remitiéndose al establecimiento de la cláusula de expropiación de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual indica, que en caso de expropiación se pagará la justa retribución. Luego efectúa un estudio de casos emblemáticos de jurisprudencia de los Estados Unidos, resaltando el caratulado como "*Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*" de 1922¹⁴¹. La sentencia ordenó el pago de una compensación en favor de los propietarios de las minas de carbón, a los cuales se les impidió por acto administrativo que desarrollaran sus actividades en los casos en que se causarían daños a la superficie de áreas edificadas¹⁴². No todo acto administrativo que limite el derecho de propiedad será considerada, acorde a dicha legislación, como una expropiación, salvo cuando alcance cierta magnitud de importancia.

La doctrina nacional también ha aportado a la discusión, como en el caso de Fernandois con motivo del análisis crítico de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que declaró la inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales, se pronunció respecto a las expropiaciones regulatorias que emergen como consecuencia de una privación de los atributos del derecho de dominio por vía administrativa, que es lo que a este trabajo compete¹⁴³. En su examen, alude al art. 19° N° 24 de la CPR en cuanto al derecho de propiedad y de que nadie puede ser privado del mismo, sino mediante proceso de expropiación y con la debida armonización. Llega a la conclusión luego de un estudio de la carta fundamental que "[s]i las regulaciones o restricciones llegaren en definitiva a afectar la esencial de la propiedad: i. la ley deviene inconstitucional (cuando sea la fuente de la privación la ley). ii. El afectado tiene derecho a una indemnización, cuando se le ha causado daño (art. 41 N° 8)"¹⁴⁴. Estamos de acuerdo, ya que la regulación constitucional de la expropiación directa no puede aplicarse a los casos de expropiaciones indirectas, sin

¹⁴¹ Ha sido la jurisprudencia comparada la que ha creado a la regulación expropiatoria. Así: DELAVEAU, 2006, 414.

¹⁴² GARCÍA, 2011, 116-120. Para conocer más detalles de este caso y para validar su importancia, véase: DELAVEAU, 2006, 415-416. También, en FERNANDOIS, 2002, 40-45.

¹⁴³ FERNANDOIS, 2002, 21.

¹⁴⁴ FERNANDOIS, 2002, 38

perjuicio de que ante regulaciones que priven del ejercicio del derecho de propiedad, el afectado, tiene derecho a ser indemnizado por la Administración del Estado por el daño ocasionado.

En el caso de Chile, no está en discusión que el derecho real de dominio se pueda limitar, atendida su función social, sino que se centra en los casos donde estas privaciones regulatorias pueden privar el derecho, sin indemnización alguna¹⁴⁵. Aldunate analiza en el derecho comparado como se han resuelto los casos de expropiación indirecta y señala que acorde a nuestra Constitución, “en el caso de regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad no dispongan la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación por lesión al derecho de propiedad en virtud del art. 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía art. 19 N° 20”. Y continuando con el razonamiento de este autor, “[e]sta solución permite al legislador fijar las reglas generales de la compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio [...]; igualmente, le permite remitir el examen de la procedencia y evaluación de la indemnización al juez de la instancia [...]”¹⁴⁶. En mérito de lo expuesto, podemos colegir que este autor no reconoce la consagración constitucional de la expropiación indirecta, ya que, si no, no basaría el fundamento de su razonamiento en virtud del art. 19 N° 20 de la CPR y sólo nos muestra una alternativa de solución para que el juez determine cuando existe una privación del derecho y que pueda cuantificar los daños por los actos regulatorios.

A su vez, en Chile, el Tribunal Constitucional ha señalado para los efectos de determinar si el Estado debe pagar una indemnización en virtud de un Decreto que limita el uso y goce del derecho de propiedad, que se debe ponderar si se priva de los atributos de dicho derecho o si se establecen limitaciones que hagan ilusorios su ejercicio. En tales casos, el Estado debe indemnizar al afectado¹⁴⁷. Si bien han existido pronunciamientos del Tribunal Constitucional que tuvieron por objeto delimitar la frontera entre limitación y privación del derecho de dominio, al igual que

la Corte Suprema y que ha existido debate en la doctrina. Más que pretender, según Guilloff, un reconocimiento o equiparación de la expropiación directa a la indirecta, está en la búsqueda de un test que les permita a los tribunales tener una metodología pertinente que le permita establecer cuando existe una limitación o privación del derecho de dominio¹⁴⁸. El Tribunal Constitucional, también, ha reconocido explícitamente del derecho comparado el concepto referido de las “las expropiaciones regulatorias”¹⁴⁹, pero no existe una consagración explícita de la expropiación indirecta en nuestra CPR según se expondrá, por ello, si existen privaciones totales del ejercicio de los derechos de propiedad del concesionario minero por medio de actos administrativos, sin que haya mediado una expropiación directa, constituyen a criterio de nosotros actos que ocasionan daños al titular afectado de la misma y que deben ser indemnizados, pero no en el supuesto constitucional de la expropiación, por lo tanto no deben ser indemnizados conforme a dicha normativa.

Debemos dejar en claro, más allá de las conclusiones arribadas anteriormente, que no toda afectación del derecho de propiedad por acto regulatorio debe ser indemnizado, como señala Romero¹⁵⁰. Para este autor lo relevante era disponer de criterios o de una metodología que permitiese determinar que daños producidos por efectos regulatorias en el bien de propiedad de un particular debía ser indemnizados¹⁵¹.

Nuestra carta magna señala que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de sus atributos o facultades esenciales del dominio. Excepcionalmente, se puede afectar por medio de una ley general o especial dicho derecho, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, calificada por el legislador (inciso 3° del art. 19° N° 24 de la CPR de 1980). En este supuesto, siguiendo a Cea, “para expropiar bienes es menester, por lo tanto, comenzar dictando una ley, la cual basta que sea simple o común”¹⁵². Para el mismo autor la “expropiación supone, con carácter exclusivo y excluyente, la intervención del legislador en la fase inicial del proceso que culmina

¹⁴⁵ ALDUNATE, 2006, 287.

¹⁴⁶ ALDUNATE, 2006, 298.

¹⁴⁷ Sentencia TC Rol N° 245-246 (1996), cc. 32°, 34° y 39°.

¹⁴⁸ GARCÍA, 2011, 126-127.

¹⁴⁹ Sentencia TC Rol 505 (2007), c. 22°.

¹⁵⁰ ROMERO, 2007, 37-38.

¹⁵¹ ROMERO, 2007, 56-57.

¹⁵² CEA 2012, 620.

con la privación del dominio¹⁵³. Por su parte, Vivanco, manifiesta que la expropiación “es una institución de derecho público que otorga a la Administración una potestad expropiatoria, mediante la cual se priva a un particular de un bien de su dominio en razón de utilidad o interés público [...]”¹⁵⁴. Romero, analizando el DL. N° 2186 de 1978 manifiesta que “resulta difícil de imaginar una expropiación al margen del procedimiento definido en el mismo”¹⁵⁵. Podemos apreciar que tanto la Constitución Política como la doctrina sólo reconocen que existirá una expropiación, cuando se den los supuestos constitucionales antes referidos, iniciado ello con el proceso legislativo y terminando con el acto administrativo expropiatorio. Esto es confirmado por Matute, ya que “una privación sólo será una expropiación si es un acto singular etiquetado como tal, destinado a privar del dominio a un particular. Otra clase de intervenciones no podrán ser asimiladas a una expropiación y, por tanto, no podrán compensarse en aplicación de las normas constitucionales y legales que la regulan”¹⁵⁶.

A su vez, la legislación minera contiene, como se ha señalado en este trabajo, normas que son aplicables en caso de expropiación de pertenencias mineras. Consagra el derecho de propiedad que tiene el minero respecto de su concesión, indica que se ha de entender por una privación de su derecho (art. 6° de la LOCCM) y la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras (art. 11° N° 3 de la LOCCM). Ossa al momento de explayarse en este derecho que tiene el concesionario minero hace presente, de manera acertada, las normas constitucionales que establecen el procedimiento que se ha de seguir para expropiar las concesiones mineras de explotación e invoca de manera escueta las normas de la LOCCM antes indicadas para la determinación de la indemnización¹⁵⁷. Vergara en el mismo sentido de Ossa, indica las normas de la LOCCM que son aplicadas en caso de expropiación de pertenencias, en especial el de avalúo de la indemnización¹⁵⁸. En lo que respecta a la regulación de la expropiación del derecho de propiedad del minero, se puede inferir que, al seguir el marco constitucional, no se reconoce la expropiación indirecta, al necesitar el cum-

plimiento de los requisitos legales y administrativos para expropiar, iniciando con una ley y luego, con el acto administrativo.

Debido a lo anterior, entendemos que nuestra CPR no reconoce la expropiación indirecta en caso de privación de los atributos del derecho de propiedad y, por lo tanto, tampoco es aplicable al titular de las pertenencias mineras afectadas por actos de este tipo. Este trabajo no abordará con detenimiento las discusiones acerca de su reconocimiento o no- por la Constitución Política de 1980¹⁵⁹, pero examinaremos casos donde existen privaciones totales del ejercicio de los derechos de propiedad del concesionario minero por medio de actos administrativos, sin que haya mediado una expropiación directa, constituyendo a criterio de nosotros, afectaciones de su derecho de propiedad, pero no expropiaciones indirectas. La importancia del análisis de esta jurisprudencia radica en la forma en que los jueces determinan las indemnizaciones en favor de los titulares de las pertenencias mineras afectadas en el ejercicio de sus derechos, cuando no tienen la obligación de acatar lo dispuesto en el art. 11° N° 3 de la LOCCM.

i) Corte Suprema, Rol 5450-2011, 25/11/2013

El juicio de primera instancia¹⁶⁰ se inicia por demanda interpuesta por dos Sociedades Legales Mineras¹⁶¹ que tiene por objeto que se condene al Fisco a pagar una indemnización de perjuicios en favor de ellas. Dichas sociedades, alegan de que fueron privadas de los atributos del dominio que tienen respecto de sus pertenencias mineras por actos administrativos expropiatorios del terreno superficial del emplazamiento de las pertenencias mineras¹⁶². Indican que producto de ello, se han impedido de acceder libremente y de manera tranquila por los predios superficiales de

¹⁵³ CEA 2012, 621.

¹⁵⁴ VIVANCO 2021, 827-828.

¹⁵⁵ ROMERO, 2007, 40.

¹⁵⁶ MATUTE, 2020, 208.

¹⁵⁷ OSSA 2012b, 450-453.

¹⁵⁸ VERGARA 2010, 364.

¹⁵⁹ En el caso de que se quiera profundizar en la posición doctrinaria que niega el reconocimiento de este tipo de expropiaciones de conformidad a la CPR de 1980, véase: Guiloff 2018.

¹⁶⁰ SANTIAGO, 12° Juzgado Civil, Rol C-507 (2005).

¹⁶¹ Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera Pudahuel en su calidad de titular de las pertenencias mineras denominadas Francisco III 19 y Francisco III 24, las que forman parte del grupo “Francisco III 1 al 39”, La Monona 1 al 34, Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20, estas últimas que forman parte del grupo “Edith 1 al 22”. También demanda la Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel que es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35”.

¹⁶² El Ministerio de Obras Públicas por Decretos N° 2211 y 2212 de 09 de diciembre de 2002 ordenó la expropiación de varios predios, esto, para construir la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

sus concesiones de explotación de Pomacita o Puzolana. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda y en contra de ella, la demandante interpuso recursos de casación en la forma y de apelación, ambos rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago. En contra de la sentencia de dicho Tribunal de Alzada se interpuso recurso de casación para que conozca y falle la Corte Suprema.

La Corte Suprema para efectos de acoger el recurso de casación en el fondo estimó de que el Fisco de Chile actuó culposamente al momento de expropiar los predios superficiales y no las pertenencias mineras, ya que, al hacer uso de éstos, impidió el desarrollo de las labores extractivas mineras de Pomacita de las demandantes, no respetándose dicho derecho, sin pagarles el daño patrimonial efectivamente causado¹⁶³. En lo que respecta de si es aplicable para efectos de determinar el monto de la indemnización de las demandantes la norma del art. 11° N° 3 de la CPR de 1980, se excluyó en consideración de que "el precepto citado establece una regla indemnizatoria en caso de producirse una expropiación de pertenencias mineras; empero, la situación planteada en autos dice relación con una privación de facto del derecho a explotar las pertenencias sin que mediara una expropiación autorizada por la ley"¹⁶⁴. La forma para determinarlo será sobre la base de la acreditación de la disminución de los patrimonios de las demandantes.

La Corte Suprema cuantificó los perjuicios sufridos considerando un informe pericial y prueba documental que daba cuenta de ventas de mineral en un periodo de tiempo, estableciendo un promedio mensual¹⁶⁵. Se tuvo presente la fecha de comercialización de la pomacita y la fecha en que quedan sin efecto las servidumbres de ocupación y de tránsito que permitían el ejercicio de la actividad extractiva minera de las demandantes. Finalmente, para que se fijara el valor del precio cúbico de la pomacita en banco se tuvieron presente informaciones públicas de su valor. Sobre la base de una operación aritmética se llegó a la conclusión de que entre fines de 2004 y el 30 de mayo de 2007 las demandantes estuvieron privadas de percibir, por los actos

administrativos, 16.266 unidades de fomento. Sólo se efectuaron rebajas por costos¹⁶⁶. Finalmente se estableció que la indemnización por el daño efectivamente causado asciende a \$360.000.000.

Al no estar consagrada constitucionalmente la expropiación indirecta en nuestra Constitución, la privación del derecho de dominio que tuvieron los demandantes respecto de sus concesiones mineras afectadas por un acto de autoridad no es procedente la aplicación del art. 11° N° 3 de la LOCCM para determinar la indemnización de perjuicios. La diferencias de montos en la indemnización que fijó la Corte Suprema y la que le hubiere correspondido si fuere procedente la expropiación minera es sideral. En este último caso, se hubiera visto reflejado el valor económico de las pertenencias y que correspondía al "valor que recibiría el inversionista si vendiera éste, el cual, al ser un recurso productivo, vale sólo por su posibilidad de generar en el futuro flujos de caja positivos"¹⁶⁷. Sobre la base de sus reservas, la inversión requerida, el nivel de producción y sus costos, menos los impuestos que correspondieren se podrían llegar a ese valor. Por lo tanto, dependiendo de estos factores, el monto de la indemnización podría contemplar años de explotación de las pertenencias mineras, los cuales deberían aumentar el monto de la indemnización a pagar. A diferencia de ello, como en el presente caso, sólo la Corte se atuvo al detrimento soportado por la demandante, considerando los valores indicados en el párrafo anterior hasta la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que dejó sin efecto las servidumbres de ocupación y de tránsito¹⁶⁸.

ii) Corte Suprema, Rol 35.581-2017, 14/08/2019

Se interpuso demanda de indemnización civil por una persona natural en su calidad de dueño de pertenencias mineras¹⁶⁹, en contra del Fisco de Chile. La demanda se fundó en el hecho de que en el predio superficial del lugar de emplazamiento de las concesiones mineras se destinó el inmueble al Ministerio de Defen-

¹⁶³ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (nulidad), cc. 15° y 19°.

¹⁶⁴ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (nulidad), c. 20°.

¹⁶⁵ La venta entre enero y noviembre de 2004 fue de \$121.256,50 metros cúbicos. El promedio mensual se fijó en 11.023, 31 metros cúbicos.

¹⁶⁶ Gastos de patentes mineras, pago a controladores, según informe pericial. Así en, *Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile* (2011) (reemplazo), c. 6°

¹⁶⁷ PIÑERA 2002, 48. A este valor se le deberá deducir el valor de los activos diferentes de las concesiones mineras.

¹⁶⁸ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (reemplazo), c. 6°.

¹⁶⁹ Las concesiones mineras de explotación son "Santa Clara 1 al 20".

sa Nacional¹⁷⁰, Subsecretaría de Guerra para uso del Ejército. Esta última institución impidió al demandante el acceso al predio superficial a contar del año 2002. Se rechazó la demanda en primera instancia. Luego, conociendo de un recurso de apelación, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la resolución recurrida condenando a la demandada a indemnizar los perjuicios, cuyo monto se deberá determinar en la etapa de cumplimiento de fallo. En contra de dicha sentencia, se interpone un recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema, conociendo de este recurso, estableció que el derecho de propiedad consagrado en la CPR de 1980 no es un derecho absoluto y en lo que respecta a los predios superficiales en los cuales se emplazan las pertenencias mineras "estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, explotación y el beneficio de dichas minas"¹⁷¹. En efecto, el Código de Minería estipula en su art. 17° que el ejercicio de los derechos mineros, en los supuestos de dicho numeral, requerirán para su ejercicio de permisos que deberán otorgar las autoridades. El tribunal de casación indicó que el referido artículo en su numeral 5° obliga a obtener un permiso del Ministerio de Defensa Nacional para ejecutar labores mineras en zonas y recintos militares dependientes de ese Ministerio, permiso que no obtuvo el demandante de autos¹⁷². Por tales razones, el tribunal acogió el recurso de nulidad, de manera errónea a criterio de esta parte, revocando la resolución recurrida, rechazando la demanda.

La CPR de 1980 prescribe el derecho de propiedad e indica que nadie puede ser privado de ésta, del bien sobre que recae o alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio y respecto del minero, su concesión está protegido por dicho derecho fundamental (art. 19° N° 24). Luego la LOCCM prescribe que las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles (art. 2°) y el objeto de ella serán las sustancias concesibles que existen en su extensión territorial (art. 3°). Luego la misma ley indica que el titular de la concesión tiene un derecho de propiedad sobre ella e indica que se entenderá como privación la imposibilidad de ejercer los derechos de exploración, explotación o del beneficio de mi-

nerales (art. 6°). El Código de Minería reitera que la concesión minera es un derecho real e inmueble (art. 2°).

El este caso, tenemos que el demandante era titular de pertenencias mineras, que tuvo en explotación y que por actos del Ejército de Chile se vio impedido de poder continuar desarrollando la actividad extractiva minera. El dueño de las pertenencias tiene un derecho de propiedad sobre su concesión minera y por un acto administrativo regulatorio y de facto por el Ejército de Chile no pudo seguir explotando. Efectuando un análisis exegético de las normas indicadas en el párrafo anterior, podemos concluir que no se exige que para que esté protegida por el derecho de propiedad la concesión minera que a su vez esté constituida una servidumbre minera o que se tengan los permisos, ordenados por el art. 17° del Código de Minería. Por lo cual, al haber existido una privación del derecho de propiedad del titular de la concesión de facto, la Corte Suprema debió haber rechazado el recurso de casación, ya que las causales de la privación del derecho de propiedad estaban acreditadas. A lo sumo, la consideración de la tenencia de dichos permisos o de una servidumbre puede ser considerada para los efectos de la cuantificación de la indemnización de perjuicios. En efecto, "si bien las servidumbres minera [s] legales prestan una utilidad económica al predio dominante (concesiones de explotación) no condicionan el ejercicio del derecho de dominio sobre una pertenencia, sin perjuicio de que pueda ser considerado como un criterio determinante en el establecimiento del daño"¹⁷³.

Sin perjuicio de lo resuelto por la Corte Suprema, el criterio que adoptó la Corte de Apelaciones de Valparaíso para resolver el recurso de apelación fue consistente con nuestro ordenamiento jurídico¹⁷⁴. Dicho tribunal de alzada estimó que los actos de la demandada ocasionaron una privación del ejercicio del derecho de propiedad que tenía el demandante respecto de su concesión minera. Tuvo en especial atención que el titular haya pagado sus patentes mineras, de que explotaba el yacimiento y en razón de existir otros casos en la ley que ante estos actos administrativos contempla el pago de una indemnización de perjuicios. Debido a esto, indicó que la demandada debía pagar la indemnización que se determinara en la fase

¹⁷⁰ Esto, en virtud del Decreto Exento N° 5 de 04 de abril de 1979 del Ministerio de Tierras y Colonización.

¹⁷¹ Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2019) (nulidad) (2019), c. 10°.

¹⁷² Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2019) (nulidad) (2019), cc. 12° y 13°.

¹⁷³ *Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile* (2011), c. 16°.

¹⁷⁴ Para conocer su contenido, véase: *Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile* (2016).

de cumplimiento del fallo, y debía considerar el daño efectivamente causado desde el acto de privación de los atributos de su derecho de propiedad hasta la fecha de la sentencia¹⁷⁵. Se reitera lo mencionado arriba, en el sentido de que al no estar consagrada la expropiación indirecta en nuestra CPR y por lo tanto no es obligatorio que el tribunal se rija en la determinación de la indemnización de expropiación de pertenencias mineras por el art. 11° N° 3 de la LOCCM tendremos sólo sentencias que acrediten perjuicios, pero que no constituirá una indemnización que considere el valor comercial del yacimiento minero si se vendiere en el mercado. Por lo cual es un asunto para tratar de *lege ferenda* para que se consagre la expropiación indirecta en la CPR.

iii) 12° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-31539-2016, 06/12/2023

En este caso¹⁷⁶ se interpuso demanda de nulidad de derecho público e indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual¹⁷⁷ en contra del Fisco de Chile-Ministerio de Bienes Nacionales, Ministerio de Energía y Ministerio de Minería. También se demandó al Servicio Nacional de Geología y Minería y otras dos entidades¹⁷⁸. En lo que respecta a la primera demanda, la que fue rechazada, dicho sea de paso, sólo nos interesa, en razón de que estos antecedentes servirán para que se resuelva la segunda demanda, dar

¹⁷⁵ *Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile* (2016), c.16°.

¹⁷⁶ Es un juicio que se encuentra en actual tramitación. Tiene sentencia dictada por el 12° Juzgado Civil de Santiago, en los autos Rol C-31.539-2016 y está a la espera de que sea conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹⁷⁷ Los demandantes son Ingenieros Asesores Limitada y Compañía Minera Arbiado Limitada. Se pretende la declaración de nulidad de derecho público de los siguientes actos: 1. Oficio Ordinario N° 5210, emitido por el director regional del Sernageomin Antofagasta de 13 de octubre de 2010, corregido por el oficio N° 6.589, emitido por el mismo órgano con fecha 02 de diciembre de 2020. 2. Decreto (Exento) N° 1.426 de 16 de diciembre de 2010, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales, por el cual se probaron las bases de licitación para la concesión de terrenos fiscales para desarrollo de proyectos eólicos. 3. Decreto Exento NI1.159 de 06 de octubre de 2011, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales y que adjudica la concesión onerosa del proyecto. 4. Decreto Exento N° 142 de 02 de febrero de 2012, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales y que aprueba el contrato de concesión onerosa, cuya escritura pública indica que fue celebrado por la sociedad Parque Eólico Taltal S.A. y el Fisco de Chile. Para fundar el ejercicio de dicha acción se hizo presente que estos actos contravienen los arts. 3°, 5° y 53° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁷⁸ Sociedad Parque Eólico Taltal S.A. y Enel Latin América Limitada.

cuenta del reconocimiento que hizo el tribunal de primera instancia que constató ilegalidades en los actos administrativos impugnados, ya que se privilegió el actuar de las empresas de generación eléctrica eólica que celebraron el contrato de concesión con el Ministerio de Bienes Nacionales que les permitió hacer uso del terreno superficial, por sobre los derechos de la demandante en su calidad de titular de pertenencias mineras en la misma zona. El tribunal estimó que se vulneró el art. 3° de la Ley de Bases sobre la Administración del Estado ya que no existió una correcta coordinación entre los distintos órganos de la Administración que se pronunciaron respecto de la viabilidad de este proyecto. La sentenciadora, al momento de analizar los efectos de una declaración de ilegalidad, remitiéndose a lo indicado por Soto Kloss, tuvo en consideración de que estos actos impugnados han producido todos sus efectos legales. Finalmente rechaza esta demanda, en razón de lo inoficioso de declarar la nulidad alegada y el perjuicio de la declaración de dichos actos administrativos¹⁷⁹.

En este examen sólo nos abocaremos a la segunda acción deducida por el demandante por ser atingente a nuestro trabajo, esto es, la de responsabilidad civil extracontractual.

El tribunal de primera instancia tuvo presente, al momento de pronunciarse respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual, que la demandante es propietaria de pertenencias mineras emplazadas en la zona donde se desarrolló el Parque Eólico Taltal. Este último se pudo concretar, a criterio del tribunal, por un actuar arbitrario de la Administración, el que por medio de actos administrativos le otorgó la concesión para el uso del terreno superficial fiscal, pero no respetando los derechos de los propietarios de las pertenencias mineras de las demandantes. Finalmente, se prefirió la actividad de energía eólica por sobre la minera, sin ser razonable dicho proceder. En cuanto a los fundamentos de derecho que esgrimió la jueza para fundar su sentencia, indicó que el Estado tiene un deber de ajustarse en su actuar a la legalidad. Si se aparta y daña, debe responder por la lesión infringida. Luego, invocó las normas constitucionales que obligan a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que los preceptos de la Constitución obligan a los particulares y a los integrantes de dichos órganos. También, los

¹⁷⁹ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 45°-52°

órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (arts. 6° y 7° de la CPR). Cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado o de sus organismos, podrá reclamar ante los tribunales, de conformidad al art. 38° inciso 2° de la CPR¹⁸⁰.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional sobre las Bases Generales de la Administración del Estado consagran el principio general de la responsabilidad del Estado, inclusive, deberá responder por falta de servicio (arts. 4° y 42°). Esta responsabilidad, a criterio de la magistrado, es de carácter subjetivo y se requiere que se acredite la falta de servicio en el proceso¹⁸¹. De acuerdo con los antecedentes del juicio y de lo referido en relación a la demanda de nulidad de derecho público, el tribunal estimó que los actos administrativos del Sernageomin y del Ministerio de Bienes Nacionales eran ilegales, ya que se prefirió una actividad económica por sobre otra, siendo discriminatorio dicho proceder. A criterio de la magistrada, la ilegalidad es asimilable a la falta de servicio¹⁸².

En cuanto a la responsabilidad que se les atribuye a las empresas demandadas, se hizo de conformidad con las normas de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil. Atendido de que, con la ejecución del proyecto, se aprovecharon económicamente de los actos administrativos ilegales de los órganos de la Administración del Estado y que perjudicaron el ejercicio de los derechos mineros de las demandantes, son responsables civilmente de los perjuicios ocasionados. Como hemos indicado anteriormente, si bien fueron actos administrativos ilegales los que privaron del ejercicio de los derechos mineros a los titulares de la concesión, sin perder su título minero, y que pueden compartir la naturaleza de las expropiaciones indirectas consagradas en el derecho comparado, no es plausible que dichos actos administrativos que privan de un derecho minero puedan ser asimilado a una expropiación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es aplicable lo dispuesto en el art. 11° N° 3 de la LOCCM ya que no es una expropiación y para determinar el daño civil extracontractual, se deben considerar los requisitos asentados

por la doctrina, los cuales son: que el daño sea cierto, que se lesione un derecho subjetivo, que sea directo, que sea causado por un tercero distinto de la víctima y que el daño no se encuentre reparado¹⁸³.

Para evaluar los daños, acertadamente, el tribunal tiene en cuenta el derecho de dominio que tiene el titular de las concesiones mineras y el hecho de que mediante sentencia de la Corte Suprema no pueda realizar sus trabajos, sin perjuicio de que producto de la creación del Parque Eólico construido en la superficie del proyecto, ocasionó un daño actual y cierto. Especial atención tiene el análisis que hace el tribunal para determinar el valor de la indemnización por lucro cesante. Tuvo a la vista el informe pericial que indicó que los flujos futuros del proyecto minero arrojaron una vida útil de 27 años, pero no lo consideró debido a que "no se puede pasar por alto el hecho de que lo solicitado a título de lucro cesante consiste en las ganancias que habría generado el proyecto, se ser explotado por un periodo de más d 20 años"¹⁸⁴. Esta conclusión es conforme a la Constitución y al Código Civil. En el evento de que hubiese estado consagrada constitucionalmente la expropiación indirecta podría haber hecho uso de la norma creada por el ministro de Minería, José Piñera, esto es la del art. 11° N° 3 de la LOCCM y se podrían haber considerado el valor presente de los flujos futuros netos de caja. Este caso nos reafirma la razón del especial cuidado que tuvo Piñera para consagrar esta norma y así poder velar por el resguardo del derecho de propiedad del minero, considerando las peculiaridades y aleatoriedad de esta industria. El tribunal finalmente condenó a las demandadas por responsabilidad civil extracontractual considerando sólo el daño emergente, y que correspondieron a los gastos incurridos por las demandantes para la ejecución del proyecto.

Conclusiones

La LOCCM ha sido esencial para que inversionistas extranjeros y nacionales inviertan en el sector minero. No sólo basta con tener la riqueza geológica para que se tome la determinación de invertir en un país, sino que también debe existir certeza jurídica. Esta certeza jurídica, valga la redundancia, ha sido otorga-

¹⁸⁰ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 55°.

¹⁸¹ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 56°.

¹⁸² *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 57°.

¹⁸³ En este sentido, el tribunal sigue la doctrina asentada por Arturo Alessandri Rodríguez. *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 61°.

¹⁸⁴ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 66°.

da por esta ley, que conjuntamente con la CPR de 1980, regulan los derechos administrativos mineros provenientes de la concesión minera, los cuales se encuentran resguardados por el derecho de propiedad. Atendido de que el eventual retorno de lo invertido y la obtención de beneficios se reportarán en años o décadas es que se estableció en la referida ley que la duración de la pertenencia minera sea indefinida y el concesionario sólo tiene la obligación del pago anual de la patente. Asimismo, y en consideración a la voluntad soberana de Chile, puede extinguirse el derecho del concesionario por medio de la expropiación. El Estado, cumpliendo con la disposición constitucional para que sea procedente, en virtud de la ley, puede dictar el acto administrativo expropiatorio, cuyo bien a expropiar puede ser perfectamente una concesión minera. Esta potestad no puede limitarse, sino que debe regularse la forma de determinar el monto de dinero por concepto de indemnización de perjuicios en favor del afectado. La LOCCM ha cumplido con este propósito a cabalidad, estableciendo el precio comercial de la pertenencia minera, ajustándose a criterios económicos, como lo es el Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento.

La dictación de la ley y la consagración del art. 11° N° 3 de la LOCCM impide que el legislador pueda considerar para efectos de la indemnización de perjuicios a pagarse al expropiado otros factores que no guarden relación con el valor comercial de las concesiones mineras de explotación. Tuvimos el caso de la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre donde finalmente no se le pagaron indemnizaciones de perjuicios a las empresas nacionalizadas por medio de la creación de artilugios jurídicos. Durante el gobierno marxista de Salvador Allende Gossens se concretó la nacionalización, donde se les castigó a las empresas que cumplieron con la normativa tributaria en el ejercicio de sus negocios, al establecerse que se les deducía de las indemnizaciones fijadas por el Contralor General de la República, las rentabilidades que hubieren percibido. Es evidente que estas deducciones tenían como objetivo que no se les pagara indemnización alguna a las empresas nacionalizadas, de ahí todos los conflictos jurídicos que tuvo el Estado chileno con las empresas extranjeras.

La certeza jurídica no existió para el inversionista minero, inclusive cuando se llegó a acuerdo con las empresas nacionalizadas, ya que la institucionalidad jurídica no se había modificado. El inversionista estaba expuesto de

que el legislador creara nuevamente ficciones jurídicas que impidieran resarcir los perjuicios efectivos a los expropiados. El inversionista no iba a efectuar grandes inversiones, en una actividad aleatoria, cuyo eventual beneficio fuere finalmente requisado por el Estado. A su vez, el Estado no podía incurrir en estas inversiones, considerando los gastos prioritarios que tenía que efectuar en favor de los ciudadanos. El Estado de Derecho quedó resquebrajado durante la Unidad Popular. Ni siquiera la CPR de 1980 fue suficiente para dar esa tranquilidad y eso se debió a que se transcribió el artículo que garantizó el dominio del Estado sobre las minas, y fue la misma disposición contemplada en la reforma constitucional que nacionalizó a la Gran Minería del Cobre. En razón de ello, la tranquilidad y seguridad jurídica para el inversionista minero se obtuvo con la dictación de la LOCCM que consagró el derecho del concesionario minero, la duración ilimitada de la concesión y la forma de determinación de la indemnización de perjuicios en favor del expropiado de sus pertenencias mineras.

La mantención del referido articulado se justifica en razón de nuestra historia jurídica reciente, más de 53 años a la fecha de este trabajo, y los conflictos que tuvimos producto del uso antojadizo de las normas jurídicas. Esta norma es esencial para que sigan prosperando las inversiones en el sector minero privado, lo que se acreditó con las inversiones efectuadas en Chile y la certeza jurídica que aún confiere. A su vez, esta disposición evita que los legisladores populistas procedan a expropiar las concesiones mineras de explotación de los privados, ya que el Estado no dispone de los recursos necesarios para pagar la indemnización de perjuicios en favor de los expropiados, ya que debe ser en dinero en efectivo, en una cuota y debe considerarse las reservas que tiene el yacimiento minero y se ha de hacer sobre la base del Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento de comercio. Este articulado evita que nuevamente se creen artilugios constitucionales como la deducción de las rentabilidades excesivas a las indemnizaciones a pagar a las empresas mineras expropiadas.

Para finalizar, cuantificar y demostrar los beneficios económicos ocasionados en virtud de la LOCCM, citamos el caso de la mina Escondida, cuya propietaria es BHP de Australia, la que fue la primera hija de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras". En el año 2016 aumentó la producción de cobre a 5.600.000. A esa fecha, el setenta por

ciento de la inversión en minería la realizaron empresas mineras chilenas y extranjeras privadas. Dentro de estas empresas encontramos a Antofagasta Minerals, dueña de la mina Los Pelambres, Anglo American de Gran Bretaña, Glencore de Suiza y Japan Collahuasi Resources B.V. y también a Teck Resources de Canadá. En relación a la producción de oro, aumentó a 40 toneladas en el año 2016. Otro número que refleja los resultados de la ley minera fue el aumento de las exploraciones efectuadas, como consecuencia de la seguridad jurídica que otorga ésta. En el año 2016 se aumentó la inversión por este concepto a US\$450.000.000¹⁸⁵.

Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006). *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2, 285-303.
- ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen (2007). *Derecho Minero*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1972). *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno*. Editorial Andrés Bello.
- CASTRO, José Manuel y otros (2019). *Historia de Chile 1960-2010*, Tomo V. Andros Impresores.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Renovación del Constitucionalismo en Chile*. Editorial Legal Publishing Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (2019). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): *La regulación expropiataria en la jurisprudencia norteamericana*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, 411-438.
- FAÚNDEZ B., Julio (1974). Una decisión sin estrategia. La deducción de rentabilidades excesivas en la nacionalización chilena del cobre. *Foro Internacional* 15 (2), 211-251.
- FERMANDOIS HUERTA y otros (2009): *Historia Política del Cobre 1945-2008*. Centro de Estudios Bicentenario.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2002): *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile. Inaplicabilidad, Rol 4309-2002, 18 de junio de 2002.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2011): *El Tribunal Constitucional y el uso de "tests": Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, 101-138.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2020). *La Tradición Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile, Vol. II, 1967-2019*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2020). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2018). *La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites del derecho de propiedad privada en la Constitución chilena*. Revista Ius et Praxis de la Universidad de TALCA, pp. 621-648.
- LIRA OVALLE, Samuel (2012). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- MATUTE E., Claudio (2020): *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno*. Thomson Reuters, segunda edición.
- MILLAR CARVACHO, René (2005). *Pasión de Vida. Julio Philippi Izquierda (1882-1971)*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- MOGUILLANSKY, Graciela (1998): *Las Inversiones en el Sector Minero 1980-2000*. Santiago. Naciones Unidas.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1972). *La Batalla por el Cobre*. Empresa Editora Nacional Quimantu Limitada.
- OSSA BULNES, José (2012). *Tratado de Derecho de Minería. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- PÁEZ, M (2006). *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autoregulación de los actos administrativos de los Estados*. Estudios Internacionales, 39 (153), pp. 5-36.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Economía y Sociedad Ltda.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2017). *Minería 3.0. Un motor del nuevo Chile*. Revista Economía y Sociedad (94), 4,5, 10-12, 13-17.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José (2007): *Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?*, sentencias destacadas de 2007.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio y Díaz Mieres, L. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Editorial Nascimento.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949). *Instituciones del Derecho Minero Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- TORRES FUENTEALBA, Juan Guillermo (2023). *El Impacto Económico de las Normas de Indemnización de Perjuicios en la Expropiación de Concesiones Mineras de Explotación en Chile entre los años 1925 a 2010*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 255-285.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Nascimento.
- URIBE HERRERA, Armando (1960). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (1973). *La nacionalización del cobre y el derecho internacional*. Centro de Estudios de Planificación.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *Instituciones del Derecho Minero (Santiago, AbeledoPerrot)*.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2021). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1982, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 18 de septiembre de 1925 (Chile).

¹⁸⁵ GÓMEZ D., en: Piñera 2017, 10-12.

Ley 11.828. Fija disposiciones relacionadas con las empresas productoras de cobre de la gran minería y crea el departamento del cobre. 05 de mayo de 1955.

Ley N° 16.425. Modifica la Ley N° 11.828. 25 de enero de 1966.

Decreto Ley N° 601. Aprueba Transacción que indica. 22 de julio de 1974.

Decreto Ley N° 710. Aprueba la Transacción (empresas nacionalizadas). 24 de octubre de 1974.

Decreto Ley N° 821. Agrega disposición transitoria que indica a la Constitución Política del Estado. 24 de diciembre de 1974.

Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 7 de enero de 1982. D.O. No. 31.171.

Ley N° 22.259 de 1983. Establece Código de Minería. Boletín Oficial, 1 agosto 1980.

Ley N° 17.450 de 1971. Reforma el art. 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado y Nacionaliza la Gran Minería del Cobre. 15 de julio de 1971. D.O. No. 27.999.

Decreto N° 92 de 1971 [Ministerio de Minería]. Dispone reducir las cantidades que indica al calcular la indemnización que corresponda pagar a las empresas de la gran minería del cobre afectadas por la nacionalización. 28 de septiembre de 1971. D.O. No. 28.062.

Resolución N° 529 [Contralor General de la República]. Fija la indemnización a las empresas cuprenas nacionalizadas.

Jurisprudencia citada

Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada (2016): 12° Juzgado Civil de Santiago, 06 de diciembre de 2023. (Rol N° 31.539-2016). [Nulidad de derecho público e indemnización de perjuicios].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales: Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996 (Rol N° 245-1996). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo tercero transitorio de la Ley N° 19.940 del Ministerio de Minería: Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007 (Rol N° 505-2006). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2017): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019. (Rol N° 35.581-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de mayo de 2017. (Rol N° 2391-2016). Sala. [Recurso de apelación].

Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2011. (Rol N° 5450-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Necesaria objetivación de los criterios mínimos para la constitución de servidumbres legales mineras

Necessary objectification of the minimum criteria for the constitution of legal mining easements

María Karina Guggiana Varela*

Resumen. Con ocasión de la constitución de servidumbres legales mineras en sede judicial, el juez de la instancia a menudo omite un análisis acabado que dé cuenta de la relación pormenorizada existente entre la entidad del proyecto minero que se pretende ejecutar en el área de la servidumbre y la temporalidad del gravamen en cuestión, considerándose que éste es esencialmente transitorio, todo lo cual, en su conjunto, influye en las indemnizaciones que se deban al propietario del predio sirviente. En el presente trabajo se razona acerca de cómo una mayor objetivación de los criterios necesidad (aprovechamiento) y transitoriedad (temporalidad), influirían, tanto, en la calificación como en la ponderación del daño que se pretende causar con el ejercicio de la servidumbre legal minera pretendida, y consecuentemente, en la cuantificación de los perjuicios que procedan indemnizar.

Palabras clave: Servidumbre legal minera; transitoriedad; aprovechamiento; vida útil.

I. Planteamiento del problema

A la hora de concederse mediante sentencia judicial¹ la constitución de servidumbres lega-

* Abogada; Licenciada en ciencias jurídicas (UDA); Licenciada en gestión ambiental (UCN); Diplomado de especialización en implementación de proyectos de inversión minera en tierras y territorios indígenas (UCENTRAL); Diplomado en Derecho Ambiental (UANDES); Diplomado en Responsabilidad Civil (UANDES); Máster en planes de cierre de faenas e instalaciones mineras (EEN); Magíster en Derecho de Minería (UDA), Magíster en Investigación Jurídica (UANDES); Candidata a Doctor en Derecho (UANDES), Abogada Integrante Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, período 2023- 2024 / 2024 - 2025. Correo electrónico: mkguggiana@miuandes.cl Dirección postal: Colipí 570, oficina 504, Copiapó, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2960-5719>.

¹ Sentencia la cual tiene el carácter de declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Al respecto Biondi 2002, 706) señala que "(...) a falta de contrato, la servidumbre se constituye por sentencia (...) la sentencia, más que constituir una nueva situación, lo que haría sería reconocer el

Artículo recibido el 14 de febrero de 2024 y aceptado el 14 de junio de 2024.

Abstract. On the occasion of the constitution of legal mining easements in court, the judge of the instance often omits a complete analysis that accounts for a detailed relationship existing between the entity of the mining project that is intended to be carried out in the area of constitution of the easement and the timing of the lien in question, considering that this is essentially transitory, all of which, taken together, influences the compensation owed to the owner of the servient property. In this work we reason about how a greater objectification of the criteria of necessity (use) and transience (timing) would influence the weighting of the damage that is intended to be caused in connection with the exercise of the intended legal mining easement, and consequently, in the quantification of the damages that need to be indemnified.

Keywords: Mining legal easement; transience; exploitation; useful life.

les² mineras, el juez de la instancia solo se ha

derecho-deber, sancionado por ley. En el caso de la servidumbre, la sentencia tiene carácter declarativo, en cuanto que declara la existencia en concreto de la obligación de constituir la servidumbre y del derecho de haberla constituido. Al mismo tiempo tiene carácter constitutivo, en cuanto que al concretar la general disposición de la ley, constituye la servidumbre entre dos fundos determinados y con un contenido también determinado. La obligación genérica se realiza en la constitución efectiva de la servidumbre. La sentencia confirma el derecho y consiguientemente constituye la servidumbre."

² El profesor PEÑAILILLO 2019, 1275 distingue entre servidumbres legales y forzosas, señalando que no son lo mismo. Las primeras –indica– corresponden a aquel gravamen que la ley impone, con prescindencia de la voluntad del dueño del predio sirviente y aun contra su voluntad, que, debido a su naturaleza y a las características de los predios, tiene vigencia de pleno Derecho cumplidos los requisitos respectivos, no requiriendo de particulares precisiones para ser ejercida. En cambio, la servidumbre forzosa consiste en un gravamen que la ley impone, con prescindencia de la voluntad del dueño del predio sirviente y aun contra su voluntad y que, por su naturaleza, requiere constatar supuestos y precisar caracteres (y aun otras exigencias, como fijar el monto de una indemniza-

ocupado de constatar: uno) la preexistencia de una concesión minera o establecimiento de beneficio, cuya calidad será la de predio dominante y, dos) que se hubiere acreditado la necesidad de la constitución del gravamen en cuestión, cuya carga probatoria corresponde al demandante de servidumbre; sin embargo, a menudo el sentenciador *a quo* omite un análisis acabado que dé cuenta de la relación pormenorizada existente entre la entidad del proyecto minero que se pretende ejecutar en el área de constitución de la servidumbre y la temporalidad del gravamen en cuestión, considerándose que éste es esencialmente transitorio conforme norma expresa del artículo 124 del Código de Minería CM-, todo lo cual, en su conjunto, influye en las indemnizaciones que se deban al propietario del predio sirviente.

Otorgar una mayor objetivación a los criterios mínimos referidos es del todo relevante, ya que ello impediría que los tribunales ordinarios de justicia constituyan las servidumbres legales mineras demandadas, bajo un manto de excesiva discrecionalidad, lo que –sumado al desconocimiento técnico de la materia– podría redundar tanto en contra de los intereses del propietario del predio sirviente –el cual debe sacrificar el uso y goce de su inmueble, en pos de soportar la imposición del gravamen en cuestión–, como a su vez, en contra del titular del predio dominante al establecerse indemnizaciones eventualmente excesivas.

Por lo tanto, sostenemos que una mayor objetivación de los criterios necesidad (aprovechamiento) y transitoriedad (temporalidad), influirían en la ponderación del daño que se pretende causar a propósito del ejercicio de la servidumbre legal minera pretendida, y consecuentemente, en la cuantificación de los perjuicios que procedan indemnizar.

Veremos cómo la necesidad del aprovechamiento, no solo estaría dada por la preexistencia de una concesión minera, sino que,

ción), por lo que en cada situación concreta es establecida por el tribunal o un acto administrativo, si la legislación así lo dispone. En términos inmediatos –sostiene– la impone la sentencia, pero con el respaldo de la ley, esto es, la ley autoriza imponerla. Al respecto, se sugiere ver además, Biondi 2002, 703 y siguientes; 1266 y siguientes. Asimismo, resulta necesario señalar que esta autora comparte la diferenciación efectuada por el profesor Peñailillo, mas, como la legislación nacional no ha formulado la distinción en cuestión, es que mantendremos la el carácter “legal” de la servidumbre minera, aun sabiendo de que su naturaleza es forzosa. En otro trabajo nos abocaremos a profundizar en esta distinción, a objeto de fundamentar el término adecuado con el que se deben tratar las servidumbres que nos convoca.

además, estaría vinculada a un proyecto minero ya analizado en cuanto —a lo menos— a una factibilidad técnica, lo que indefectiblemente traerá aparejada la fijación anticipada de la vida útil de aquel durante la tramitación del proceso judicial de constitución de servidumbre legal minera.

II. Estado del arte: excesiva discrecionalidad de los tribunales de justicia a la hora de constituir el gravamen

Como se ha adelantado, es que en la actualidad los jueces de la instancia dan lugar a la demanda de constitución de servidumbres legales mineras, en la medida de que el actor acredite la concurrencia de los requisitos mínimos para su otorgamiento, ya referidos previamente.

La abstracción mental hipotética de realizar un vínculo entre la entidad del proyecto minero que se pretende ejecutar por el actor de servidumbre y la temporalidad del gravamen pretendido, no forma parte del ejercicio valorativo del tribunal *a quo*, por lo que se generan un conjunto de indefiniciones jurídicas y fácticas, que no han sido objeto de un análisis particular hasta la fecha.

Es así como, la excesiva discrecionalidad de los tribunales de justicia radica en no concederle objetividad a los requisitos mínimos ya expuestos, de lo cual derivan al menos, las siguientes dificultades:

i. La indeterminación de la necesidad de la constitución del gravamen, dado por la insuficiente acreditación del concepto de “facilitación” establecido en el artículo 120 del CM y que es representado, por la utilidad de la servidumbre a constituir.

ii. En relación a lo anterior, el escaso análisis de la utilidad que pretende obtener el predio dominante con la constitución del gravamen, lo que se encuentra representado por el concepto del “aprovechamiento”³, establecido en el artículo 124 del CM, lo cual, a su vez, genera los siguientes eventuales problemas:

uno) impide estimar adecuadamente los daños que se causarán con ocasión del ejercicio de la servidumbre, lo que tam-

³ Al respecto, el profesor Guzmán 2013, 688 señala que el “aprovechamiento de uso y eventual disfrute conferido por la servidumbre se limita a específicos actos de una u otra clase, objetivamente tipificados, en lo cual se diferencia del uso y disfrute propios del usufructo, que son genéricos y plenos”.

bién incide en las posibles ampliaciones o restricciones establecidas en la parte final del artículo 124 ya referido, sin incluir –generalmente– la etapa de cierre de la faena u operación minera;

dos) todo lo cual influye en una ajustada determinación del *quantum* resarcitorio que se deba en favor del predio sirviente.

iii. A mayor abundamiento, la indefinición del factor temporal⁴ de una operación minera al momento de la constitución del servicio minero en sede judicial, entra en pugna con el carácter esencialmente transitorio de este derecho real.

iv. Es así como, dicha indefinición temporal le concede a la servidumbre en cuestión un carácter fáctico perpetuo, produciéndose una excepción a la regla de la transitoriedad.

v. Se vislumbra por parte de los tribunales ordinarios de justicia, una carencia de aplicación de criterios objetivos, legales y uniformes que permitan una ajustada fijación del término en que perdurarán las mismas⁵.

vi. A su vez, la referida indeterminación del factor temporal influye sustantivamente en la valoración de los perjuicios que se deban con ocasión de su constitución, ya que es un elemento material que deberá considerarse a la hora de cuantificar el daño a resarcir.

vii. Si bien el CM ni la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras 18.097 –LOCCM– establecen criterio objetivo alguno para limitar el factor temporal de estas servidumbres, es que aparece el concepto de vida útil de los yacimientos mineros, el que constituye un elemento temporal intrínseco que no ha sido considerado por los tribunales de justicia, como exige en realidad nuestra legislación.

viii. Una inadecuada acreditación de los criterios mínimos referidos, incidiría en el hecho de que los daños a resarcir no serán ciertos ni efectivos, sino eventuales e hipotéticos, y por lo tanto indeterminables, frente a lo cual podríamos estar en posición de señalar que nos hallamos ante una excepción a la regla relativa a que los daños eventuales no son indemnizables.

Estas dificultades serán abordadas en los párrafos que siguen, proponiéndose eventuales soluciones a la hipótesis planteada.

III. Insuficiente definición de la utilidad que se busca obtener con la constitución de la servidumbre legal minera demandada

Antes de proseguir con este trabajo, es necesario realizar la siguiente prevención: De ningún modo propondremos que los tribunales de justicia exijan –para la constitución del derecho real en estudio– de que previo a su otorgamiento, se obtenga por parte del titular del predio dominante de una resolución de calificación ambiental o de otros permisos sectoriales, tal como en algún minuto fuera exigido por cierta corriente jurisprudencial emanada de una composición específica de la Cuarta Sala de la Excm. Corte Suprema⁶ y respecto de lo cual la doctrina, ya se ha referido bastante discrepando con dicha posición.

Por el contrario, el presente trabajo se basa solo en el hecho de que los tribunales no han reparado en exigir una suficiente fuerza probatoria, respecto a la utilidad que prestará el predio sirviente con la imposición del gravamen en favor del dominante y de una ajustada calificación o determinación del tiempo de duración de la servidumbre predial minera demandada, todos los cuales son los requisitos mínimos para su constitución.

La ambivalencia jurisprudencial habida en algún momento, atañe a requisitos extra normativos exigidos para la constitución del derecho real que nos convoca, lo que excede al presente trabajo, por no ser parte de lo propuesto por su autora.

Efectuada la prevención anterior, es que entramos en materia: la utilidad justifica la constitución del gravamen y al mismo tiempo es el criterio regulador de su ejercicio⁷, por lo que al no definirse adecuadamente la necesidad de la constitución de aquel, se devendrá indefectiblemente en la desnaturalización de su esencia, ya que la utilidad de un fundo se exige no solo para su constitución, sino además, para su ejercicio⁸. En este sentido, además, la exigencia de la utilidad se funda en la idea de que no deben admitirse gravámenes o limitaciones arbitrarias sobre la propiedad

⁴ GUGGIANA 2023, 3.

⁵ En lo concerniente la doctrina especializada ya ha dicho que “el juez no puede excusarse de examinar y ponderar las diferentes circunstancias que rodean cada caso y de cerciorarse de que se satisfacen todos los requisitos de la servidumbre demandada.” OSSA 2007, 467.

⁶ Al respecto ver CLAUSSEN 2016, 61; VERGARA 2018, 296-300.

⁷ BIONDI, Ob. Cit. 757

⁸ Ídem ant

inmueble⁹, este último el cual deberá asumir el sacrificio de la imposición de aquel, ello sumado al hecho de que las servidumbres prediales tienen limitado su contenido, por lo que no hay aprovechamiento pleno, sino orientado solo en una dirección determinada¹⁰.

La utilidad predial emerge, por lo tanto, como el objeto y presupuesto del derecho real, por lo que una vez determinado en lo abstracto¹¹ dicha servidumbre será válida para su posterior ejercicio, y siempre dentro de los límites respecto del cual fue constituida; es la *causa servitutis*, no siendo necesario que se ejerza de modo automático al instante de concederse aquella, mas, si resulta menester de que manifieste objetivamente las ventajas¹² que reportará por el servicio parcial que entraña del fundo sirviente¹³.

La extensión de la necesidad de la servidumbre encuentra su límite en el perjuicio, el que en todo caso debe ser el menor posible, por lo que se enarbola como un término medio entre la necesidad y el daño a causar con el ejercicio del gravamen¹⁴.

La extensión de la utilidad de la servidumbre minera, está dada por el término "facilitación" establecida en el artículo 120 del CM y delimitada por el aprovechamiento referido en el artículo 124 del mismo cuerpo legal, debiendo ejercerse a salvaguarda del contenido objetivo respecto del cual fue constituida, con estricto rigor a las necesidades del fundo dominante e irrogando el menor perjuicio para el predio sirviente, lo que resulta –a juicio de Biondi¹⁵– imprescindible por dos razones: uno) en caso de indeterminación o duda, como criterio de especificación; dos) en caso de una precisa determinación, funciona como criterio del menor medio para satisfacer las exigencias del fundo dominante.

Se releva por lo visto, una relación de instrumentalidad directa entre la servidumbre y el disfrute del inmueble de manera que incluso el propio contenido y ejercicio del derecho

es instrumental a la utilización del predio¹⁶. Es así que debe considerarse que la utilidad de la servidumbre deberá proporcionarse, no en base a elementos subjetivos, sino por el contrario, debe estar circunscrita a fundamentos objetivos y reales, siendo dicha utilidad la razón fundamental en virtud de la cual surge la servidumbre.

La utilidad de la institución de la servidumbre, en general, está aparejada con el carácter potencial del ejercicio de aquella. Es así como una servidumbre imposible no será jamás útil, frente a lo cual, en el ámbito de las servidumbres mineras al juez de la instancia le corresponde constatar que el gravamen pretendido estará destinado real y objetivamente a lo proyectado en el libelo, para lo cual –al menos– deberá tener a la vista antecedentes que den cuenta, no solo de la preexistencia del predio dominante, sino de la factibilidad técnica del proyecto minero que se aspire ejecutar.

Surge entonces la necesidad de entender que la *utilitas* que la servidumbre conceda al predio dominante, ha de ser actual o potencial, pero de ningún modo eventual. Esto último, toda vez que los daños a resarcir carecerán de certeza y efectividad, siendo eventuales, hipotéticos e indeterminables, frente a lo cual podríamos estar en posición de señalar que nos hallamos ante una excepción a la regla relativa a que los daños eventuales no resultan indemnizables.

La acreditación por el juez de la instancia de la utilidad o de una ventaja futura¹⁷ de la servidumbre es esencial por lo dicho más arriba, y se constata por el hecho de que el actual aprovechamiento aun no es posible, por depender de que el fundo dominante logre otras condiciones que no se han configurado a la hora de constituir el gravamen, lo que puede estar dado por autorizaciones anexas para dar lugar a la ejecución del proyecto.

Como la utilidad futura del ejercicio de una servidumbre no es obstáculo para su constitución, es que en el ámbito de las servidumbres mineras al demandante de servidumbre le corresponderá acreditar la necesidad de la constitución del gravamen, con los medios probatorios suficientes que permitan colegir que sus perspectivas son reales y específicas, mas, no así generales e indeterminadas, lo que se puede demostrar, por ejemplo, a través de proyectos de exploración presentados ante

⁹ LINACERO 2017, 75.

¹⁰ HEDEMAN 2020, 253.

¹¹ BRANCA 1978, 231.

¹² Al respecto GUZMÁN Ob. Cit., 690, señala que "(...) para ser procedente el establecimiento de la servidumbre es necesario que el fundo dominante vaya a recibir una utilidad con ella, sea porque adolece de una carencia objetiva que pueda ser suplida en el sirviente, sea para evitar en el futuro a adolecer de ella."

¹³ DÍAZ 2004, 76.

¹⁴ BIONDI, B. Ob. Cit. 758.

¹⁵ Ídem ant, 759.

¹⁶ Rebolledo citando a COMPORTI 2013, 58.

¹⁷ Al respecto se sugiere ver REBOLLEDO 2013, 62.

el Servicio Nacional de Geología y Minería, resoluciones dictadas por dicha autoridad, estudios de prefactibilidad técnica, entre otros, y que permitan además, conocer la entidad de las labores mineras a ejecutar, considerando que éstas últimas son la causa del daño que será objeto de reparación.

En este sentido, destaca una sentencia dictada en los autos rol C-2926-2011, de fecha 21 de julio del 2015, radicados en el cuarto juzgado de letras de Copiapó, en donde respecto de lo indicado la jueza de la instancia rechazó la constitución de servidumbre legal minera demandada, señalando que: “16º) *Que en esta materia, lo cierto es que las probanzas aportadas por la parte demandante han sido insuficientes en orden a demostrar la efectiva conveniencia y utilidad que significa para la explotación de las concesiones mineras en cuestión, el constituir las servidumbres requeridas por toda la superficie de terreno fiscal que se pide. La acreditación de los supuestos de hecho invocados al respecto, en la presente demanda, resultaba de la mayor relevancia, correspondiendo dicha carga a la parte demandante, lo que no cumplió debidamente al no haberse aportado prueba tendiente a establecer clara y precisamente el real y concreto beneficio que le reportaría el ejercicio de las servidumbres, por una parte, y a descartar la existencia de otras formas menos lesivas para los derechos del predio que se pretende gravar, por otra.*”

En otros trabajos¹⁸ de manera previa hemos propuesto otorgar una interpretación material o técnica del concepto “aprovechamiento” dado por el legislador minero, a la hora de referirse a la facultad esencial de la servidumbre legal minera, ya que dicho ejercicio no solo marca el hito temporal de la extensión transitoria del gravamen –como veremos a continuación– sino que a su vez, le otorga objetividad y materialidad a dicho contenido, lo que influye a la hora de ponderar los perjuicios que se deban con ocasión de la imposición del derecho real en estudio.

IV. Extensión indeterminada de la vida útil del proyecto minero a la hora de la constitución del gravamen

En lo tocante a la fijación temporal de la servidumbre que nos convoca, la que es esen-

cialmente transitoria¹⁹, el juez de la instancia también requiere de probanzas que le permitan colegir, –con cierto grado de certeza– cuál será la extensión en el tiempo del signado gravamen. En la práctica, si las partes no aportan elementos mínimos de información en sus respectivos escritos de demanda y contestación, mal podría el tribunal de la instancia establecer como hecho sustancial, pertinente y controvertido, un asunto que no ha sido materia de discusión entre los litigantes, por lo que frente a una insuficiencia o –derechamente– carencia de medios de convicción en cuanto a lo indicado, es que se debe estar a lo que prudencialmente estime el juez al respecto.

Es así como aparecen en primera instancia un sinnúmero de fallos en donde el juez prudencialmente fija la duración de las servidumbres otorgadas mediante sentencia judicial, v. gr. autos rol C-3195-2012, radicados en el primer juzgado de letras de Copiapó, en donde en su parte pertinente se indicó: “(...) se debe recordar que ni en la demanda ni en la contestación se hace referencia acerca la duración en años de la misma, de manera que se impone al sentenciador la labor de fijar su extensión temporal, la que se determinará prudencialmente en 30 años, que es el lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie, o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia.”²⁰

Se sustrae de lo ilustrado que el juez *a quo* se siente con la carga de constituir servidumbre minera, lo que nace a partir de la impropia interpretación vinculada al carácter absoluto²¹ de

¹⁹ El profesor Ruiz Bourgeois 1949, 29, explica que el objeto de que este gravamen sea esencialmente transitorio se explica a propósito de “mantener las servidumbres mientras esté vigente la explotación de la concesión y hacerlas cesar cuando ésta termine, aun cuando se siga amparando por el simple pago de patentes. Quiso [el legislador] evitar los frecuentes fraudes a la ley cometidos durante el imperio del Código de 1888, que consistían en que presuntos mineros ocupaban terrenos comprendidos por sus pertenencias no para explotar éstas, que amparaban con las correspondientes patentes, sino para establecer garitos y tabernas. Se defiende de este modo a la verdadera minería y a la propiedad del suelo, aún a la del Estado, si éste es el propietario de la superficie.” Al respecto, se sugiere ver RUIZ BOURGEOIS y DÍAZ MIERES 1940, 162.

²⁰ Se sugiere revisar, además, los siguientes *Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi SCM con Fisco de Chile* (2020); *Admiralty Minerals Chile PYT Ltd con Compañía Minera del Pacífico S.A.* (2020); *Pizarro con Agrícola Industrial Comercial Artificio de Pedegua S.A.* (2020).

²¹ Al respecto *Retamales con Fisco de Chile* (2019), señaló que: “De lo dicho precedentemente resulta que el derecho del concesionario a realizar labores mineras no es un derecho absoluto y que por lo tanto la sola calidad de titular de la concesión no es suficiente para ello, razón por la cual se deben satisfacer las otras condiciones que el

¹⁸ GUGGIANA 2023, 28.

aquella, relacionada al errado criterio que poseen algunos jueces al entender que existe una cierta obligatoriedad de conceder el gravamen demandado, solo con la simple constatación de los criterios mínimos básicos objeto de análisis. Al respecto, compartimos la opinión del profesor Ossa Bulnes²², al indicar que "(...) la sola circunstancia de que estas servidumbres sean legales no obliga al juez a otorgarlas, y el tribunal las constituirá o denegará soberanamente, con los antecedentes que se alleguen al juicio. Desconocer esta facultad del juez implicaría transformarlo en un mero receptor y tramitador de las pretensiones de los demandantes, cualquiera que ellas fuesen."

Ahora bien, es de cargo del demandante indicar el plazo de extensión de las servidumbres pretendidas en su acción, con lo cual se delimitará el objeto de la *litis* en el libelo de demanda, mas, —como se ha dicho— en innumerables ocasiones el actor obvia dicha tan importante información, dejando en manos de la discrecionalidad judicial la determinación de aquello.

Es así como, ni las partes litigantes, ni el juez de la causa, se ocupan de realizar un acabado análisis de lo que significa la vida útil del proyecto minero que se pretende ejecutar en el área del gravamen demandado, ni menos, que el aprovechamiento se extiende incluida la etapa de cierre de la faena e instalación minera, y hasta que se expida el certificado de cierre total que debe ser otorgado por la autoridad respectiva. Esto, sin perjuicio de que el operador minero pueda constituir las servidumbres que requiera para llevar a cabo el plan de cierre, conforme se consigna en el artículo 26 de la ley 20.551.

Por cierto, calcular la vida útil de una faena u operación minera, no es un proceso casual ni antojadizo; no constituye un ejercicio valorativo unilateral que efectúe el operador minero, ni mucho menos que el juez lo pueda establecer en base a su prudencia, sino por el contrario, ella es una actividad normada que poseerá plena validez en la medida de que sea certificada por una persona competente en recursos y reservas mineras de acuerdo a las disposiciones de la ley 20.235.

Sin perjuicio de lo anterior, y con ocasión del proceso en donde se sustancie la constitu-

ción de servidumbres mineras, surge imprescindible el hecho de determinar de manera previa la vida útil del proyecto minero, ya que mensurar en términos temporales aquel, es del todo necesario para otorgarle objetividad al carácter transitorio del gravamen a constituir.

Bien sabemos que la fijación de la vida útil de la operación minera en los términos descritos en la ley 20.551, solo será requerida cuando el operador minero, titular del predio dominante, esté precisamente tramitando el permiso sectorial denominado "plan de cierre", lo que se sustancia *ex post* de haberse obtenido las respectivas autorizaciones ambientales y otras previas que procedan, pero, en ningún caso antes de ello, esto es, en la oportunidad en que se constituya la servidumbre minera demandada²³.

No obstante lo anterior, sostenemos desde ya que abordar el criterio técnico y jurídico de la vida útil de la faena u operación minera tratada en la referida ley, influiría —a nuestro juicio— dentro del marco del procedimiento de constitución de servidumbres prediales mineras, en otorgarle objetividad al carácter transitorio del gravamen referido, como además, serviría para ajustar de manera más sustantiva los criterios de "aprovechamiento" y "necesidad", y consecuentemente, contribuiría en la determinación de las indemnizaciones que se deban al propietario del predio sirviente, con ocasión de la imposición del gravamen.

Por lo tanto, somos de parecer de que el juez de la instancia debe realizar una interpretación sistemática y extensiva del ámbito de aplicación del concepto de vida útil otorgado por la ley 20.551, sin entrar a requerir por cierto, el permiso sectorial "plan de cierre" tramitado ni aprobado, mas, teniendo a la vista los antecedentes técnicos básicos necesarios que permitan colegir que el proyecto minero pretendido se ejecutará, indicándose cuál será la extensión temporal de aquel. No le sirve al juez una demanda en donde nada se diga al respecto, como tampoco es adecuado que sea él quien determine el "lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia", pues, puede estar muy lejos de la realidad temporal del proyecto minero que pretende ejecutar el actor, perturbando con ello, la naturaleza esencialmente transitoria de este gravamen, relativizándose — en perjuicio de alguna de las partes— los daños que se deban indemnizar.

legislador pueda establecer al efecto". En este sentido, se sugiere además revisar fallo *Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi con Fisco de Chile* (2022).

²² OSSA 2007, 467. Ver considerando décimo quinto fallo de Excm. Corte Suprema rol 58-2017.

²³ GUGGIANA, Ob. Cit., 19.

En relación a lo dicho, la Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 24 de julio de 2023²⁴, ha indicado que "(...) la sentencia impugnada se limita a disentir de lo resuelto por la de primer grado en la materia, por las razones que indica, mas no entrega ningún fundamento ni argumentación para justificar el plazo de 40 años por el que opta. Tampoco se hace cargo de lo señalado por la sentencia en alzada en cuanto a que la actora no probó la necesidad de disponer del gravamen por el período mínimo de 40 años solicitado (...)" ; dicho lo anterior, es que la determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero, es primordial acreditarla durante la sustanciación del proceso judicial respectivo, siendo imperativo de que la prueba pericial aporte también, elementos valorativos suficientes y ajustados²⁵ que permitan al juez de la causa colegir de que se encuentra frente a un real y futuro proyecto minero, el que tendrá una duración relativamente determinada, y en donde se incluya la respectiva etapa de cierre.

Finalmente, al no fundarse la sentencia en el orden referido más arriba, se configuraría la causal de nulidad formal prevista en el artículo 768 número 5 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 170 numeral 4° del mismo cuerpo normativo.

V. Objetividad de los criterios mínimos estudiados y su relación con el carácter futuro del daño

De no lograr darle un cierto grado de objetividad a los criterios mínimos ya estudiados,

²⁴ *Cia. Minera Nortearido Minerals SCM con Fisco de Chile* (2023), cuya sentencia de reemplazo señala en el considerando primero: "Que, en relación al plazo por el que se ha otorgado la servidumbre, era una carga del demandante aportar antecedentes mínimos que justificaran la necesidad de un término tan extenso como el solicitado, 40 años, o al menos que se pudiera inferir del proyecto minero que el demandado se encuentra desarrollando, o pretende desarrollar, en los terrenos que han de soportar el gravamen, nada de lo cual ha ocurrido, no obstante que de acuerdo al informe evacuado por el Servicio Nacional de Geología Minera (Sernageomin) en ORD N° 4679 de 17 de julio de 2019, en el terreno en el que se pretende constituir la servidumbre de marras, existen otras propiedades mineras cuyo titular es el demandante".

²⁵ Al respecto se sugiere ver fallo *Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile* (2021), en donde se confirma con declaración la sentencia de primera instancia, rebajando el *quantum* indemnizatorio establecido por el tribunal a quo, por entender que el informe pericial realizado resultó insuficiente, pues éste consideró como valor referencial una servidumbre eléctrica, de aquellas signadas en la Ley General de Servicios Eléctricos, la que es de diversa naturaleza respecto de las servidumbres mineras, siendo además, las primeras de carácter perpetua y no temporal como las últimas, las cuales sólo fueron concedidas por veinticinco años.

es que surge la siguiente interrogante: ¿cómo se logran valorizar los perjuicios que se deban resarcir al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona, considerando que los daños cuya indemnización se cuantifican son inciertos, eventuales e indeterminados?

Tal cuestionamiento se basa en la premisa de que la indemnización de todo daño, tiene como característica consustancial de que el mismo sea certero, por lo tanto un daño eventual o hipotético no sería susceptible de indemnización.

La eventualidad del daño se califica por la sola concurrencia de un álea en su ocurrencia, esto es, el hecho de que se llegue a verificar es hipotético, un acaso que no genera la probabilidad de su ocurrencia ni menos la certidumbre de la misma. La certidumbre²⁶ del daño está ligada a que el mismo sea real y efectivo. Por lo tanto, quien demanda la reparación debe acreditar el hecho de haber sufrido daño.

Con lo dicho, vemos cómo emerge la posibilidad de que la materia que estamos tratando resulte ser una excepción a la teoría del daño, toda vez que en la cuestión planteada, aparece la ejecución del proyecto minero –en el actual estado del arte– siempre con carácter de eventual.

Por otra parte, a diferencia del daño eventual, el daño futuro podría ser objeto de indemnización, bastando a dicho respecto que exista una probabilidad cierta de ocurrencia, como lo sería aquella hipótesis en que el daño futuro constituye una prolongación del estado de las cosas. En tales circunstancias, el daño futuro sería indemnizable, pues, el mismo podría calificarse de cierto y previsible²⁷.

Desde esta perspectiva, el peligro de daño futuro, podría traducirse en un daño actual, al incidir negativamente en el valor del predio sirviente, resultando afectado un interés cierto de su propietario, el que a todas

²⁶ A este respecto, Diez 2021, 55 sostiene que para determinar si concurre la característica de certeza del daño, será necesario precisar si, de no haberse producido el hecho dañoso, la situación de quien sufrió el daño sería mejor de lo que es a consecuencia de él.

²⁷ DE CUPIS 2020, 192 sostiene que el "daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista las características de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad."

lucos puede ser avaluado pecuniariamente y, por lo tanto, susceptible de reparación²⁸.

En efecto, dicho interés, objeto del daño, integra una expectativa jurídica de atribución a una persona en el momento en que se causa el daño, sin que aquel, esto es, la lesión a dicho interés, tenga lugar ni previamente ni mientras se tramite el juicio, por lo que existirá un daño emergente futuro. Esto acontecería en circunstancias de que el juez que conoce de la causa, tenga posibilidad de inferir acerca de algo que aun no existe, por lo que resultaría suficiente que el mismo valore como relativamente cierto el acaecer de la lesión, con aquella certidumbre que permite apreciar lo que es un proyecto futuro²⁹.

Dicho lo anterior, es que otorgarle objetividad a los criterios mínimos estudiados permitirán al juez asilarse en la institución derivada de la reparación de los daños futuros, cuya precisión probatoria permitirá justipreciar más adecuadamente los perjuicios que se generen en el predio sirviente o que cualquier otro tercero deba soportar con el establecimiento del gravamen respectivo.

VI. Delimitación del *quantum* indemnizatorio

El sacrificio que debe asumir el predio sirviente derivado del soporte del gravamen a constituir, merece además que los jueces de la instancia profundicen acerca de la naturaleza jurídica de las indemnizaciones que se deban al titular de aquel con ocasión de los perjuicios que se irroguen producto del ejercicio legítimo de la servidumbre minera –constituida con una cabal acreditación de los criterios mínimos sabidos– y los contornos que debe abarcar tal indemnización. Surge entonces la circunstancia de que el derecho considere a determinado interés digno de prevalecer (el del predio dominante), mas, preocupándose –por otra parte– de establecer consecuencias destinadas a compensar al titular del interés sacrificado³⁰ (el del predio sirviente).

Al no encontrarnos en la esfera de la responsabilidad civil, sino en aquella derivada de

lo que la doctrina denomina como “indemnización por sacrificio”³¹, naturalmente conlleva la restricción del *quale* y el *quantum* indemnizatorio, comprendiendo ello la *estimato rei* mas no así el *id quod interest*. Ello, toda vez que el interés que ha sido sacrificado no es antijurídico, no siendo la indemnización a que hace referencia el artículo 122 del CM una sanción, por la mera razón –dice De Cupis³²– de que con ella el derecho pretende no garantizar tan solo la prevalencia de un interés, sino, más aun, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado, otorgándole licitud a un acto objetivamente ilícito, ya que la previsión expresa de la norma de la consecuencia “indemnizatoria” evita precisamente el reproche de la conducta desplegada y su sanción correspondiente a título de ilícito civil³³.

En el ámbito de las servidumbres legales mineras, –y a diferencia de otras instituciones en donde se debe reparar un daño lícito–, ni el CM ni su LOCCM limita la extensión de la reparación, sino por el contrario, deja abierta la interpretación en virtud del concepto “todo perjuicio” establecido en el artículo 122 del CM³⁴. Sin embargo, al propugnar que la naturaleza jurídica de las indemnizaciones en cuestión no se vincula con la responsabilidad civil, es que compartimos la opinión de parte de la doctrina³⁵ que manifiesta que el fundamento de este tipo de indemnizaciones se explica por la necesidad de restablecer el equilibrio patrimonial roto por la disposición normativa que ha permitido el hecho generador del daño, lo que se entiende cumplido pagando el valor objetivo o de cambio del derecho o interés que ha resultado sacrificado.

Conclusión

De lo visto, podemos concluir que no obstante el CM ni la LOCCM digan nada al respecto, serán siempre las partes litigantes las que –en virtud de sus alegaciones y defensa– propendan concederle objetividad al litigio, aportando elementos de discusión que permitan a la judicatura fallar de modo más ajustado a

²⁸ DIEZ citando a ZANNONI 2021, 70.

²⁹ DE CUPIS, Ob. Cit., 193, quien, al respecto añade “La liquidación judicial del daño debe pretender adecuar lo más posible la sanción del daño (resarcimiento) con la real, efectiva, entidad del daño en sí, sin reducirse a la esfera del presente, aunque fuera de ella, su certeza se difumine, se desdibuje, dentro de los márgenes de lo aproximado y de lo posible (...)”.

³⁰ DE CUPIS, Ob. Cit., 33.

³¹ DIEZ-PICAZO 1999, 57. En su obra “Derecho de daños”, sostiene que las mismas serían aquellas “compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de los derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares”.

³² DE CUPIS, Ob. Cit.

³³ CÉSPEDES 2019, 1050.

³⁴ Al respecto no se ha consensuado, señalándose incluso por algunos que en la materia rige el principio de reparación integral del daño.

³⁵ CÉSPEDES 2020, 260.

derecho, y lo que posibilite –por cierto– que se establezcan entre los hechos a probar, la necesidad del otorgamiento del gravamen y la extensión temporal de aquel.

En este contexto es necesario que el juez efectúe un ejercicio exegético tendiente a otorgar una interpretación material o técnica del concepto “aprovechamiento”, ya que constituye el hito fundamental que determina el carácter transitorio del gravamen en cuestión, siendo la facultad esencial de la referida servidumbre. Lo anterior, incluyendo también la etapa de cierre de la faena e instalación minera, en virtud del concepto de vida útil otorgado por la ley 20.551.

Dicha interpretación responde a la obligación que el propietario del predio dominante posee de ejercer la servidumbre de que es titular dentro de lo que la tradición romana ha denominado como “comportamiento *civiliter*” o *civiler uti* a partir del cual y de consideración al sacrificio que debe soportar el fundo sirviente, se deduce que la servidumbre debe ejercerse con cierto miramiento respecto de aquel³⁶, esto es, el gravamen ha de ejercerse en la forma que resulte menos gravosa, incómoda, molesta o dañosa para este último³⁷, con mesura y buena fe, evitando perjuicios innecesarios³⁸, siendo –por lo tanto– de suma relevancia determinar la extensión material y temporal del gravamen en cuestión, cuando tales extremos no aparecen regulados en la fuente primitiva del mismo o existen dudas al respecto³⁹.

Lo planteado en este trabajo, no es un asunto meramente procesal, sino por el contrario, es del todo sustantivo al pretender otorgar elementos de mayor objetividad a la hora de constituir una servidumbre legal minera, lo cual –como se vio– posee estrecha relación con los criterios de suficiencia de la indemnización⁴⁰, los que a simple vista no resaltan del propio texto normativo.

³⁶ BRANCA 1978, 230.

³⁷ LINACERO, Ob. Cit., 87.

³⁸ PEÑAILILLO 2019, 1281.

³⁹ ALESSANDRI 1993, 191.

⁴⁰ Al respecto AYLWIN y MARDONES 2017, 400, destacan fallo *Empresa Nacional DEP Petróleo con Sociedad Las Floreus Ltda.* (2008), en donde hacen referencia a la circunstancias que dicha Corte tuvo a la hora de establecer el monto de indemnización de unas servidumbres de hidrocarburos, aludiendo a los siguientes antecedentes: i) la extensión del terreno ocupado en el predio sirviente; ii) la duración de la ocupación; iii) existencia de contrato de arriendo con un tercero respecto del retazo del predio superficial; las labores a realizar con motivo de la servidumbre; y v) la existencia de un acuerdo previo de voluntades entre las

Bibliografía citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC H., Antonio (1993). *Tratado de los derechos reales, Bienes, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- AYLWIN CHIORRINI, Pedro; MARDONES OSORIO, Marcelo (2017). *Contratos especiales de operación petrolera. Título habilitante para el aprovechamiento de sustancias no concesibles*. Editorial Jurídica de Chile.
- BRANCA, Giuseppe (1978). *Instituciones de derecho privado*. Editorial Porrúa S.A.
- BRANCA, Giuseppe (1987). *Servitù prediale. Sesta edizione*. Zanichelli.
- BRIEBA VIAL, Diego (2003). *Indemnizaciones provenientes de las servidumbres mineras. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2019). Identificando las indemnizaciones por sacrificio en el sistema chileno en M. De la Torre et al, [Ed.], *Estudios de Derecho Civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (1041 - 1055). Thomson Reuters.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2020). Naturaleza y extensión de la indemnización debida por la constitución de servidumbres legales, en F. Elorriaga [Coord.], *Estudios de Derecho Civil XV, XVII Jornadas nacionales de derecho civil, Viña del Mar, 2019* (255-267). Thomson Reuters.
- CLAUSSEN CALVO, Carlos (2016). *Servidumbres prediales mineras: improcedencia de la evaluación ambiental de manera previa a su constitución. Análisis doctrinal y crítica jurisprudencial*. [Tesina para optar al grado de magister en Desarrollo Ambiental, Universidad del Desarrollo].
- DE CUPIS, Adriano (1975). *El Daño. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar*. Bosh.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2012). *Fundamentos del derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*. Thomson Reuters.
- DÍAZ FUENTES, Antonio (2004). *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*. Bosch.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2019). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- GUGGIANA VARELA, María Karina (2022) Algunas críticas al procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, en particular respecto de la servidumbre minera provisoria y los efectos procesales nocivos de una expresión de tutela jurisdiccional anticipada. *Revista de Derecho de Universidad de Los Andes* 6 (1), 22-6. <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/131/143>.
- GUGGIANA VARELA, María Karina (2023) Determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero como esencial para la fijación de los límites temporales de la servidumbre legal minera y la cuantificación de las indemnizaciones a que tendrá derecho el propietario del predio sirviente. *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte* (30), 1 -33. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/5024>.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho privado romano*. Thomson Reuters.

partes, en el que se valoraron de consuno los perjuicios a indemnizar.

- HEDEMANN W., Justus (2020). *Derechos reales*. Ediciones Olejnik.
- LINACERO DE LA FUENTE, María (2017). *Tratado de servidumbres*. Tirant Lo Blanch.
- LIRA OVALLE, Samuel (2012). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- Lira Ovalle, Samuel (2000). Ejercicio de derechos mineros en terrenos gravados con servidumbres. *Revista de Derecho Administrativo Económico* 2(2), 385-391.
- LIRA OVALLE, Samuel (2019). Relación entre el derecho de propiedad sobre el suelo y el derecho de concesión minera en *Actas de las VII, XIII, y XV jornadas de Derecho de Minería* (pp. 221-226). Thomson Reuters.
- OSSA BULNES, Juan Luis (2007). *Tratado de Derecho de Minería. Tomo I y II*. Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Thomson Reuters.
- PEÑA Y LILLO, Cristián. (2014). *De las Servidumbres Mineras*. Santiago. Editorial Metropolitana.
- PIÑERA ECHEÑIQUE, José (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Economía y Sociedad Limitada.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel (2013). *Tratado de servidumbres*. Tomos I y II. Thomson Reuters.
- ROSSO-ELORRIAGA, Gian Franco (2013). Ampliación del concepto de "predio" en materia de servidumbres y posibles efectos en *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas nacionales de Derecho Civil* (pp. 215-234). Thomson Reuters.
- ROSSO-ELORRIAGA, Gian Franco (2017). Concepto de predio en las servidumbres: su ampliación en el sistema jurídico romano latinoamericano en *Estudios latinoamericanos de derecho romano. Universidad Nacional Autónoma de México* (pp. 423-445). Instituto de investigaciones jurídicas.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Imprenta nacimiento.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949) *Instituciones de Derecho Minero Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco (1998). Las servidumbres mineras. Su alcance. *Revista de Derecho de Minas, Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama*, 9.
- SAN MARTÍN DEVOTO, Diego (1998). *Las Servidumbres*. Editorial Jurídica Conosur Limitada.
- SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco (2020) *Las Servidumbres*. Editorial Libromar.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Nacimiento.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *Instituciones del Derecho Minero*. Editorial Legal Publishing – Thompson Reuters.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). Las autorizaciones urbanísticas o medioambientales no son un requisito previo para la constitución judicial de servidumbres mineras en A. Vergara, *Derecho minero y transformaciones* (pp. 256-302). Ediciones UC.

Normativa citada

- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1552 de 1902. 28 de agosto de 1902. D.O. No. 7.840.
- Código de Minería. Ley N° 18.248 de 1983. 26 de septiembre de 1983 (Chile). D.O. No. 31.694.
- Ley N° 18.097, Orgánica de Concesiones Mineras. 07 de enero de 1982. Publicada en D.O. de fecha 21 de enero de 1982.
- Ley N° 20.235 de 2007. Regula la figura de las personas competentes y crea la comisión calificadora de competencias de recursos y reservas mineras. 17 de diciembre de 2007. Publicada en D.O. No. 38.949.
- Ley N° 20.551 de 2011. Regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. 28 de octubre de 2011. Publicada en D.O. No. 40.107.
- Ley N° 21.420 de 2022. Reduce o elimina exenciones tributarias que indica. 27 de enero de 2022. D.O. No. 43.170.

Jurisprudencia citada

- Empresa Nacional DEP Petróleo con Sociedad Las Florews Ltda.* (2008): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 24 de julio de 2008 (Rol N° 268-2007). Primera Sala. [Recurso de apelación].
- Cia. Minera Maricunga con Fisco de Chile* (2011): Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, 21 de julio de 2011 (Rol N° C-2.926-2011).
- Minera Santo Domingo con Fisco de Chile* (2019): Primer Juzgado de Letras de Copiapó. 06 de abril de 2019 (Rol N° C-3.195-2012).
- Excelentísima Corte Suprema. Rol Civil – 58-2017, 10 octubre 2017.
- Retamales con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 14 agosto 2019 (Rol N° 35.581-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi SCM con Fisco de Chile* (2020): Primer Juzgado de Letras de Iquique, 09 de julio de 2020 (Rol N° C-2026-2019).
- Pizarro con Agrícola Industrial Comercial Artificio de Pedegua S.A.* (2020): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de agosto de 2020 (Rol N° 3.033-2019). Primera Sala. [Recurso de apelación].
- Admiralty Minerals Chile PYT Ltd con Compañía Minera del Pacífico S.A.* (2020): Primer Juzgado de Letras de Vallenar, 21 de abril de 2020 (Rol C-112-2020).
- Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile* (2021): Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de marzo de 2021 (Rol N° 185-2020). Primera Sala. [Recurso de apelación]. 71841
- Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi con Fisco de Chile* (2022): Corte Suprema, 02 de junio de 2022 (Rol N° 71.841-2021). Cuarta Sala. [Recurso de casación].
- Cia. Minera Nortearido Minerals SCM con Fisco de Chile* (2023): Corte Suprema, 24 julio 2023 (Rol N° 12.415-2022). Cuarta Sala. [Recurso de casación].

Explotación involuntaria de sustancias minerales concesibles por parte del Estado o titular de un contrato especial de operación

Unintentional exploitation of concessible mineral substances by the State or the holder of a special operation contract

Rafael Vergara Gutiérrez¹
Maximiliano Urrutia Guzmán²

El presente trabajo responde si existe algún deber del Estado, sus empresas o el titular de una concesión administrativa o contrato especial de operación para con concesionarios mineros cuando, en la exploración o explotación de sustancias minerales no concesibles, se encuentran sustancias minerales concesibles.

Palabras clave: concesiones mineras, sustancias minerales concesibles, sustancias minerales no concesibles, litio, contrato especial de operación.

Introducción

El litio es una sustancia mineral inconcesible cuya exploración o explotación, conforme a la Constitución Política de la República de Chile ("CPR"), se puede hacer directamente por el Estado o sus empresas, o a través de concesiones administrativas o contratos especiales de operación de litio ("CEOL").

En Chile, el litio se extrae de salmueras –sales disueltas en agua– existentes en salares, ya sea a través del bombeo de dichas salmueras o mediante explotación a rajo abierto. A su vez, en los salares en que el Estado o los particulares, actuando en la forma indicada anteriormente, pueden explorar y explotar litio, existen concesiones mineras otorgadas a terceros. Por lo tanto, es probable, e incluso inevita-

This article answers whether there is any duty of the State, its companies or the holder of an administrative concession or special operating contract with mining concessionaires when, in the exploration or exploitation of non-concessionable mineral substances, concessionable mineral substances are found.

Keywords: mining concessions, concessible mineral substances, non-concessible mineral substances, lithium, special operation contracts.

ble, que se produzca la situación en que, junto con el litio, en el ejercicio de los derechos que le asisten al Estado y sus empresas o que confieran los CEOL a su titular, estos extraigan sustancias minerales concesibles, que constituyen el objeto del derecho de exploración y explotación que confieren a sus titulares las concesiones mineras existentes en la misma área.

En ese escenario surgen dos grupos de preguntas. Un primer grupo se refiere a si existe alguna obligación legal para el Estado, sus empresas o para el titular de un CEOL que, con ocasión de la exploración o la explotación de litio, extrae sustancias concesibles, de entregar estas últimas al concesionario minero que tiene derecho a extraerlas ¿Cuáles son los alcances de esa obligación? ¿Existen otras obligaciones? ¿Cuáles son los deberes que el Estado, sus empresas o el titular del CEOL debieran cumplir en relación a esta situación? El segundo grupo de preguntas se refiere a que, con ocasión del ejercicio de estos derechos por el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, se produzcan conflictos entre cualquiera de ellos y el concesionario minero, quien se puede considerar afectado o privado del derecho a explorar o explotar y hacerse dueño de las sustancias minerales concesibles existentes dentro de los límites de su concesión minera: ¿cómo se solucionan esos conflictos?

¹ Abogado de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Profesor de Derecho Minero en las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de los Andes. Dirección postal: Isidora Goyenechea N° 2800, piso 43, Santiago, Chile. Correo electrónico: rvergara@carey.cl.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Master of Energy and Resources Law, The University of Melbourne, Melbourne, Australia. Dirección postal: Isidora Goyenechea N° 2800, piso 43, Santiago, Chile. Correo electrónico: murrutia@carey.cl.

Artículo recibido el 8 de abril de 2024 y aceptado el 20 de junio de 2024.

La ley no se refiere expresamente a la situación planteada, hay una laguna o vacío, que existe “cuando la ley no contiene una norma que pueda aplicarse al caso concreto que la realidad presenta”³.

En efecto, la legislación minera regula esencialmente los derechos y deberes de los concesionarios mineros, y ciertos deberes específicos de parte de los concesionarios mineros para con el Estado cuando aquellos, con ocasión del ejercicio de sus labores, se encuentran con sustancias minerales no concesibles que pertenecen a este. Pero no está prevista en nuestra legislación la hipótesis inversa, es decir, los deberes que podría tener el Estado, sus empresas o el titular del CEOL para con los concesionarios mineros cuando, en el ejercicio de sus facultades legales de explorar y explotar sustancias minerales no concesibles, como por ejemplo el litio, se encuentra con sustancias minerales concesibles que dichos concesionarios mineros tienen derecho a explorar, explotar y hacerse dueños.

Los CEOL, por su parte, no tienen regulación legal. Tampoco existe jurisprudencia que se refiera directa y específicamente a esta situación de hecho, pues a esta fecha el único CEOL existente es el otorgado a la sociedad Salar de Maricunga SpA, filial de la Corporación Nacional del Cobre (“Codelco”), y las acciones legales de las que fue objeto dicho contrato se referían más bien a conflictos eventuales o aparentes, en las que además ningún tribunal se pronunció sobre el fondo de las alegaciones, con excepción del Tribunal Constitucional. Con todo, los argumentos vertidos en esas acciones son revisados más adelante a modo ilustrativo.

Laguna legal no supone laguna en el derecho⁴. Nuestro ordenamiento jurídico admite que tales lagunas legales pueden ocurrir⁵ pero que ello no puede ser impedimento para resolver un asunto determinado, pues todo ordenamiento jurídico prevé medios para “extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no-regulado”⁶. Y la forma en que se soluciona una ausencia o deficiencia normativa es la integración, es decir, recurrir a otras fuentes jurídicas⁷.

En ese sentido, sostenemos en este trabajo que el vacío legal que hemos identificado

puede -y debe- ser solucionado mediante un ejercicio de integración del derecho, consistente en la aplicación por analogía de ciertas normas del Código de Minería y principios generales de la legislación, con un doble propósito: evitar que el vacío legal devenga en la inoperatividad de las disposiciones constitucionales y legales que permiten la exploración y explotación de sustancias minerales no concesibles mediante los mecanismos establecidos expresamente en la ley, e identificar estándares de conducta que el Estado, sus empresas o el titular del CEOL debieran seguir en el legítimo ejercicio de sus derechos.

Para estos efectos, primero revisaremos el marco regulatorio general sobre exploración y explotación de sustancias minerales (concesibles y no concesibles) contenido en la CPR, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (“LOCCM”) y el Código de Minería (“CM”). En segundo lugar, analizaremos normas que podrían responder, al menos en ciertos aspectos, las preguntas planteadas conforme al ejercicio de integración referido anteriormente y que se refieren a la obligación que tienen los concesionarios mineros de entregar al Estado las sustancias no concesibles que encuentren dentro de los límites de sus pertenencias, así como también a la obligación de los concesionarios mineros de entregarse recíprocamente las sustancias a que cada uno de ellos tienen derecho. En tercer lugar, revisaremos someramente las alegaciones y defensas contenidas en los recursos judiciales interpuestos por concesionarios mineros contra el CEOL de Salar de Maricunga SpA, filial de Codelco. Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones.

I. Estatuto jurídico de las sustancias minerales

1. Estado dueño de minas⁸

Conforme a la CPR⁹, el Estado de Chile “tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias

³ MUJICA 2010, 901.

⁴ BOBBIO 2023, 210.

⁵ Código Civil. Artículo 5°.

⁶ BOBBIO 2023, 221.

⁷ SQUELLA 2011, 673.

⁸ Como precisa Samuel Lira, el vocablo *mina* se usa para designar los yacimientos minerales (sitios donde se encuentra naturalmente un mineral) pero también tiene otros significados, como el conjunto de trabajos e instalaciones que acceden a la explotación de un yacimiento. Nuestra legislación minera utiliza ambos conceptos indistintamente. LIRA 2013, 9.

⁹ CPR. Artículo 24 inciso 6°.

fósiles". Enfatizamos los salares, por cuanto ellos son la especie de mina que contiene, en nuestro país, el litio objeto de los CEOL y en donde también se encontrarán una serie de minerales concesibles, que pueden ser objeto de concesiones mineras. Las minas son¹⁰, entonces, a partir del listado de la norma constitucional, depósitos naturales de sustancias del reino mineral. Son depósitos en el sentido de encontrarse en forma abundante o con cierto grado de concentración. Se presentan en forma natural, ya que no ha habido intervención del hombre para la creación de esa mina. Son sustancias del reino mineral, como opuesto al vegetal o a cualquier otro. Por otro lado, desde el punto de vista de la clase de bien que se trata, las minas, conforme al artículo 568 del Código Civil, son inmuebles por naturaleza.

Este dominio del Estado, que en una lectura *prima facie* del inciso 6° del art° 19 N° 24 de la CPR, aparece como una especie dominio patrimonial (absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible), no es tal.

Quizás ese dominio patrimonial podría aplicarse a las minas y minerales inconcesibles, pero en lo que respecta a las sustancias concesibles los particulares pueden explorar y explotarla y hacerse dueños de las que extraigan a través de concesiones mineras otorgadas por resolución judicial, en un procedimiento reglado y no discrecional, que son expresamente reconocidas en la CPR y a cuyo respecto se otorga dominio garantizado por la propia CPR. Con todo, la CPR establece la obligación del dueño de una concesión minera a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

Por todo lo anterior, se ha dicho que el dominio que tiene el Estado de Chile sobre las minas es de carácter público especial¹¹.

2. Clasificación de sustancias minerales

Sin perjuicio del dominio del Estado sobre todas las minas, la legislación minera distingue tres tipos de sustancias minerales para efectos de su aprovechamiento, sea por el Estado o por particulares:

a) Sustancias minerales concesibles: La legislación chilena consagra un régimen de "libre denunciabilidad"¹², es decir,

las sustancias minerales susceptibles de concesión minera son la regla general, conforme a lo dispuesto por el artículo 3° inciso 2° LOCCM y artículo 5° CM.

b) Sustancias minerales no concesibles: Como contrapartida a las sustancias concesibles, las no concesibles son la excepción y se encuentran taxativamente señaladas en la ley (artículo 19 N° 24 inciso 10° CPR, artículo 3° inciso 4° LOCCM y artículo 7° CM). La doctrina distingue entre las sustancias y yacimientos que ya son inconcesibles y aquellos que pueden llegar a serlo¹³, perteneciendo a los primeros el litio¹⁴, los hidrocarburos líquidos y gaseosos, los yacimientos existentes en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, y a los segundos los yacimientos situados en zonas que la ley determine como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros.

Estas sustancias pueden ser exploradas y explotadas directamente por el Estado o por sus empresas, o bien por particulares mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación, con los requisitos y condiciones que fije el Presidente de la República, para cada caso, por decreto supremo.

c) Sustancias minerales que no se consideran tales: Atendido el sistema de libre denunciabilidad referido antes, estas sustancias mineras también se considera que son excepcionales y, en consecuencia, que su enumeración es taxativa¹⁵. Son aquellas señaladas en el artículo 3° LOCCM y 13 CM, y corresponden a las arcillas superficiales; rocas, arenas y demás materiales aplicables directamente a la construcción; y las salinas artificiales. Todas ellas pertenecen al dueño del predio

¹³ Ibid, 77.

¹⁴ El litio fue declarado como reservado al Estado, por exigirlo el interés nacional, mediante Decreto Ley N° 2886 del Ministerio de Minería, publicado el 14 de noviembre de 1979 ("DL N° 2886"). El mismo decreto, no obstante, exceptuó de la reserva el litio existente en (i) pertenencias constituidas, sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería de 1932, que, a la fecha de publicación del DL 2886 tuvieran su acta de mensura inscrita, estuvieran vigentes, y cuya manifestación, a su vez, haya quedado inscrita antes del 1° de enero de 1979; y (ii) pertenencias que, a la fecha de publicación del Decreto Ley N° 2886, estuvieran en trámite y que se constituyeran sobre litio o cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería de 1932, cuyas manifestaciones hayan quedado inscritas antes del 1° de enero de 1979.

¹⁵ OSSA 2021, 85.

¹⁰ Aunque las minas no tienen una definición legal, la doctrina se ha encargado de conceptualizarlas del modo que aquí se expresa.

¹¹ LIRA 2013, 43. También OSSA 2021, 69-74

¹² OSSA 2021, 80.

superficial (y al propietario riberano en el caso de las salinas artificiales), y su aprovechamiento se rige por el derecho común.

3. Derechos del concesionario minero

En esta sección no serán expuestos todos los derechos del concesionario minero, sino sólo aquellos que nos parecen atingentes para responder las preguntas planteadas supra.

a) *Derecho de propiedad*

El artículo 19 N° 24 inciso 9° de la CPR, en relación con el inciso 3° del mismo artículo y número, establece que el dominio del concesionario minero se encuentra protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad y no puede ser privado de ella, ni del bien sobre el que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificadas por el legislador. El concesionario minero a quien se le expropie su concesión minera deberá ser siempre indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado.

Para estos efectos, el artículo 11 N° 3 de la LOCCM establece que el daño patrimonial efectivamente causado consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. Asimismo, establece que el monto de la indemnización podrá ser fijado por acuerdo o, a falta de éste, por el juez, previo dictamen de peritos. En este último caso, para determinar el valor comercial de la concesión minera, los peritos deberán calcular el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión, conforme a las reservas de sustancias concesibles que el expropiado demuestre. Esta forma de cálculo es una de las normas que contempla la legislación minera para determinar el monto a indemnizar a un concesionario minero que se vea privado de las facultades esenciales del dominio de su concesión, pero entrega la carga de la prueba al afectado.

El artículo 6° de la LOCCM reitera que el titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía recién referida de la CPR. Además, establece que la privación de las facultades de explorar, extraer (explotar) y apropiarse de las sustancias extraídas objeto de la concesión constituye una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

Una primera lectura de estas normas podría servir de base para que los titulares de pertenencias mineras coexistentes con el CEOL que se sientan afectados en sus derechos para extraer y hacerse dueños de sustancias minerales concesibles, por las labores de explotación efectuadas por el titular del CEOL, puedan reclamar en contra de éste. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la garantía contenida en los artículos 19 N° 24 de la CPR y 6° de la LOCCM protege los derechos del concesionario minero, pero solo en cuanto a la facultad o derecho exclusivo a extraer las sustancias minerales que se hallen dentro de los límites de su concesión, y no en cuanto a los minerales mismos mientras no han sido extraídos. Así se concluyó en un fallo de la Excma. Corte Suprema¹⁶:

Quinto: Que, en primer lugar, ha de precisarse que en la Constitución Política de la República y demás leyes pertinentes que nos rigen, se consagra, por un lado, el dominio exclusivo del Estado sobre todas las minas –esto es, acumulación natural de sustancias inorgánicas que pueden extraerse de la tierra para su aprovechamiento– y, por otro, el sistema de la libre concesibilidad. Es decir, el Estado es el dueño de todos los yacimientos mineros y deja a los particulares como simples concesionarios, pero, a la vez, asegura y consolida, a través de la protección constitucional, el derecho real que emana de una concesión válidamente otorgada, la que puede tener por objeto toda sustancia fósil susceptible de ser denunciada, constituyendo la libre denunciabilidad la regla general; las excepciones, esto es, sustancias no concesibles, se contemplan en los artículos 19 N° 24 inciso décimo de la Carta Fundamental, 3° inciso 4° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 7° del Código de Minería.

(...)

Octavo: Que en conformidad a lo que se ha razonado, se hace indispensable, entonces, definir los derechos que otorga al minero su concesión, en la especie, pertenencia, por cuanto, determinados éstos, podrá establecerse el objeto de la protección constitucional. Al respecto, de acuerdo a los artículos 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 2° del Código de Minería, resulta que la pertenencia es un derecho

¹⁶ Compañía Minera Tocopilla S.A. con Gasoducto (2000).

real inmueble, y conforme a la disposición contenida en el artículo 91 del mismo Código, es la sentencia judicial inscrita la que crea ese derecho real que, separado e independiente del dominio del suelo, permite ejercer a su titular los derechos pertinentes. Ahora, tales derechos se encuentran consagrados en los artículos 8° inciso final, 9° y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 94, 110 y 116 del Código de Minería. Tales son, en términos generales: derecho exclusivo a explorar y explotar, con las limitaciones pertinentes; derecho a imponer servidumbres sobre los predios superficiales y sobre otras concesiones mineras; derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la pertenencia, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración o explotación y de beneficio que puedan realizarse; derecho a ser indemnizado en caso de expropiación; derecho a visitar labores mineras que puedan afectar los derechos del concesionario y derecho a defender su concesión.

(...)

Décimo: Que siguiendo la línea de análisis consignada precedentemente, ha de establecerse, por otro lado, que el minero tiene también un derecho de dominio sobre las facultades que emanan de la concesión minera, pero en cuanto facultades, esto es potestad o poder, las que también son susceptibles del amparo constitucional, en la medida que, en el caso, se hubiera acreditado el ejercicio efectivo de las mismas, es decir, de la realización de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera y que tales facultades pudieran ser conculcadas por la construcción del ducto que se ha denunciado, cuyo no es el caso, por cuanto tal presupuesto no aparece recogido en el fallo impugnado.

De esta jurisprudencia se pueden deducir varios principios: i) la sola extracción de minerales concesibles por un concesionario minero (o, por extensión, de minerales no concesibles por el Estado o el titular de un CEOL o de una concesión administrativa) no implica una afectación de la garantía constitucional de otro concesionario minero; ii) para que opere la protección constitucional el concesionario minero deberá acreditar que su derecho de

explotar se ha visto afectado directamente por la extracción que está efectuando un tercero (el Estado, sus empresas o el titular de CEOL, en el caso que nos ocupa). O sea, tendrá que acreditar el vínculo causal entre la extracción que hace el tercero y la afectación de su derecho; iii) el concesionario minero tendrá también que acreditar que la extracción que está haciendo el tercero no es legítima, ya que afecta su derecho; iv) deberá asimismo probar que el perjuicio es actual y efectivo¹⁷; y v) tendrá que acreditar además que está haciendo ejercicio efectivo de los derechos que otorga su concesión minera, o sea estar explorando o explotando los minerales dentro de los límites de la concesión minera.

Como puede observarse, hay un problema de prueba significativo para quien quiera invocar una vulneración o afectación a la garantía constitucional. Desde esa perspectiva, es difícil creer que un recurso de protección, o uno de amparo económico, sean medios idóneos para defender esos derechos, sino que más bien una acción de lato conocimiento (como una denuncia de obra nueva, o una acción ordinaria de indemnización de perjuicios) parece ser el mecanismo más apropiado. Con todo, no es descartable que pueda producirse esa prueba y cumplirse con los demás requisitos que hemos mencionado antes.

b) Acciones legales

El artículo 9° de la LOCCM establece el derecho del concesionario a defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares, tales como ejercer acciones reivindicatorias, posesorias¹⁸, e indemnizatorias, e impetrar las medidas conservativas, especialmente el

¹⁷ En este sentido una norma aplicable para determinar los eventuales perjuicios que se le puedan ocasionar a un concesionario minero se encuentra en el artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097 de 1982: "El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo: 3. a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión."

¹⁸ Estas corresponden a aquellas que conforme al artículo 916 del Código Civil "tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos".

derecho de visita de las labores mineras que pudieren afectarlo.

De todas las acciones mencionadas, quizás el concesionario minero se vea tentado a interponer acciones posesorias en contra del Estado, la empresa del Estado o del titular del CEOL que esté explorando o explotado litio (en particular, la denominada “denuncia de obra nueva”), pero dificultamos que cumpla con los requisitos legales que debiera cumplir para siquiera admitirse a tramitación, partiendo por ser poseedor del derecho a explorar o explotar el litio, pues, como se expuso antes, el litio es una sustancia mineral inconcesible y reservada al Estado desde el año 1979, salvo ciertas excepciones. A mayor abundamiento, una reciente modificación al artículo 94 del Código de Minería incorporó requisitos adicionales de procedencia para las acciones posesorias por parte de concesionarios mineros contra el dueño, poseedor o mero tenedor del predio superficial que comprende total o parcialmente su concesión.

Por otro lado, el artículo 108 del CM establece que el titular de una pertenencia solo puede oponerse a las labores mineras que dentro de los límites de su respectiva concesión pretenda ejecutar el titular de otra concesión cuya manifestación sea posterior a la suya.

Esta acción del artículo 108, que la denominamos “para repeler al intruso”, solo se puede interponer por un concesionario respecto de otro, cual no es el caso que estamos discutiendo y por consiguiente no es posible hacer uso de ella.

c) *Derecho a explotar y hacerse dueño de sustancias concesibles*

El artículo 11 números 1 y 2 de la LOCCM confiere al concesionario de explotación los derechos de explotar libremente los minerales concesibles (lo que incluye el litio en ciertos casos¹⁹) y hacerse dueño de los que extraiga. En este mismo sentido, el artículo 116 del CM establece el derecho del concesionario para explotar libremente su pertenencia, haciéndose dueño de todas las sustancias minerales concesibles que extraiga dentro de los límites de su concesión, señalando que se entenderán extraídas las sustancias desde su separación del depósito natural del cual forman parte.

Lo anterior deja establecido que antes de la extracción de los minerales concesibles

el concesionario minero no es dueño de tales minerales, es decir, no tiene el dominio de los minerales *in situ*²⁰.

Conforme a la opinión de la doctrina mayoritaria, el Estado tendría respecto de las sustancias minerales concesibles un dominio que no es de carácter patrimonial, sino especial o *sui generis*, por lo tanto, no podría afectar ni disponer, como dueño en el sentido patrimonial civil, de las sustancias minerales contenidas dentro de los límites de una concesión minera válidamente constituida.

A su turno, el artículo 107 del CM dispone que desde que queda constituida la pertenencia, su titular se encuentra autorizado para realizar los trabajos que estime necesarios para la explotación de la mina.

d) *Aguas del minero*

Por su parte, el artículo 110 del CM, establece que las aguas halladas fortuitamente (esto es, no buscadas) y con ocasión de las labores mineras de una concesión²¹ son del dominio del titular de la concesión por el sólo ministerio de la ley, en la medida que dichas aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, derecho que es inseparable de la concesión minera y se extingue junto con ella.

Este derecho de aprovechamiento legal no significa que su titular sea dueño del agua sino en cuanto la halle fortuitamente y la utilice para la exploración, explotación y/o beneficio de los minerales de la concesión de la cual proviene.

4. Coexistencia de sustancias minerales

La distinción entre tipos de sustancias referida más arriba es, como es obvio, puramente legal, pues en su estado natural un yacimiento contiene todo tipo de sustancias minerales, mezcladas entre sí.

²⁰ Confirma esta tesis la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de minerales *in situ*. Por remisión del artículo 167 del Código de Minería, este contrato se encuentra regulado por el derecho común. Los artículos 1701 (contrato de compraventa) y 1813 del Código Civil (venta de cosas que no existen, pero se espera que existan) serían aplicables a esta compraventa y, en síntesis, su naturaleza jurídica sería la de un contrato mediante el cual los minerales ingresan al patrimonio del vendedor y se produce la tradición de estos en el momento mismo en que el comprador los extrae, es decir, antes de la extracción el vendedor no es dueño de los minerales vendidos.

²¹ PÉREZ y ABOGABIR 2017.

¹⁹ Ver nota número 2.

La legislación minera reconoce expresamente lo anterior y regula las consecuencias de esa coexistencia en los artículos 15 y 16 LOCCM y, de manera más particular, en el artículo 9° CM.

En efecto, el artículo 16 LOCCM dispone que la existencia de sustancias no concesibles en un yacimiento no impide que se constituya una concesión minera sobre el mismo, respecto de las sustancias concesibles. La misma norma precisa, en el inciso segundo, que la concesión minera no habilita a su titular para apropiarse de las sustancias no concesibles con presencia significativa²², de las cuales el Estado puede tomar posesión conforme a lo que dispone el CM.

Conforme a ese mandato, el artículo 9° reitera que puede constituirse una concesión minera sobre un yacimiento, aunque éste contenga también sustancias no concesibles, y establece el deber del concesionario minero de comunicar al Estado la existencia de sustancias no concesibles, para que a su vez el Estado pueda ejercer su facultad de exigir la entrega de las sustancias no concesibles que tengan presencia significativa, previo reembolso y pago de ciertos gastos y pago de indemnizaciones.

Por su parte, el artículo 3° transitorio del CM regula los deberes de entrega y reembolso recíprocos que tienen los titulares de concesiones mineras o concesiones administrativas que coexistan en un mismo terreno, a consecuencia de la denominada "superposición legítima" que se producía por lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, o bien por las demás normas transitorias del propio CM.

Sobre todas estas normas del CM volveremos más en detalle en el capítulo siguiente.

II. Respuesta a las preguntas planteadas

La legislación minera no se refiere a los deberes que podría tener el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL para con los concesionarios mineros cuando, en el ejercicio de

sus facultades legales de explorar y explotar sustancias minerales no concesibles –litio, por ejemplo– se encuentra con sustancias minerales concesibles que dichos concesionarios mineros tienen derecho a explorar, explotar y hacerse dueños.

Esta falta de regulación positiva para el caso particular que nos ocupa no puede devenir en la inoperatividad de las normas constitucionales y legales que habilitan el aprovechamiento de sustancias minerales no concesibles. Se trata de una deficiencia normativa que es relevante para el derecho²³, cuya solución jurídica es indispensable²⁴. Por ello, estimamos que dicha laguna puede suplirse por aplicación de principios generales de la legislación y por aplicación analógica de las normas del CM referidas en el capítulo anterior.

1. Lagunas legales, integración del derecho y analogía jurídica.

El concepto de laguna o vacío legal ha sido ampliamente desarrollado en doctrina. La posición mayoritaria entiende que hay una laguna o vacío en la ley cuando falta una norma positiva para una situación determinada²⁵, pero también se ha asimilado a la ausencia de norma expresa la existencia de dos normas en insalvable contradicción²⁶ y la ausencia de una norma "justa" o deseable (denominadas "*lagunas ideológicas*"²⁷). Ciertos autores se han referido a un criterio valorativo, que reconoce que la norma existente es textualmente clara, pero omite considerar escenarios que "debería" haber considerado²⁸.

Para efectos de este trabajo consideraremos la laguna o vacío legal en su sentido más neutro, es decir, como la ausencia de una norma positiva para un caso determinado y, más concretamente, porque el legislador no previó su ocurrencia²⁹.

Esta laguna, indica Mujica, se soluciona propiamente mediante un mecanismo de "*integración del derecho*", en oposición a la interpretación, pues esta última "*tiene por objeto determinar la verdadera voluntad legislativa, necesita que exista dicha voluntad y*

²² El artículo 15 de la Ley N° 18.097 de 1982 señala que una sustancia tiene presencia significativa cuando es susceptible de ser reducida desde un punto de vista técnico y económico. El artículo 12 Código de Minería, por su parte, complementa lo anterior señalando que una sustancia tiene presencia significativa cuando es susceptible de ser reducida o separada desde un punto de vista técnico y económico, cuando el mayor costo total que impliquen su recuperación mediante procedimientos técnicos de probada aplicación, su comercialización y su entrega, es inferior al valor comercial.

²³ SQUELLA 2011, 674.

²⁴ FIGUEROA 2010, 149.

²⁵ FIGUEROA 2010; RIVERA 2019.

²⁶ MUJICA 2010, 902.

²⁷ BOBBIO 2023, 217.

²⁸ SHECAIRA y STRUCHINER 2023, 102.

²⁹ FIGUEROA 2010, 147.

que haya, por lo tanto, ley que deba interpretarse”³⁰.

La integración del derecho, en consecuencia, consiste en “una actividad a la que el intérprete de la ley, en especial los jueces, se ven compelidos por falta de ley, es decir, cuando teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho ha callado acerca de él, y por tanto, no provee solución jurídica para el mismo”³¹. Este proceso integrador, a su vez, admite dos métodos, que Bobbio, siguiendo las denominaciones de Carnelutti, identifica como heterointegración y autointegración³².

El primero de ellos, consiste en recurrir a ordenamientos diversos o fuentes distintas de la dominante –la ley, comúnmente–, mientras que la autointegración consiste en buscar soluciones dentro de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o apenas haciéndolo, lo que a su vez supone valerse de la analogía y los principios generales del derecho³³.

Así, la analogía jurídica, como método de integración del derecho, consiste en aplicar a una situación no prevista por la ley la solución prevista para otro similar “por entender que existe una razón de justicia para ello, o, cuando menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso previsto”³⁴. Como indica Coviello, citado en Figueroa³⁵, la analogía no tiene como fundamento la presunción de voluntad del legislador, sino que “es más bien el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes”.

De lo anterior se concluye que la analogía jurídica opera sobre la base de los siguientes presupuestos: i) un caso jurídicamente relevante de la vida social que no se encuentra previsto ni regulado por la ley; ii) un caso similar, si bien no idéntico al anterior, que sí se encuentra previsto y regulado por la ley; iii) existencia de una semejanza relevante entre ambos casos, y iv) posibilidad de ofrecer una razón de justicia, o cualquier otro motivo plausible, que haga aconsejable trasladar al caso no previsto ni regulado la solución contemplada para el caso previsto y regulado.

³⁰ MUJICA 2010, 902.

³¹ SQUELLA 2011, 664.

³² BOBBIO 2023, 222.

³³ Ibid.

³⁴ SQUELLA 2011, 676

³⁵ FIGUEROA 2010, 148-149.

En cuanto al tercer supuesto, la existencia de una semejanza relevante entre el caso previsto y el no previsto, Coviello, citado en Figueroa³⁶ indica que el elemento de identidad debe ser

aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada. Sólo cuando se encuentre este elemento de hecho que ha sido la causa de la disposición legislativa, se puede con seguridad argumentar por analogía, conforme al principio ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio.

Por último, notamos que la doctrina atribuye el ejercicio de integración del derecho principalmente a la labor jurisdiccional de un tribunal llamado a resolver un determinado conflicto sin que exista disposición legal que lo regule³⁷, en consideración al denominado “principio de inexcusabilidad” contenido en el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, y el artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil relativo al contenido de las sentencias judiciales, en cuanto exige la enunciación de las leyes y, en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

A su vez, la integración que hace el tribunal se materializa por aplicación de los principios generales de la legislación a que se refiere el artículo 24 del Código Civil –prohibición del enriquecimiento sin causa, protección de la buena fe y sanción de la mala fe, irretroactividad de la ley, por señalar algunos³⁸– y por aplicación por analogía de situaciones jurídicas similares. Ambos, principios generales o analogía, “serán el fundamento de la razón de equidad que, a su vez, será el fundamento del fallo”³⁹.

No obstante, sostenemos que los principios generales de la legislación y las normas del CM a que nos referimos a continuación constituyen propiamente estándares de conducta que son aplicables al legítimo ejercicio de los derechos constitucionales y legales que tiene el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL respecto al aprovechamiento de sustancias minerales no concesibles, pues en caso contrario tales derechos devendrían en inope-

³⁶ Ibid.

³⁷ Ducci 1977, 57.

³⁸ Ducci 1979, 154-155.

³⁹ Ducci 1979, 60.

rantes. Naturalmente, en caso de producirse un conflicto judicial, el tribunal competente deberá declarar que se han incumplido tales deberes de conducta, aun tratándose de una situación expresamente no prevista por la ley. Ello, por cuanto los principios generales de la legislación –en particular aquel que prohíbe el enriquecimiento ilícito, que informa las normas del CM aplicables al caso que nos ocupa– son una “*real fuente directa de derechos y obligaciones, plenamente exigibles por los miembros de una relación intersubjetiva*”⁴⁰; mientras que la aplicación por analogía “*constituye un medio natural de integración del Derecho y una necesidad ineludible frente a los vacíos o lagunas, por lo cual va implícita en todo ordenamiento Jurídico*”⁴¹, y sólo tiene como límite el sentido y espíritu de las normas a que se aplica, debiendo “*detenerse, por tanto, allí donde, en caso de continuar, se daría lugar a la creación de una norma substancialmente nueva y distinta*”⁴².

2. Contratos especiales de operación y concesiones mineras

Como se adelantó, los conflictos de hecho que pueden surgir entre el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, y los concesionarios mineros que coexistan en el área respectiva no se encuentran previstos y, por lo tanto, resueltos expresamente por la legislación minera. Por ausencia de casos prácticos, la doctrina y la jurisprudencia tampoco han llegado a pronunciarse respecto a este tema en particular. Sin embargo, a propósito de la relación (y potencial conflicto) entre concesionarios mineros y contratos especiales de operación de hidrocarburos, se ha dicho que no hay impedimento jurídico para que ellos coexistan en una misma área, pues tienen diversos objetos, lo cual sin embargo no supone que no exista una incompatibilidad fáctica entre los distintos proyectos⁴³. La solución en esos casos ha sido incluir en los contratos respectivos que éstos se otorgan “*sin perjuicio de los derechos de terceros*”⁴⁴.

Este razonamiento sobre ausencia de conflicto jurídico en contraposición a la incompatibilidad fáctica es perfectamente aplicable al conflicto que nos ocupa. El CEOL tiene por objeto explorar y extraer litio, mientras que una concesión minera, en general, tiene por objeto sólo las sustancias concesibles.

En cambio, la inclusión de una cláusula de resguardo de los derechos de terceros en un CEOL, como tienen los contratos de operación petrolera, es una solución aparente que no resuelve el problema de fondo, en ninguno de los dos casos (hidrocarburos y litio), principalmente porque un contrato por esencia no puede afectar los derechos de terceros que no son parte de este, sea que se incluya o no una declaración en tal sentido.

3. Normas y principios aplicables por analogía

Según se adelantó en el capítulo anterior, en lo que interesa a este trabajo, la legislación minera regula expresamente las siguientes situaciones: (i) la obligación de concesionarios mineros de comunicar al Estado la existencia de sustancias no concesibles; (ii) la obligación de concesionarios mineros de entregar sustancias no concesibles con presencia significativa al Estado; y (iii) la obligación de entrega recíproca de sustancias minerales concesibles que extraigan concesionarios mineros legítimamente superpuestos.

Todas esas normas nos parecen aplicables por analogía, conforme al artículo 22 del Código Civil, al aprovechamiento de sustancias no concesibles por el Estado o sus empresas, o el titular de un CEOL, ya que todas tienen la misma lógica detrás (*ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*): el concesionario (o explotador) de sustancias minerales a las que no tiene derecho a apropiarse, debe notificar la existencia de ellas y entregarlas a quien sí tiene derecho a las mismas, a cambio del reembolso de los gastos y el pago de las indemnizaciones que procedan.

Todas estas regulaciones, a su vez, están informadas por la extensión a la legislación minera del principio general del Derecho Civil chileno que prohíbe el enriquecimiento sin causa, y que se traduce en “*dotar a la víctima de una acción para obtener la reparación contra el injustamente enriquecido y reputar el enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones. Esta acción se denomina de in rem verso*”⁴⁵.

En cuanto a los efectos de esta acción, consisten en obtener el reembolso de aquello en lo que el demandado se ha enriquecido, pero limitado al valor de lo que el demandante se ha empobrecido⁴⁶, y que en el caso de los

⁴⁰ BOETSCH 2015, 16.

⁴¹ MUJICA 2010, 906.

⁴² DEL VECCHIO 2023, 47.

⁴³ VERGARA 2010, 663 y 664.

⁴⁴ VERGARA 2010, 663 y 664.

⁴⁵ MEZA 2006, 320-321.

⁴⁶ MEZA 2006, 323.

concesionarios mineros se traduciría en demandar el pago del valor de mercado de las sustancias concesibles extraídas por el Estado, reembolsando a este último los costos de extracción y procesamiento en que hubiere incurrido.

En un caso más extremo, casi improbable, en que el concesionario minero llegara a acreditar que en la práctica ha sufrido una expropiación de su concesión minera, el monto de la indemnización sería el valor comercial de la concesión, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 11 N° 3 de la LOCCM, disposición que, como se expuso más arriba, establece que la carga de la prueba recae en el concesionario minero.

a) *Obligación de comunicar al Estado la existencia de sustancias minerales no concesibles*

El artículo 16 de la LOCCM dispone que la existencia de sustancias no concesibles en un yacimiento no impide que se constituya concesión minera sobre las sustancias existentes en el mismo, y que la concesión minera no habilita a su titular a apropiarse de tales sustancias no concesibles, pudiendo el Estado tomar posesión de ellas con arreglo a lo que disponga el Código de Minería.

En ese sentido, el artículo 8° del CM establece que la exploración o explotación de sustancias no concesibles puede ejecutarse directamente por el Estado o sus empresas, o por particulares mediante concesiones administrativas y contratos especiales de operación. Por su parte, el artículo 9° del CM establece la obligación de los concesionarios mineros de comunicar al Estado la existencia de sustancias mineras no concesibles que se encuentren durante la exploración, explotación o beneficio de sus pertenencias (la Comisión Chilena de Energía Nuclear en el caso del litio, y el Ministerio de Minería en el caso de los hidrocarburos líquidos y gaseosos).

El incumplimiento a la obligación de informar se sanciona con una multa a beneficio fiscal, equivalente al valor de mercado de los productos⁴⁷.

b) *Obligación de entregar al Estado, o enajenar por cuenta de él, las sustancias no concesibles*

Habiendo recibido la comunicación referida en el párrafo anterior, el Estado puede exigir la reducción o separación de las sustancias no

concesibles que tengan presencia significativa, para que le sean entregadas o enajenadas por cuenta de él. El Estado, a su vez, debe reembolsar, antes de la entrega, los gastos en que incurra el concesionario minero para efectuar la reducción o separación y entrega, y costear las modificaciones y obras complementarias que sea necesario realizar con tal propósito, además de indemnizar los perjuicios que se ocasionen con motivo de esas modificaciones y obras complementarias.

Mientras el Estado no exija la separación o reducción y entrega de las sustancias no concesibles, agrega el artículo 9° del CM, se presumirá de derecho que ellas no tienen presencia significativa en los productos mineros y, consecuentemente, el concesionario minero puede apropiarse de ellas.

El incumplimiento de la obligación de entregar al Estado las sustancias no concesibles, o de enajenarlas por cuenta de este, también se sanciona con una multa a beneficio fiscal equivalente al valor de mercado de los productos.

A modo de resumen de lo que dispone el artículo 9° del CM y aplicando éste analógicamente a la situación que hemos planteado, tenemos que el Estado -o, en el caso que nos ocupa, el titular de un CEOL- debe comunicar a los concesionarios mineros cuando se encuentren sustancias concesibles como consecuencia de la extracción de salmueras o explotación a rajo abierto de litio, y la notificación debe hacerse con el fin de que tales concesionarios mineros puedan exigir la separación o reducción de las sustancias concesibles que tengan presencia significativa para que les sean entregadas o enajenadas por cuenta de ellos, debiendo a su vez los concesionarios mineros reembolsar previamente los gastos e inversiones que requiera la separación o reducción y entrega, así como costear las modificaciones y obras complementarias que sea necesario realizar con tal propósito, además de indemnizar los perjuicios que se produzcan.

Si el concesionario nada dice o bien se niega a pagar los gastos, inversiones e indemnizaciones correspondientes, estimamos, sin embargo, que la presunción de derecho que contiene el artículo 9° del CM, que permite la apropiación legítima del concesionario minero de la sustancia inconcesible, no se aplica en este caso y, por lo tanto, no podría el titular del CEOL apropiarse de las sustancias concesibles. Las presunciones de derecho requieren texto expreso y, por consiguiente, no admiten

⁴⁷ Código de Minería. Artículo 9° y 11.

aplicación por analogía. Así se desprende del artículo 47 inciso final del Código Civil⁴⁸.

A mayor abundamiento, la presunción de derecho del artículo 9° del CM constituye, además, el título de dominio del concesionario minero sobre las sustancias no concesibles; título de dominio que emana de la ley y, en cuanto tal, tampoco admitiría aplicación por analogía, particularmente si la CPR y la legislación minera han definido y delimitado claramente el dominio sobre las diversas sustancias minerales.

Como no procede aplicar la presunción legal contenida en el artículo 9° del CM por las razones expuestas, el silencio o negativa del concesionario minero deberá regularse, también por analogía, conforme a los principios contenidos en el artículo 3° Transitorio del CM, explicado a continuación, aun cuando ese artículo se aplica especialmente para el caso de la ejecución simultánea de labores mineros por dos concesionarios.

c) *Obligación recíproca de entrega de minerales entre concesionarios mineros*

Conforme al artículo 3° Transitorio del CM, cuando se haya producido una superposición de concesiones mineras por aplicación de los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, o bien de los demás artículos transitorios del CM, los concesionarios mineros deben entregarse recíprocamente las sustancias que a cada uno correspondan y que extraigan en sus respectivas labores. Cada uno debe soportar los gastos de extracción propios y los gastos e inversiones que demande la separación de sus minerales de los del explotador. La separación la hará el explotador en la medida de las necesidades de su producción y sin que ésta sufra perjuicio, y si el dueño se niega a costear previamente esos gastos e inversiones, perderá el derecho a reclamar las sustancias que le correspondan y el explotador las hará suyas gratuitamente.

La misma norma dispone que las dificultades que se susciten entre concesionarios mineros con ocasión de la aplicación de lo dispuesto en ella, o con motivo de sus respectivas labores mineras, se someterán a la decisión de un árbitro mixto (arbitrador en cuanto al procedimiento, de derecho en la dictación

de la sentencia). Es decir, corresponde a uno de los casos de arbitraje forzoso.

Aplicando lo anterior por analogía al caso que nos ocupa, tenemos que, si el concesionario minero y el titular del CEOL están efectuando labores mineras simultáneamente, el titular del CEOL y el o los concesionarios mineros deberán entregarse recíprocamente las sustancias que a cada uno correspondan y que extraigan en sus respectivas labores. Cada uno debe soportar los gastos de extracción propios, y los gastos e inversiones que demande la separación de sus minerales de los del explotador. La separación la hará el explotador en la medida de las necesidades de su producción y sin que ésta sufra perjuicio, y si el dueño (el concesionario minero) se niega a costear previamente esos gastos e inversiones, perderá el derecho a reclamar las sustancias que le correspondan y el explotador (es decir, el titular del CEOL) las hará suyas gratuitamente.

Esta parte final del inciso primero del artículo 3° Transitorio del CM, que otorga un título de dominio sobre las sustancias concesibles que pertenecen a otro concesionario minero, cuando este último se niega a pagar previamente los gastos e inversiones asociados a la separación y entrega, opera como una multa o penalidad basada en la prohibición del enriquecimiento ilícito, por lo que nos parece perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. Esta misma norma, como dijimos más arriba, se deberá aplicar al caso del concesionario minero que nada dice o se niega a pagar los gastos, inversiones e indemnizaciones correspondientes por los minerales concesibles que extraiga el titular del CEOL.

Para hacer efectiva esta multa y adquirir las sustancias concesibles, el titular del CEOL deberá establecer prudencialmente un plazo para que el concesionario minero exija la entrega de las sustancias a que tiene derecho y/o pague los gastos e indemnizaciones que sean procedentes. Alternativamente, el titular del CEOL podrá recurrir al juez competente, conforme a lo que se señala a continuación, para que determine ese plazo.

Asimismo, estimamos que los conflictos entre el titular del CEOL y el concesionario minero se resolverán por la justicia ordinaria, y no por arbitraje como prevé el inciso segundo del artículo 3° Transitorio del CM. Sin embargo, ese inciso contiene un principio que deberá ser igualmente observado por el juez ordinario, en el sentido de preferir aquellas labores que revistan mayor significancia econó-

⁴⁸ "Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias." (Énfasis agregado).

mica y social global. En efecto, los proyectos de explotación de litio que desarrollará cada titular de un CEOL se enmarcan en la Política Nacional del Litio y Gobernanza de los Salares y en la Estrategia Nacional del Litio, que encomendaron a las empresas del Estado asumir un rol activo en esta industria en beneficio de todos los chilenos. Por lo tanto, creemos que ante un conflicto por las labores mineras que el concesionario minero y el titular del CEOL se encuentren ejecutando, las operaciones de litio debieran ocupar un lugar preferente, por tratarse de una sustancia mineral no concesible que es de todos los chilenos, de una cada vez más creciente importancia económica por la demanda a nivel mundial y cuyo desarrollo obedece a una política pública. En todo caso, esta prevalencia de el o los proyectos que se ejecuten en virtud del CEOL podría implicar indemnizar al concesionario minero que acredite perjuicios por la postergación de sus labores.

d) *Artículo 56 del Código de Aguas*

Como señalamos al comienzo, la explotación de litio puede efectuarse mediante la extracción de salmueras, o bien mediante una explotación a rajo abierto.

Conforme al artículo 19 N° 24, inciso 6°, de la CPR, el Estado tiene el dominio de todas las minas, comprendiéndose entre ellas, en forma expresa, a los salares. El concesionario se encuentra habilitado para extraer las aguas del salar para arrancar el mineral, bajo el amparo de su pertenencia, porque no se aprovecha el agua en cuanto a tal, sino en la medida impuesta para ejercer los derechos derivados de su pertenencia, en orden a apropiarse de los minerales⁴⁹. Por ello, la extracción de salmueras no requiere constituir derechos de aprovechamiento de aguas. Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del CM, el concesionario minero tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas que halle en sus labores mineras, en la medida que esas aguas sean necesarias para esas labores. El mismo derecho está reconocido en el artículo 56 bis del Código de Aguas, que agrega la obligación de informar su hallazgo a la Dirección General de Aguas.

Por otro lado, el artículo 56 del Código de Aguas dispone que:

Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos de

subsistencia, aunque de ello resulte menguarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar lo.

Mencionamos este artículo 56 porque dispone sobre una materia en una forma que podría servir de base como un principio de derecho aplicable en la especie que nos ocupa. En efecto, existe jurisprudencia que se ha pronunciado respecto a la aplicación del artículo 56 recién citado, y que, en síntesis, establece un criterio de perjuicio actual, real y efectivo⁵⁰, para que la acción sea procedente. En consecuencia, no basta ser dueño del derecho a extraer las aguas subterráneas comunes con el vecino, quien tiene el mismo derecho, para impedirle a éste su aprovechamiento legítimo, sino que también se requiere que tal aprovechamiento no le reporte utilidad y si se la reporta, que no tenga la entidad del perjuicio que actualmente pudiera producir a su vecino.

Desde el punto de vista doctrinario, desarrollado principalmente respecto del suprimido artículo 945 del Código Civil, y que se refería a esta misma materia, lo que existe es la pugna de derechos de propiedad entre los vecinos para aprovechar el agua común a ambos, lo que debiera resolverse a través de la equidad y teniendo como límite el abuso del derecho: quien ejerce el derecho para construir un pozo dentro de su predio para extraer el agua de un depósito común con la intención de perjudicar a su vecino se verá expuesto a tener que cegar su pozo⁵¹ y, eventualmente, a indemnizar los perjuicios que hu-

⁴⁹ "El Código de Aguas, en cuanto ordena cegar un pozo, sólo es útil para atajar un perjuicio actual, real y efectivo, y no uno futuro o eventual, caso este último que permite el ejercicio de otras acciones y derechos. Procede rechazar aquellas demandas en que el actor no sufre a la fecha de interponerla, ni posteriormente a ella, perjuicio alguno con la existencia de un pozo en el predio del demandado, cuyo cegamiento solicita, y esa acción la apoya en el perjuicio futuro que pueda llegar a sufrir por la pérdida de sus plantaciones por falta de riego, debido a que el pozo de su vecino le impedirá seguir captando en su estanque las aguas necesarias para dicho regadío. El artículo 945 del Código Civil [actual artículo 56 del código de Aguas], que constituye una especie de excepción al derecho de propiedad o dominio, debe ser aplicado e interpretado sin extenderlo más allá de lo que indica su claro tenor literal. Procede por ello rechazar la demanda, si por el solo hecho de cavar el demandado el pozo en su predio, no resulta menguabada el agua con que se alimenta el pozo vertiente del actor." Comentario de doctrina Canihuante, José Mercedes con Ledezma, Rafael (1947), Revista de Derecho y Jurisprudencia 1948, 30.

⁵¹ CLARO 1979, 587.

biere ocasionado, cuestiones que en definitiva debieran ser resueltas por el juez.

Esta norma del Código de Aguas, como puede observarse, se refiere a una situación de hecho distinta de la que es objeto de análisis en este trabajo, por cuanto se refiere a un conflicto entre dos usuarios que tienen el mismo título de uso sobre el mismo objeto, esto es, el agua subterránea que puede servir a más de un pozo.

Pero el principio detrás de dicha norma es el mismo que hemos comentado más arriba, que es la prohibición de obtener un beneficio ilícito, es decir, a causa de la afectación de un tercero. Asimismo, los criterios fijados por la jurisprudencia para que la acción proceda son igualmente exigibles al concesionario minero que pretende el resarcimiento de perjuicios causados por la explotación minera que efectúa un tercero con un título legítimo.

e) Procedimiento para solución de conflictos

La aplicación por analogía de las normas referidas en los párrafos anteriores supone la aparente dificultad de determinar la sede jurisdiccional ante la cual someter los conflictos entre el titular de un CEOL y los concesionarios mineros, pues mientras el artículo 3° Transitorio del CM somete las controversias entre concesionarios mineros coexistentes a arbitraje forzoso, el artículo 9° del CM establece como sanción el pago de una multa que es aplicada por un juez de letras, al igual que el artículo 11 de la LOCCM que se refiere al pago de la indemnización por expropiación de una concesión de explotación. Por su parte, en materia de internaciones (artículos 140 y 141) también es competente el juez de letras en lo civil.

El arbitraje es un mecanismo excepcional de solución de controversias en el ordenamiento legal chileno, el que por regla general es voluntario, requiere del acuerdo de las partes en conflicto para sustraer el conocimiento y solución de un litigio de los órganos jurisdiccionales comunes a uno privado⁵². Existen materias respecto de las que la ley prohíbe el arbitraje, como ciertos asuntos en los que el Estado tiene interés (artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales). Por último, también existe el arbitraje forzoso, que se refiere a ciertas materias que por disposición legal expresa deben ser resueltas por árbitros (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales)⁵³.

⁵² ROMERO y DÍAZ 2007, 2.

⁵³ El concepto de arbitraje forzoso se refiere a "un juicio arbitral que es impuesto imperativamente por la ley como

Dentro de estas últimas, el artículo 227 N° 5 se refiere a "los demás (asuntos) que determinen las leyes", como es el caso del artículo 3° transitorio del CM, mientras que el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales dispone expresamente que "fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial".

En consecuencia, siendo el arbitraje forzoso excepcional y de derecho estricto, es decir, que sólo procede en los casos en que la ley lo dispone expresamente, los conflictos que surjan entre el Estado o particulares que aprovechen sustancias no concesibles en virtud de alguno de los títulos que establece la ley, y los concesionarios mineros que se vean afectados con ello, deben necesariamente someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Esta afirmación es aún más evidente a la luz de lo que dispone el artículo 231 inciso 1° del CM: "El juez de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentra ubicado el punto medio señalado en el pedimento o el punto de interés indicado en la manifestación, es competente para conocer de todo asunto, contencioso o no contencioso, atinente al pedimento, la manifestación, la concesión de exploración o la pertenencia." (énfasis agregado)

El hecho que no exista una norma específica o expresa que solucione las controversias a que nos hemos referido, no obsta a su resolución por parte del juez competente, conforme al principio de inexcusabilidad con-

el único procedimiento para resolver determinados litigios", en que dicha imposición del legislador se sustenta en que hay controversias por cuya naturaleza "es preferible someter(las) a jueces de toda confianza de los interesados, que ni estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto" (AYLWIN 2020, 81). Si el arbitraje ya es excepcional, pues requiere acuerdo de las partes, el arbitraje forzoso es aún más excepcional, aplicable sólo a las materias taxativamente señaladas en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales. No obstante, la misma norma permite que el arbitraje forzoso se establecido por ley para otros casos, y a este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el legislador ha obrado dentro de su esfera de atribuciones al establecer que ciertas discrepancias sean resueltas por jueces árbitros, "atendido que esa fórmula contribuye a obtener una solución expedita y eficiente de dichos conflictos" y que ello se ha hecho con anterioridad por los poderes colegisladores, quienes "en el ámbito de sus atribuciones propias, han privilegiado la especialidad técnica, la experiencia en ciertas áreas y la rapidez con que deben resolverse las controversias, en sectores donde este tipo de resoluciones deben adoptarse teniendo en cuenta el dinamismo de los mercados y de los procesos de inversión" (Sentencia TC Rol N° 2338 (2012)).

tenido en el artículo 76 inciso 2° de la CPR y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

III. CEOL de Salar de Maricunga SpA

El contrato especial de operación de yacimientos de litio celebrado entre el Estado y Salar de Maricunga SpA, filial de Codelco, es el único en su especie. De acuerdo a lo establecido en su artículo 2, el contrato tiene por objeto *"realizar, llevar a cabo y desarrollar en forma exclusiva, toda clase de actividades y labores de exploración, sobre las Sustancias de Litio ubicadas en el Área CEOL, como operaciones de explotación y beneficio sobre las Sustancias de Litio ubicadas en el Área CEOL, a cambio de una retribución y sujeto a un pago específico..."*.

Precisamente por el tenor literal del objeto del contrato, éste fue objeto de acciones judiciales por parte de terceros que estimaron vulneradas sus garantías constitucionales como titulares de concesiones mineras. Ninguna de estas acciones fue acogida, porque los recurrentes se desistieron de ellas antes que el tribunal competente se pronunciara sobre el fondo, pero en este capítulo nos referiremos brevemente a los principales argumentos que se invocaron en tales acciones, así como a las defensas expuestas por el Estado.

1. Recurso de Protección

Un grupo de sociedades legales mineras interpuso un recurso de protección contra la Resolución N° 2 de 2018 del Ministerio de Minería, que aprobó el CEOL de Salar de Maricunga SpA y dispuso su remisión a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón⁵⁴.

La resolución recurrida fue dejada sin efecto de oficio por el Ministerio de Minería, mediante la Res. Ex. N° 2941 de junio 2019 que aprobó el CEOL de Salar de Maricunga SpA y sus modificaciones, lo que motivó el desistimiento del recurso de protección antes que hubiera sentencia definitiva.

En lo que interesa a este trabajo, los recurrentes invocaron una vulneración a la garantía constitucional del derecho de propiedad y de no discriminación en materia económica, en el entendido que *"el efecto (del CEOL) sería una primacía y prevalencia a la extracción de litio, por sobre las sustancias concesibles existentes en las mismas, lo que constituye un abierto desconocimiento del derecho de*

*propiedad y de los atributos del dominio de la cual gozan los actuales propietarios..."*⁵⁵

Así, los recurrentes invocaron una contradicción entre el objeto del CEOL y el artículo 6 de la LOCCM, que se refiere a la privación de las facultados de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de sustancias minerales concesibles.

Entre otras defensas formales y de fondo, el Fisco sostuvo que el derecho de propiedad que consagra la CPR se extiende *"únicamente"* a la concesión minera respectiva, y no a las sustancias concesibles que existen dentro de ella sino hasta que éstas se extraigan. Con todo, los términos y condiciones del CEOL no impiden el derecho de propiedad sobre las concesiones mineras de los recurrentes, por lo que no es efectivo que haya una primacía y prevalencia de la extracción de litio por sobre las sustancias concesibles.

Resulta particularmente relevante, para los efectos de este artículo, destacar que el Fisco señaló expresamente que el artículo 3° transitorio del CM *"establece los criterios generales, a los que puede recurrirse para efectos de resolver entonces una controversia antes aludida"*⁵⁶.

2. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

En el marco del recurso de protección, las sociedades legales mineras recurrentes interpusieron un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 9 inciso 2° del CM y 16 inciso 2° de la LOCCM, argumentando que las referidas normas no contienen un título habilitante válido para que el Estado aproveche el litio⁵⁷.

El requerimiento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, porque el artículo 9° del CM no resultaba decisivo para la resolución del recurso de protección, ya que ni siquiera fue invocada esa norma en el referido recurso⁵⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma sentencia el Tribunal Constitucional se refirió a las alegaciones de fondo vertidas por los requerientes, que eran en su mayoría una réplica de las alegaciones contenidas en el recurso de protección. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tal sentido son sumamente relevantes para el presente trabajo, pues de

⁵⁴ Zapata con Ministerio de Minería (2019).

⁵⁵ Recurso de Protección, pág. 7.

⁵⁶ Informe del Consejo de Defensa del Estado, pág. 17.

⁵⁷ Sentencia TC Rol N° 4716-18 (2019).

⁵⁸ Sentencia TC Rol N° 4716-18 (2019).

cierta forma sustentan lo que hemos sostenido en el capítulo anterior.

Así, por ejemplo, el referido tribunal sostuvo que el artículo 9° del CM busca resguardar los derechos de los concesionarios mineros al permitir que coexista la extracción de sustancias concesibles con las de las no concesibles, por las disposiciones sobre reembolso y resolución de discrepancias por el juez respectivo⁵⁹, y que la misma norma no puede vulnerar el derecho de propiedad, por cuanto está destinada a resolver conflictos en el ejercicio de dicho derecho en un mismo yacimiento donde existan sustancias no concesibles, velando por el resguardo patrimonial del concesionario minero. Tanto así, que la referida norma establece la potestad de retener las sustancias concesibles, reconociendo, por lo tanto, a los concesionarios su derecho de propiedad sobre dichas sustancias al establecer un mecanismo especial de protección de tal derecho.⁶⁰

Conclusiones

No existe norma en nuestro ordenamiento jurídico minero que se refiera a las obligaciones o deberes que tiene el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, para con los concesionarios mineros coexistentes en el área del CEOL, como sí ocurre a la inversa, esto es, con las obligaciones que tienen los concesionarios mineros de entregar al Estado, o a terceros, las sustancias minerales que extraigan con ocasión de sus labores y a las cuales no tengan derecho a hacerse dueños conforme a la ley.

Si producto de la explotación que desarrolla el Estado o el titular de un CEOL se extraen sustancias minerales concesibles que pertenecen a concesionarios mineros, ello no significa necesariamente que se esté afectando el derecho exclusivo a explorar o explotar que tiene el concesionario minero coexistente que no explora o explota actualmente su concesión. Si bien este último podrá estimar que se están afectando sus derechos como concesionario, deberá así probarlo. Ésta prueba debiera recaer en el hecho que el ejercicio de los derechos que confiere la CPR y la ley al Estado o sus empresas, o el CEOL a su titular, está provocándole actualmente un perjuicio o que se están afectando los atributos esenciales de su derecho.

La ausencia de regulación expresa relativa a las obligaciones o deberes que tiene el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, para con los concesionarios mineros, constituye una laguna o vacío legal, pues esa ausencia de regulación es relevante para el derecho y su solución es necesaria.

Los vacíos o lagunas legales se suplen mediante la integración del derecho, esto es, buscando soluciones a las situaciones no previstas dentro del mismo ordenamiento jurídico. Concretamente, mediante la aplicación por analogía de las normas existentes y de los principios generales del derecho

En consecuencia, conforme a los derechos que tiene el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL a explorar y explotar sustancias no concesibles, y a partir de un ejercicio de integración del derecho consistente en la aplicación analógica de diversas normas de la legislación minera, y de su interpretación conforme a principios generales del derecho como la prohibición del enriquecimiento sin causa, el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL tienen derechos y deberes que constituyen verdaderamente estándares de conducta, aplicables y exigibles aun antes que exista un pronunciamiento judicial. Estos derechos y deberes son:

Explorar, explotar y aprovechar sustancias no concesibles en general, y el litio existente en cualquier lugar tratándose del Estado o sus empresas, o en el área del CEOL tratándose de su titular, de conformidad con lo establecido en el mismo.

Comunicar a el o los concesionarios mineros que coexistan en el área del CEOL o donde el Estado o sus empresas ejerzan su potestad constitucional y legal de aprovechar sustancias no concesibles, que con ocasión de las labores de exploración y extracción de litio se han encontrado y extraído sustancias minerales concesibles, con el objeto de que tales concesionarios mineros puedan exigir la reducción o separación, y posterior entrega, de las sustancias concesibles con presencia significativa.

Si los concesionarios mineros ejercen esa facultad, deben previamente reembolsar al Estado, sus empresas o al titular del CEOL los gastos e inversiones asociados a las actividades de reducción o separación y entrega, así como también indemnizar los perjuicios que tales gastos e inversiones causaren al Estado, sus empresas o titular del CEOL.

⁵⁹ Ibid. considerando 38°.

⁶⁰ Ibid, considerando 42°.

Si los concesionarios mineros no ejercen la facultad de exigir la separación o reducción y entrega de las sustancias concesibles con presencia significativa, o bien se rehusaren a pagar previamente los gastos e indemnizaciones que procedan al titular del CEOL o al Estado o sus empresas, estos podrán retener las sustancias concesibles gratuitamente, a título de multa, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa o ilícito por parte de los concesionarios mineros.

El Estado, sus empresas o el titular del CEOL, o el juez competente, según corresponda, deberán establecer un plazo para que el concesionario minero ejerza su facultad de exigir reducción o separación y entrega de las sustancias concesibles a que tiene derecho, y/o para efectuar el pago de los costos, inversiones e indemnizaciones que sean procedentes a favor del Estado, de sus empresas o del titular del CEOL.

Los Tribunales Ordinarios de Justicia son los órganos competentes para conocer de las disputas y controversias que pudieren suscitarse entre el Estado o el titular de un CEOL y los concesionarios mineros, pues el arbitraje forzoso al que se refiere el artículo 3° Transitorio del CM es excepcional en la legislación minera, además de requerir texto expreso conforme al Código Orgánico de Tribunales. Con todo, los referidos Tribunales Ordinarios debieran observar el principio contenido en el artículo 3° Transitorio del CM, en cuanto a preferir las labores mineras que revistan mayor significación económica y social global.

Las defensas esgrimidas por el Estado y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a las acciones legales interpuestas contra el CEOL de Salar de Maricunga SpA van en línea con lo que se ha sostenido en este trabajo.

Bibliografía citada

- AYLWIN AZOCAR, Patricio (2020). *El Juicio Arbitral*. Editorial Jurídica.
- BOBBIO, Norberto (2023). *Teoría General del Derecho*. Ediciones Olejnik.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *La Buena Fe Contractual*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado: De los bienes*. Editorial Jurídica.
- DEL VECCHIO, Giorgio (2023). *Los Principios Generales del Derecho*. Ediciones Olejnik.
- DUCCI CLARO, Carlos (1977). *Interpretación Jurídica: En general y en la dogmática chilena*. Editorial Jurídica de Chile.

- DUCCI CLARO, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2010). *Curso de Derecho Civil. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA OVALLE, Samuel (2013). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica.
- MÉZA BARROS, Ramón (2006). *Manual de Derecho Civil: De las Fuentes de las Obligaciones, Tomo II*. Editorial Jurídica.
- MUJICA BEZANILLA, Fernando (2010). La Integración de las Lagunas Legales. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LVI (9-10), 901-910.
- OSSA BULNES, Juan Luis (2021). *Tratado de Derecho de Minería. Tomos I*. Editorial Jurídica.
- PÉREZ ARRIETA, Benjamín y ABOGABIR MÉNDEZ, Sebastián (2017). Aguas del Minero: Presente y Futuro. En Rafael Vergara y Marcelo Olivares (Eds.), *Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería*. Thomson Reuters.
- Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (1948).
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2019). Teoría de la Argumentación Jurídica y Equidad Natural. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* (25), 193-200.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2007). *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional*. Editorial LexisNexis.
- SHECAIRA, Fabio y STRUCHINER, Noel (2023). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ediciones Olejnik.
- SQUILLA NARDUCCI, Agustín (2011). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica.
- TALA JAPAZ, Alberto (1994). El estatuto de las aguas mineralizadas ¿derecho de minería o derecho de aguas? *Gaceta Jurídica* (164), 1-12.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *Instituciones de Derecho Minero*. LegalPublishing.

Normativa citada

- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 30 mayo 2000 D.O. N° 36.676.
- Código de Aguas [CdA]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 13 de agosto de 1981 (Chile).
- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421. 15 de junio de 1943 (Chile).
- Ley N° 22.259. Establece Código de Minería. *Boletín Oficial*, 1 de agosto 1980.
- Constitución Política de la República de Chile de 1833. 25 de mayo de 1833.
- Decreto Ley N° 2886 de 1979 [Ministerio de Minería]. Deja sujeta a las normas generales del Código de Minería la constitución de pertenencia minera sobre carbonato de calcio, fosfato y sales potásicas, reserva el litio en favor del Estado e interpreta y modifica las leyes que se señalan. 14 de noviembre de 1979.
- Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 21 de enero de 1982. D.O. No. 31.171

Jurisprudencia citada

- Compañía Minera Tocopilla S.A. con Gasoducto* (2000): Corte Suprema, 13 de junio de 2000 (Rol N° 3699-1999). Cuarta Sala. [Recurso de casación].
- Canihuante, José Mercedes con Ledezma, Rafael* (1947): Corte de Apelaciones de La Serena, 13

de agosto de 1947 (Rol no disponible). [Recurso de apelación]
 Requerimiento de inaplicabilidad presentado por las Sociedades Legales Mineras "Victoria Una del Salar de Maricunga", "Victoria Dos-Una del Salar de Maricunga" y otras respecto del artículo 9º, inciso segundo, segunda oración, del Código de Minería, y del artículo 16, inciso segundo, segunda parte, de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mine-

ras: Tribunal Constitucional, 17 de julio de 2019 (Rol N° 4716-18). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2338-2012, 20 noviembre 2012.
Zapata con Ministerio de Minería (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019 (Rol N° 23.494-2018). [Recurso de protección].

La sujeción de la administración al derecho público y al derecho privado. El caso de Chile. Respuesta a un cuestionario de Eberhard Schmidt-Assmann y Javier Barnés

Alejandro Vergara Blanco¹

Doy respuesta en este escrito a un cuestionario preparado en conjunto por los profesores de Derecho administrativo Eberhard Schmidt-Assmann, de Alemania, y Javier Barnés, de España, el que se refiere a aspectos fundamentales de la partición entre derecho público y derecho privado en Chile, con especial referencia a la sujeción de la Administración tanto al derecho público como al derecho privado. Las preguntas se insertan en cursivas y las respuestas, precedidas de las iniciales del autor (AVB), se insertan en redondas².

A. Opciones fundamentales del ordenamiento sobre las relaciones entre derecho público y privado

I. Sobre la constitucionalización de las relaciones entre derecho público y privado.

Con carácter general, ¿qué establece la respectiva Constitución, de modo implícito o ex-

plícito, y según la propia jurisprudencia y/o la doctrina, sobre ambas ramas del Derecho (en relación con el Ejecutivo y la Administración)?

1. Para partir, ¿la Constitución diferencia por sí misma de alguna manera entre una y otra rama respecto de la Administración?

AVB: Cabría partir por considerar un estatus especial destinado a proteger los comunes intereses públicos. De esta manera, si lo público incorpora todos los aspectos de trascendencia colectiva, quizás cabría realizar una subclasificación de lo público, entre:

i) aquello propio de los órganos estatales, esto es, aquello que es formalmente materia de decisiones de los poderes públicos u órganos del Estado, y

ii) aquello que es de alto interés colectivo y que no necesariamente es competencia estatal, y que puede significar la actuación de particulares, más o menos poderosos, por el hecho que en sus manos se encuentran depositadas decisiones relevantes de interés común. Esto ya no sería propiamente privado sino público.

La anterior distinción sería útil a los efectos de analizar cuál es el grado de incidencia o afectación de los comunes intereses públicos, en función de la participación única de la Administración (primer caso) o mancomunada (la segunda; actuando la Administración como mero regulador, y los particulares, en ejecución de determinada actividad).

Sea cual fuere la situación, en todo caso los derechos de los particulares a que se

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8312-3919>

² Publicamos las respuestas a un cuestionario de 2018 que permitió, durante la pandemia, un fructífero diálogo entre juristas de Europa y América, el que también contestaron respecto de sus respectivos países los profesores de Derecho administrativo Juan Carlos Cassagne, de Argentina y William Zambrano, de Colombia, respuestas todas que están contenidas en: J. Barnes / E. Schmidt-Assmann (editores), *La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Un diálogo entre Europa y América. Sevilla, España: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2023 (el texto que aquí se republica aparece en las pp.295 a 336 de ese libro)*. Para elaborar esas respuestas conté con la colaboración de Daniel Bartlett, entonces investigador del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la primera formulación de las respuestas, en las que sigo o sintetizo trabajos anteriores que cito. Este trabajo fue entregado para su edición en diciembre de 2021, lo que explica que la información con que se elaboró es la vigente a esa época; sin perjuicio de que las variaciones posteriores son irrelevantes en cuanto a los argumentos y desarrollo ofrecidos, en especial dada la supervivencia de la Constitución de 1980 y de las regulaciones a que se hace mención.

* Abreviaturas: Constitución Política de la República: CPR; Código Civil: CC; Corte Suprema: CS; Código del Trabajo: CT.

Artículo recibido el 15 de abril de 2024 y aceptado el 10 de junio de 2024.

respeten las garantías dispuestas en la Constitución y demás normativa, debe ser observada en todo momento: tanto por la Administración (en su papel de prestador de servicios públicos, o de mero regulador), como por los particulares a los que, en virtud de algún título jurídico, quedan investidos de las facultades pertinentes para el desarrollo de actividades con impacto directo en la sociedad (como prestadores de servicios públicos, como co-contratantes, u otras situaciones posibles).

Esta materia se analiza *in extenso* en un trabajo anterior³; pero puedo agregar ahora:

i) En el caso de la Constitución chilena, la distinción público/privado es algo patente y se manifiesta en varios de sus artículos. Cobra especial interés, y ya desde un plano más específico, el art. 19 N° 23, que consagra la *summa divisio iuris* de los bienes, visto como ejemplo paradigmático de esa distinción entre público/privado. Tema sobre el que vuelvo más adelante.

ii) Sin perjuicio de esto, podemos encontrar en la Constitución un origen común para ambas ramas del derecho, ya que todas las normas emanan de la voluntad del pueblo. Esto se debe a que la soberanía reside esencialmente en la nación (art. 14 CPR). A partir de la CPR 1980, el análisis jurídico de la actividad administrativa y de las personas debe realizarse conjugando dos realidades: potestades públicas/libertades públicas. También señala que la CPR es muy escueta en materias de derecho privado, en cambio en ámbito público tiene gran desarrollo. En efecto, el articulado de la actual Constitución, en tanto ley superior de la comunidad política, ha sujetado a la Administración –entre otras disposiciones– a los arts. 1° incs. 4° y 5°, 5 y 19 N° 26 CPR.

³ VERGARA 2021, 163-218. En ese trabajo me pronuncio sobre la estructura, identidad y función de la dicotomía, desde la perspectiva del derecho administrativo. Realizo ahí una exposición de la actual consagración y discusión de la dicotomía público/privado en Chile, antecedido de una revisión del tema en la historia jurídica y en el derecho comparado, expongo el estado de la cuestión ante la actual normativa constitucional y legal; luego reviso su acogimiento en la jurisprudencia a través de una casística relevante; y, en fin, reviso la discusión que se ha producido en la doctrina nacional (hasta 2021). [una actualización de esa discusión puede verse en VERGARA 2023, que cito más adelante]

A partir de sus arts. 6° y 7°, la CPR exige a todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos, el respeto a la legalidad. Esta legalidad también obliga a los particulares (art. 6°, inc 2° CPR), para quienes además constituye un límite a su autonomía privada.

iii) En la Constitución Política de 1980 existen manifestaciones sobre las limitaciones tanto para los órganos del Estado (por medio de sus tres poderes) como para los particulares (en sus correspondientes esferas de actuación); las encontramos, por ejemplo, en los diversos artículos, muchos de los cuales hemos destacado en la Primera Parte.

Primero, para la Administración, el artículo 1° CPR, es paradigmático; del cual cabe destacar, en relación a las limitaciones al poder y ejercicio de derechos y deberes, los siguientes incisos: i) el inciso 1°, al establecer que nadie tiene más derechos o es más digno que otros; ii) respecto a los denominados grupos intermedios (inc. 3°) sobre los cuales el Estado es el que garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos; iii) el inciso 4°, el principio de servicialidad del Estado frente a la persona humana, el deber de promover el bien común, junto con respetar los derechos y garantías establecidos por la Constitución; iv) el Estado (sus órganos, más bien) tiene la obligación de contribuir a crear (inciso 4°) las condiciones para que los integrantes de la comunidad nacional puedan realizarse espiritual y materialmente: por lo tanto, es un poder-deber, a su vez alegable por los particulares; en fin, v) en el inciso 5°, el cual establece un haz de obligaciones para el Estado, las cuales acaban afectando la esfera de los particulares.

En seguida, para los particulares, resulta muy ilustrativo el artículo 19, contenido en el Capítulo III de la CPR “de los derechos y deberes constitucionales”, destacando a modo de ejemplo los siguientes, que constituyen derechos-deberes: i) en el numeral 7°, letra a) se establece un derecho a la libertad ambulatoria, condicionado a que se respeten las normas establecidas en la ley y salvo el perjuicio de terceros.; ii) en el numeral 8°, se establece que, si bien es deber del Estado garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a conti-

nuación, lo habilita a que –por ley– puedan establecerse restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, lo que acaba transformándose en obligaciones para los particulares; iii) en el numeral 11º, inciso segundo, se indican cuáles son las limitaciones a la libertad de enseñanza (en su vertiente del derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales): la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; iv) en el numeral 15º, inciso tercero, establece una serie de limitaciones y obligaciones para con los partidos políticos; en fin, v) respecto la hipótesis según la cual, las grandes empresas (cuya propiedad recaería sobre personas concretas), fuera cierto que disfrutarían quizá de mayor margen de autonomía que la Administración, considerando todo lo anteriormente dicho, esa afirmación vendría matizada por cuanto tal autonomía no es absoluta.

En síntesis, el rol que desempeña la Administración en el Estado, justifica el establecimiento de reglas diversas a la de los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos (por ejemplo, el común respeto a la Constitución y a las leyes).

2. Los deberes, mandatos, responsabilidades o fines que la Constitución establezca para la Administración, ¿podrían luego concretarse y llevarse a cabo a través del Derecho Privado o solo mediante normas de Derecho Público de forma indiferenciada o alternativa? ¿O pueden llevarse a cabo determinadas actividades y prestaciones, unas veces en régimen de Derecho privado y otras en régimen de Derecho público, con respeto de ciertas condiciones? ¿Hay disposiciones (sobre bienes, límites o deberes, por ejemplo) que sólo pueden confiarse al Derecho Administrativo?

AVB: La Constitución a cada paso se refiere tanto a regímenes de derecho privado como públicos para significar la posibilidad de actuación tanto de los particulares como de los órganos de la Administración del Estado. En especial, como reflejo del principio de subsidiariedad le deja amplio campo a la Ley para permitir la actividad de los particulares en materias de interés público. Así:

i) En Chile, existen empresas de propiedad totalmente privada que desempeñan

servicios y tareas públicas, como es el caso de los concesionarios de obra pública. Por otra parte, existen empresas particulares que realizan tareas que se consideran importantes para la sociedad sin la participación o concesión del Estado. Por ejemplo, se encuentra, en Chile, el caso de las instituciones de salud previsual (ISAPRES): son importantes como prestadoras privadas de servicios de salud de la población, las cuales actúan como co-opción al sistema público de salud (FONASA), y que han sido indirectamente reconocidas en la propia Constitución. En verdad, están desempeñando un rol importante de servicio público. Lo mismo acontece con las Administradoras de fondos de pensiones, AFPs, que son empresas privadas, las que – con mayor incidencia- se presentan como opción obligatoria del sistema de ahorro previsual (pensiones).

ii) Si atendemos la medida en que estos actores privados están sujetos a regulaciones constitucionales previstas, en realidad, para la Administración, podemos señalar que en la medida en que ciertas empresas u organizaciones puedan ser importantes para la sociedad, o para los ciudadanos, la instauración de ciertas vinculaciones constitucionales específicas, deviene necesaria. En este sentido, podríamos vislumbrar ciertos criterios a tomar en cuenta de cara a establecer grados de compromiso con los principios constitucionales:

1/ El mayor grado de pertenencia a la Administración del Estado, o bien dependiendo de los recursos públicos implicados en dicha organización, comportará respetar determinadas reglas de transparencia, control del gasto público, financiero/contable, nombramiento de su personal, rendición de cuentas de su actuación, entre otros (este sería el caso de las empresas públicas y, quizá en menor grado, el de las semi fiscales).

2/ En el campo de la contratación pública, donde, con la Administración colaboran por acotado periodo de tiempo ciertos actores privados en la prestación de servicios públicos; suministran bienes o servicios, construyen obras públicas y/o las tienen concesionadas, las reglas básicas constitucionales que deberían ser respetadas, arrancan desde su primera toma de contacto con la Administración, a tra-

vés de un proceso licitatorio (que respete los principios de publicidad, transparencia e igualdad), hasta al término de sus relaciones con aquélla en la prestación de sus servicios, donde durante toda su actuación y resultados, debería haberse visto reflejado el cumplimiento de todas las reglas básicas constitucionales: respeto y protección a los derechos de los administrados, acatamiento a las reglas de transparencia así como de las procedimentales, cumplimiento de la necesidad pública que justificaba el contrato público, entre otros.

3/ En cuanto a las empresas y organizaciones que, no estando participadas por la Administración del Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción del interés público, tal como lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas). Todo ello respetando la libertad de emprendimiento de esos agentes privados. En Chile, para el caso especial de las citadas ISAPRES y las AFP, las cuales cumplen un papel fundamental en el cumplimiento de una necesidad pública, la cuestión cobra especial interés, dado el importante rol que ambos desempeñan, correspondientemente, en la prestación de servicios de salud (ISAPRES = está prevista en la Constitución la posibilidad de un sistema de salud privado, art. 19, numeral 9, inc. 4° CPR) y en el sistema previsional o de pensiones (AFP, previsto por la Constitución la posibilidad que sean instituciones públicas o privadas las encargadas de asegurar prestaciones básicas de seguridad social, art. 19, numeral 18, inc. 3° CPR).

Si bien no pertenecen ni colaboran directamente con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que desempeñan, podrían llegar también a someterse a determinadas reglas de Derecho público, además de las propias del Derecho privado: transparencia, pro-

tección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, además de su organización privada de base pueden ser objeto de imperativos públicos: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad podría verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios. Aunque el modelo provee a esos objetivos mediante la creación de agencias o superintendencias.

iii) Al respecto, en las previsiones de la Constitución chilena, en primer lugar, en cuanto al desempeño de actividades económicas, encontramos el artículo 19, numeral 21 el cual dispone la existencia del derecho "a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan", y que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza", que "en tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado" (por lo tanto, previendo la posibilidad de que esta «actividad empresarial estatal» deba someterse a las normas imperantes en el Derecho público).

En segundo lugar, cabe destacar que, del articulado de la Constitución, se desprenden:

1°) De manera quizá más clara, mandatos directos tanto para la Administración (en el esencial cumplimiento de la promoción del bien común, art. 1° inc. 4° CPR) como para particulares o empresas que puedan coadyuvar en la satisfacción de este bien común; algunos preceptos (véase, entre otros, el mismo artículo 1° en su inc. 5°; el art. 5, inc. 2°, art. 19 numerales 9 [salud], 10 [educación] o 18 [seguridad social] CPR). En todo caso, la Administración – sin perjuicio que sea ella la que pueda prestar los servicios- queda como ente potestativo ordenador y de custodia de los intereses públicos, velando por el cumplimiento de los preceptos constitu-

cionales y legales por parte de los particulares;

2º) Por lo que respecta a las empresas prestadoras de servicios públicos o que importan por su contribución al bienestar social, no hay, como parece haber en la carta magna alemana "vinculaciones" expresas o siquiera implícitas de los mandatos constitucionales. Ulteriormente quizá resulte interesante para el caso de las empresas fiscales o semifiscales, lo dispuesto en el art. 8, inc. 1 CPR, según el cual: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones" (en el bien entendido que las empresas privadas pudieran desempeñar funciones públicas).

3. *¿De la Constitución se deriva alguna directriz específica para que una determinada institución o materia se regule necesariamente por el Derecho administrativo o el derecho privado? ¿O deja libertad al legislador? Y, si se deja libertad al legislador, ¿cabe matizar algo esa elección de régimen jurídico público o privado en el sentido, al menos, de que se respeten ciertos criterios o principios en todo caso?*

AVB: No existe una regla como la indicada en la Constitución chilena; de ahí que en principio el legislador es el que establece los regímenes sectoriales y distribuye las competencias administrativas y las posibilidades de actuación de los particulares, bajo el imperativo mayor de la libertad de emprendimiento privado (consagrado en el art. 19 N° 21 CPR = el derecho o libertad para desarrollar cualquier actividad económica). Al respecto: i) es paradigmático el caso de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, en que la propia Constitución deja abierta la posibilidad de la existencia de instituciones tanto públicas como privadas (art. 19 N° 9 CPR); ii) cabe citar el caso de los establecimientos educacionales privados, cuya existencia está garantizada directamente por la Constitución (art. 19 N° 11). Pero no hay reservas explícitas de actuaciones o regímenes de derecho público o privado.

4. *Por ejemplo, la responsabilidad extracontractual de la Administración o la contratación, ¿habrían de sujetarse a un régimen u otro, o a un régimen mixto, según la Constitución? Señaladamente, cuando una Constitución regula la responsabilidad del Estado y*

en particular la de la Administración -como en el caso colombiano o español-, ¿se entiende que la Constitución ha optado por un concreto modelo de responsabilidad y por un específico régimen -público o privado?

AVB: La Constitución chilena no ha tomado la opción de regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni ha optado por uno u otro modelo de responsabilidad (objetiva o subjetiva). Es el legislador que ha regulado la materia, si bien de un modo escueto (por ejemplo, en los arts. 152 LOC de Municipalidades; 4 y 42 LOC de Bases Generales de Administración del Estado, ambas de 1986), a partir de lo cual ha habido un desarrollo jurisprudencial. El modelo legal es especial: se acoge a la *falta de servicio*, esto es un modelo subjetivo (pero no basado en la culpa como es el caso de la responsabilidad de derecho privado); pero se aleja del modelo de responsabilidad objetiva (la que existe para casos excepcionales, señalados en leyes especiales).

5. *En el caso argentino, el debate se ha centrado en la cuestión competencial (la titularidad de la competencia se sigue de la naturaleza de la responsabilidad). ¿Se entiende entonces que la Constitución no ha predefinido el modelo de responsabilidad, ni, menos aún, ha dispuesto que el régimen sea jurídico-privado o jurídico-público? ¿Tampoco la Constitución chilena habría constitucionalizado el sistema de responsabilidad?*

AVB: En Chile, la CPR no ha optado por constitucionalizar el sistema de responsabilidad, por lo que las acciones de responsabilidad por daños son conocidas por los tribunales ordinarios de justicia que integran el Poder Judicial, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general. Al respecto, cabe señalar que el artículo 38 inciso 2º de la CPR, establece la regla general de acceso de los ciudadanos a los tribunales de justicia, para el caso que consideren lesionados sus derechos por parte de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, añadiendo "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Esta, no obstante, no es más que la puerta de acceso de los particulares a la Administración de justicia, pero de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia actuales, no constituye una

constitucionalización de la responsabilidad del Estado, porque, para empezar, ni siquiera establece cuál es el criterio de imputación aplicable. Durante la década de 1970, uno de los principales problemas en este ámbito radicaba en la imposibilidad práctica de hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el ámbito administrativo. Cabe recordar que la jurisprudencia de nuestros tribunales sostenía que tratándose de actos de autoridad era improcedente aplicar las normas sobre la materia del derecho privado y que la justicia ordinaria carecía de competencia para resolver los conflictos contencioso-administrativos, salvo en los casos en que una ley los hubiera dispuesto expresamente.

6. *Por otra parte, ¿es posible encontrar algunos límites a la libre elección del legislador? Por ejemplo, cuando en un ordenamiento se dispone que "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración", ¿cabría entender que esas limitaciones de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, en última instancia derivan de la Constitución en la medida en que ésta impone o exige que toda acción de la Administración se enderece a la satisfacción del interés general? ¿O es una cuestión que pertenece a la libre esfera del legislador?*

AVB: Al respecto, cabe en primer término señalar que la potestad legislativa, no es absoluta, dado que presenta claras limitaciones, como se encarga de decirlo expresamente la CPR paso a paso, en las mismas disposiciones en que consagra las libertades públicas; en otros sitios, como ocurre por ejemplo en materia minera, en la cual, excluyendo algunos aspectos del dominio de la ley simple, lo reserva en exclusiva a otro tipo de ley de rango orgánico constitucional (art. 19 N° 24 inc. 7°); o como ocurre también al autorizar la actividad empresarial de la Administración, lo cual se reserva a una ley de quórum calificado (art. 19 N° 21 inc. 2° CPR). Así, el legislador, desde un principio, no tiene la posibilidad de ejercer sus potestades legislativas en cualquier ámbito, sino sólo en aquellas materias que la CPR le permite. Esta es una primera limitación, y es lo que denominamos «dominio legal» o «reserva legal».

La expresión «dominio legal» aparece recogida en el artículo 32 inc.6° CPR, al indicar que el Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del «dominio legal».

Por otra parte, si atendemos a la autonomía de la voluntad en materia de contratación, debemos tener presente que el derecho administrativo y el derecho civil son dos disciplinas diferentes y, por ende, hablamos de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad a los privados. De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato.

7. *Y las normas de Derecho necesario, como las que en el caso colombiano se enumeran (selección del contratista, competencia...) ¿pueden entenderse como derivadas en cierto modo de la Constitución? ¿Cabría, por ejemplo, el argumento del principio de igualdad, de neutralidad de la Administración, de la mejor satisfacción del interés general (la mejor prestación al mejor precio) para fundamentar en la Constitución esas normas de Derecho necesario?*

AVB: Este tema no se ha discutido en Chile.

8. Respecto del régimen legal de los bienes, ¿se sigue de alguna disposición constitucional que su regulación a nivel de legislación ordinaria ha de corresponder al Derecho administrativo o al derecho privado)? ¿O es una cuestión que ha quedado a la libre decisión del legislador con algunos límites y garantías constitucionales?

AVB: La regulación de los bienes ha quedado plasmada en la Constitución. La desarrollo más ampliamente por su singularidad en el concierto del derecho comparado. Así:

i) La Constitución consagra directa y expresamente la *summa divisio* de los bienes, para lo que distingue dos campos jurídicos: *publicatio* y *appropriatio*; esto es, bienes públicos y privados. El punto de partida es el art.19 N° 23 inc.1° de la CPR que consagra la división o clasificación mayor (*summa divisio*) de los bienes, dividiéndolos en públicos y privados. Los bienes públicos (= "bienes nacionales de uso público" = "bienes que deban pertenecer a la Nación toda" = "bienes de dominio público") se componen de bienes de diferente naturaleza y origen, los cuales son tipificados como tales por una ley de quórum calificado (art. 19 N° 23 inc.2° CPR). La actualidad legislativa, jurisprudencial y doctrinaria en materia de bienes públicos, está o ha de estar necesariamente marcada por ese texto constitucional, el que bi-parte los bienes en públicos y privados (eliminando la posibilidad de que los bienes sean estatales, o tengan como titular al Estado).

ii) Esta *summa divisio* de los bienes está incorporada en una disposición constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes (de ahí lo novedosa que resultó ser la disposición del art.19 N° 23 CPR en 1980), pues reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto. A partir de los términos del art.19 N° 223 CPR se modifica y precisa una antigua clasificación, describiendo ahora el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, deja claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado o sus órganos, pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así

(dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres), hoy las cosas o los bienes sólo pueden ser: i) públicos (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la CPR en esta materia) o, ii) privados. A la dualidad público/privado (*publicatio/appropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la CPR ha antepuesto las *res communis omnium*; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta en la CPR es la siguiente: i) los bienes comunes a todos los hombres; ii) los públicos y, en fin, iii) los privados.

iii) Cabe agregar que se distinguen los bienes nacionales de uso público de los privados, en esencia, por las siguientes características:

a) Su uso público. Por ejemplo, el art.19 N° 13 inc.2° CPR al referirse a "plazas, calles y demás lugares de uso público" está remarcando no sólo su condición de bienes abiertos al "uso público", sino, además, al mismo tiempo, que este uso "público" implica falta de apropiación, de dominio.

b) Su inapropiabilidad. De acuerdo al art. 19 N° 23 inc.1° CPR los bienes que deban pertenecer a la Nación toda (en los casos en que "la ley lo declare así": esto es, quede afecta toda una clase o categoría de bienes a tal *publicatio*) no pueden ser adquiridos en dominio por las personas (naturales o jurídicas, de derecho privado o público); ley ésta que debe ser de quórum calificado (inc.2°), y sólo respecto de "algunos" bienes, pues la regla general para "toda clase de bienes" es la libertad de adquirir, como fluye de esta disposición constitucional. Por lo tanto, este de los bienes nacionales o públicos es un régimen de «excepción», para "algunos bienes", como dice la propia CPR, y la regla general es la libertad para adquirir "toda clase de bienes". Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no sólo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales y las municipalidades, que actúan en materia de bienes igual que los «particulares»), sino que también para el propio Estado, en ese sentido genérico que los anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que,

a partir de la vigencia de la CPR de 1980, el Estado (escrito así, a secas, sin más) no es una «entidad» habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; sólo la “Nación toda” podrá serlo.

c) Su inenajenabilidad o inalienabilidad. Esta característica de los bienes públicos surge del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos (19 N° 23 CPR), por lo que las disposiciones civiles no podrían, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción (como de hecho ocurre: vid. arts. 1.105, 1.464 N° 1 y 2.498 inc.1° CC, respectivamente), ni tampoco en virtud de las leyes podría disponerse su “enajenación”, palabra esta última desajustada para este tipo de bienes en que no opera el comercio jurídico-privado, al que se aplica tal concepto. En materia de bienes públicos, no cabe hablar de enajenación, pues es un supuesto imposible, dado que para que la enajenación operara previamente los bienes tendrían que ser desafectados, acto este último por el cual comienzan a ser apropiables. La desafectación es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la *publicatio* a la *appropriatio*. Por eso el art. 63 N° 10 CPR al referirse a la enajenación de los bienes fiscales y municipales no cubre los bienes públicos, pues no son susceptibles de tal figura jurídico-privada; los bienes públicos sólo son susceptibles de uso público o de concesión para su aprovechamiento; nunca de enajenación. Lo que sí puede suceder con estos bienes es dejar de ser nacionales o públicos, ya sea por una desafección genérica (cuando desaparezca el “interés nacional” a que se refiere el art.19 N° 23 inc. 2° CPR, y se realice por ley de quórum calificado), o por una excepcionalísima desafección particular (un trozo de camino público abandonado).

iv) Su régimen, en definitiva, lo establecen las leyes, del mismo modo que las posibilidades de uso público o privativo de los particulares. Pero el hecho de su afectación o desafectación, en sus rasgos esenciales, debe respetar el quórum calificado que consagra la CPR. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece una caracterización de estos bienes, señalando que sus características principales son: “a) que su dominio pertenece a la Nación toda; / b) que su uso

pertenece a todos los habitantes de la Nación; / c) que nadie puede disponer de ellos; d) que están fuera del comercio humano, y / e) que debe ser la ley la que los declare bienes nacionales de uso público”.

v) Una naturaleza jurídica singular como la de los bienes nacionales de uso público, también lleva aparejado un distinto régimen en cuanto a la intervención de éstos, diferente de los privados. El rol de la *publicatio* es transformar los bienes en bienes de dominio público, los cuales son administrados por la Administración. Esto conlleva también a que los privados que quieran aprovechar estos bienes deban seguir ciertos procedimientos para acceder a ellos, los cuales son establecidos por la Administración, y aquí llamamos procedimientos concesionales. La fiscalización que lleva a cabo la Administración sobre estos bienes se justifica no sólo en el interés público que existe sobre ellos, sino también por el interés del Fisco por recaudar recursos, lo cual puede no coincidir con el interés de la sociedad. Todo ello hoy se engloba en un interés público, y para cumplirlo, el Estado ha ideado una serie de técnicas interventoras, que señalo a continuación.

vi) Así, actualmente, la intervención administrativa en materia de bienes públicos se manifiesta, globalmente, a través de estas formas:

1. La *publicatio*. Ella significa impedir que los bienes públicos ingresen al tráfico jurídico-privado (al que, no obstante, en definitiva, en algunos casos tiene que llegar, como en las minas y aguas pero ya no como riqueza nacional, sino, una vez extraídas las aguas o los minerales, como una mercancía más del tráfico jurídico-privado) no sin antes cumplir una serie de requisitos: reconocimiento de la titularidad estatal y previa concesión.

2. El procedimiento concesional. La intervención en la constitución de las titularidades privadas que, limitadas a lo señalado anteriormente, permiten actuar legítimamente a los particulares en el sector. En otras palabras, la Administración se reserva la potestad de otorgar a los particulares el título que les permite acceder a la explotación: la concesión.

3. Fiscalización y fomento. Luego, al nacer los derechos reales administrativos

(sobre todo porque, como se ha dicho, éstos están inmersos en una especial relación jurídico-administrativa), estos derechos estarán constantemente limitados al cumplimiento de los deberes que le impone la ley, y que cautela o fiscaliza la Administración, ya sea en relación a la seguridad para las personas que trabajan en la actividad; al cumplimiento de su obligación de aprovechar, de trabajar efectivamente la riqueza. En esta función también la Administración se reserva el derecho de solucionar ciertos conflictos, a crear medios de fomento de la actividad (pues, como se ha dicho, no olvida el Estado la «clave fiscal», que deambula más de lo que se imagina en la explicación dogmática de todo el sistema del derecho de los bienes públicos).

4. La afectación como técnica de incorporación de los bienes al ámbito público. La afectación es aquella acción administrativa por medio de la cual se especifica y determina la calidad de público de determinado bien y, por tal razón, queda excluido del tráfico jurídico-privado. La afectación pública es una figura instrumental, que opera por los medios normales de los derechos positivo-normativos- y en virtud de la cual se integra un bien, dentro de la categoría pública; consecuentemente, tal bien queda excluido, como tal, de una apropiación privada directa. La afectación es esencial dentro de la construcción doctrinal de los bienes públicos; y es una figura central del Derecho Administrativo de bienes públicos, y opera como un título de potestades, y no sobre unos bienes sino sobre la actividad de aprovechamiento que los privados realizan en relación a tales bienes. El acto normativo que produce la publicación de las clases o categorías de bienes públicos, mediante la técnica de considerarlas como formando parte de un pretendido «dominio» de la Nación, adicionalmente dota a tal «dominio» de los caracteres de inalienable e imprescriptible, a diferencia de los bienes privados. El objetivo de estos artificiales caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad es, en realidad, impedir la operatividad de los modos originarios de adquisición del dominio civil, de la prescripción por la vía de la ocupación, en esencia; y posibilitar la plena operatividad del esquema concesional como único título creador originario de derechos en el sector.

II. Sistema de fuentes del Derecho

1. *¿Establece la Constitución el sistema de fuentes -o algún elemento de ese sistema- en referencia a la Administración? Es decir, para determinar la norma aplicable, ¿decide la Constitución que en una determinada materia el Derecho Privado sea supletorio o subsidiario? ¿O es el legislador el que caso por caso establece esa previsión? ¿En qué supuestos fundamentales el ordenamiento jurídico decide que el Derecho privado sea subsidiario o supletorio?*

AVB: La supletoriedad en términos generales, es un problema importante de la discusión en Chile. La discusión versa sobre la supletoriedad como técnica de heterointegración; sus diferencias con la analogía; leyes susceptibles/no susceptibles de supletoriedad; el caso de la Ley 19.880 de 2003, sobre procedimientos administrativos, que establece una supletoriedad entre normas de derecho administrativo; la autonomía de las disciplinas jurídicas; en fin, requisitos para su procedencia. Cabe mencionar que existen casos en que el legislador ha establecido la supletoriedad entre leyes administrativas (la citada ley de procedimiento administrativo; la Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; la Ley del Consumidor, entre otras).

La CPR no ofrece una respuesta concreta a la supletoriedad de las normas de derecho privado respecto de aquellas de Derecho administrativo, lo cual ha contribuido a que en Chile se hayan generado discusiones doctrinarias relativas a una supuesta supletoriedad general del Código Civil respecto de casos de Derecho administrativo, según reviso en la Primera Parte. En efecto, el análisis simplemente normativo de la supuesta supletoriedad del Código Civil, entronca con una posición de origen doctrinario que se ha desarrollado en Chile, según la cual ese código y una disciplina completa, el Derecho civil, sería el «derecho común» supletorio de todo el resto del ordenamiento y disciplinas jurídicas. Es una explicación del uso tan extendido de la supletoriedad, y descansa en un fenómeno psicológico: la creencia de la vigencia actual de un residuo histórico: el *ius commune* medieval, aplicado al actual Código Civil. De ahí que se pueda postular como falsa la supletoriedad general

del CC respecto de las demás leyes, en especial el caso de las leyes administrativas. En el análisis que se realiza *supra*, se ofrece bibliografía al respecto.

2. En los casos en que el ordenamiento jurídico haya decidido que el derecho privado sea supletorio, ¿entiende la doctrina y/o la jurisprudencia que esa remisión tiene sus límites o matices? ¿Considera la doctrina o la jurisprudencia que esas remisiones están suficientemente ponderadas? ¿Se evalúan las consecuencias o efectos de esa remisión al derecho privado?

AVB: En el plano doctrinal, además de mi trabajo monográfico que cito más arriba⁴, el profesor Jorge Bermúdez Soto, quizá en respuesta a mi monografía, publicó otra⁵, en la que postulaba que las relaciones entre el Derecho administrativo y el generalmente (mal) llamado “derecho común”, son estrechas (al menos para el caso chileno). Dicha discusión resulta muy atingente a lo aquí ahora desarrollado, pues a grandes rasgos el profesor Bermúdez defiende la facultad de relleno de lagunas en el Derecho administrativo por parte del Código Civil, arguyendo motivos de seguridad jurídica, y por el origen común de parte de las instituciones de aquél; lo que complementa con el tronco común del que brotan las sanciones administrativas y las penales (Derecho penal), que no es otro que el *ius puniendi* que ostenta el Estado para ordenar, prever o reprimir conductas antijurídicas desde el punto de vista penal o administrativo. En mi libro de 2023, citado en nota, realizo una contestación sistemática y formal a los postulados que él ofrece en su obra; pero a efectos de ofrecer un resumen de los aspectos generales debatidos, puedo adelantar lo siguiente:

1) Con carácter global el profesor Bermúdez afirma que dado que el Derecho administrativo en Chile es incompleto desde el punto de vista normativo (lo que es cierto), por la carencia y dispersión de su regulación, por lo que a su juicio cabe acudir a normas del Derecho civil y penal, y que la distinción entre derecho privado/derecho público sólo tiene utilidad en la didáctica jurídica; no así en la práctica. Entonces, por motivos de seguridad ju-

rídica, resulta razonable postular el uso subsidiario de aquéllos. En ese primer estadio citado, yo defiendo que no sólo es útil separar entre ambas ramas a los efectos didácticos, sino también prácticos: pues hablamos de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad (con las matizaciones más arriba apuntadas), a los privados. De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato. En fin, la dispersión normativa y lo incompleto de la disciplina administrativa en Chile, no creo que sea un motivo de peso como para quedarnos únicamente con instrumentos de otras disciplinas jurídicas que puedan producir aplicaciones incoherentes del Derecho. Es por ello por lo que debemos buscar bien entre los recursos actuales que nos brinde el Derecho administrativo chileno, y en caso de aparición de lagunas, no es dable conformarse, como se ha expresado, con una aplicación automática del llamado “derecho común”; resulta menester sujetarse a la necesidad de aplicación de los principios jurídicos de la materia, para lograr la interpretación que más se adecúe a la norma a aplicar en cada caso concreto.

⁴ VERGARA 2010, 136 [Véase ahora su 2ª. edición en: Madrid: Tirant lo Blanch, 2023, 270.]

⁵ BERMÚDEZ 2012, 127

2) El profesor Bermúdez, ante el silencio de la ley para colmar una laguna, defiende que deben rellenarse de acuerdo a la aplicación analógica de otra norma de derecho positivo, o bien recurriendo a la equidad, aduciendo que los principios y costumbres juegan un papel secundario. Por mi parte postulo que los principios jurídicos resultan más acertados que intentar forzar una aplicación basada en la supletoriedad o la analogía, por el peligro que podría suponer un relleno de lagunas incoherente con materias relativas al Derecho administrativo. De esta forma se consiguen, al menos, tres objetivos: i) seguridad jurídica, tanto para el aplicador de la norma como para a quien se le aplica; ii) perdurabilidad en el criterio, puesto que se habrá realizado un mejor trabajo y más consistente de integración que evite en cierta medida los criterios cambiantes en la Jurisprudencia, de lo contrario viviríamos a la expectativa del criterio cambiante; y, iii) ayudar a perfilar una disciplina, desarrollándola y dándole integridad.

En referencia a la equidad no puede, en el caso del Derecho administrativo, estar representada por el Código Civil, porque lo que es justo en derecho privado puede que no lo sea para nuestra disciplina. Precisamente, por el hecho que las disciplinas jurídicas tienen principios jurídicos e instituciones distintas; una equidad aplicada siguiendo el Código Civil en otra disciplina distinta como lo es el Derecho administrativo, puede crear distorsiones en la aplicación de la equidad, por lo que ésta debe situarse en los parámetros concretos de cada disciplina. Recordemos la contraposición autonomía de la voluntad/principio de legalidad

3) El siguiente punto de discusión versa sobre si cabe entender al Derecho administrativo como sistema autónomo, o si es un derecho estatutario, al cual – en ausencia de normas específicas- quepa aplicarle el derecho privado supletorio, decantándose Bermúdez por esto último. En mi visión, si bien es cierto que el Derecho administrativo se ha hecho valer de las herramientas que tenía a su alcance para conformarse, éste ha seguido un proceso evolutivo positivo, favorecido en gran medida gracias al proceso de descodificación, creándose reglas especiales o de excepción, que permite una aplicación

más adecuada a las realidades actuales. Entonces, la falta de regulación del Derecho administrativo no debe ser óbice ni excusa para quitarle importancia y autonomía, es deber y necesidad de la sociedad el avanzar hacia la perfección de sus instituciones y del Derecho aplicable. La visión que muestra el Profesor Bermúdez, en mi opinión tiende a la estanqueidad; una visión conformista y poco proclive por la promoción del desarrollo de la disciplina, apegándola al viejo Código Civil. Su modelo de soluciones consiste en la introducción de remedios provisorios a las situaciones jurídicas que se presenten en los casos, como para “salir del paso”, hecho que no obedece a la necesidad evolutiva que requiere el Derecho.

4) En cuanto a la existencia de un derecho común, el profesor Bermúdez apunta que el Derecho administrativo, para completarse, bebe del Derecho civil y del Derecho penal (éste último, en el campo de las infracciones y sanciones administrativas), apuntando razones de seguridad jurídica, falta de normas especiales y de una jurisdicción orgánica de lo contencioso administrativo, y que las normas del Código Civil son de orden público, entre algunas razones más. Por mi parte, entiendo que el derecho común de la Administración pública, de los sujetos que se relacionan con ella, de los sectores que regula, y de cualesquiera otras instituciones derivadas de todos ellos, es el propio Derecho administrativo de corte general, que sirve para integrar aquellas situaciones de carácter especial (como pudiera ser el Derecho de energía, Derecho de aguas, Derecho urbanístico, etc.), de acuerdo a sus cuerpos normativos generales (por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo) y los principios jurídicos especiales. Entiendo que, ante cualquier situación, el recurso a los códigos Civil y Penal debe ser de *ultima ratio*, residuales en caso de que lo anterior no arrojará una solución plausible, y que, además, su aplicación (supletoria o analógica) debe sufrir la necesaria adaptación a una situación propia del Derecho administrativo.

En resumen, vengo a significar que no es posible una aplicación automática del CC, y que prelativamente debemos acudir a la técnica de integración por medio

de los principios jurídicos propios de la disciplina.

3. *Por ejemplo, ¿se piensa que la Administración, aunque se rija por el derecho privado, no debe disfrutar del mismo grado de autonomía de la voluntad que un actor privado ordinario, que puede decidir sobre sus bienes o contratar en los términos que tenga por conveniente, con respeto, claro, de los límites del derecho privado? ¿Entiende la doctrina y/o la jurisprudencia que siempre que esté presente la Administración pública ésta habrá de someterse a reglas y normas más rigurosas, a más limitaciones y controles que cualquier otro actor, y ello con independencia de que someta en su actuación al Derecho Administrativo o al derecho privado?*

AVB: La Administración, incluso en los casos excepcionales en que por designio del legislador se rige por el derecho privado, no goza del mismo grado de autonomía que un privado, ya que constatamos la existencia de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad a los privados. En efecto:

i) De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato.

ii) Además, considerando el rol que desempeña la Administración en el Estado, se justifica el establecimiento de reglas diversas a la de los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos (las llamadas normas mixtas). Cabe partir afirmando la certeza sobre que todo lo que afecta al común de los ciudadanos debe regirse por unas normas "especiales" (similares a las "públicas"), diferentes a las normas "privadas", propias de las relaciones entre particulares. Ello en consideración de dos razones, apuntadas por el profesor Schmidt-Assmann:

La primera, por el grado de afectación de las decisiones y actuaciones públicas: con carácter general inciden sobre un colectivo numeroso, que puede ser directo o indirecto (ej. otorgar un permiso de construcción para levantar un edificio, impacta sobre la esfera jurídica de quien materializará la obra [afectación directa]; pero también pudiera afectar a los vecinos de las edificaciones adyacentes, por la posibilidad que vaya a modificarles las vistas, las emisiones acústicas, etc. [afectación indirecta]).

La segunda, debería tenerse en consideración que, una mayor extensión en las decisiones que tome un ente público, o en las actuaciones que lleve a cabo, requieren de una regulación especial que configure tanto los alcances como los límites de aquél. En este sentido, las actuaciones y decisiones públicas pueden generar efectos positivos, para unos, y negativos, para otros (ej. una expropiación forzosa, genera un efecto positivo para el beneficiario de lo expropiado, pues incorpora en su patrimonio un bien que deberá poner al servicio de lo proyectado [una carretera, de la que acabará quizá obteniendo un rédito con motivo de su concesión]; pero quizá negativos para los afectados por la expropiación, pues es posible que sus bienes se valoren por debajo del valor del mercado, y que el justiprecio a obtener no sea, precisamente, el justo).

Siguiendo ese ejemplo, debe haber un equilibrio entre: i) la fuerza exorbitante que puede ejercer el ente público para expropiar los terrenos, motivándose en intereses públicos, y ii) los mecanismos de defensa que la normativa disponga, para que el particular pueda ejercerlos en

caso que aquél se desvíe de su poder, o contravenga, por ejemplo, normas y garantías procedimentales.

Entonces, la actuación de la Administración, encuentra su límite fundamentalmente en el principio de legalidad.

4. *Por ejemplo, si la Administración crea una sociedad mercantil para prestar un servicio de transporte público local, ¿puede seleccionar al personal y comprar los medios de transporte con toda libertad o ha de seguir reglas más estrictas, como el concurso para seleccionar el personal y los bienes o equipos que necesite?*

AVB: Lo que parece desprenderse de la legislación sectorial que regula todos estos servicios, en general, es que, todo prestador de un servicio de interés público, puede tener ciertos privilegios, pero también reforzadas obligaciones que derivan precisamente de esta normativa de derecho público, amparadas, precisamente, en la prestación de servicio público liberalizado (situación muy notoria en el caso de Chile, pues de manera exponencial, la liberalización de dichos servicios se dio con gran intensidad en la década de los ochenta y aún perdura en varios sectores muy relevantes: electricidad, telecomunicaciones, servicios sanitarios, entre otros)

5. *O si la Administración celebra un contrato de derecho privado, ¿se encuentra con límites específicos, distintos a los que tendrían las partes de ser ambas privadas?*

AVB: De acuerdo a la ley chilena, todos los contratos que celebra la Administración cabe calificarlos de "administrativos", aplicándoseles un régimen especial exorbitante al del derecho privado. Por lo tanto, no existe esta alternativa de celebrar contratos "privados" por la Administración, por el hecho de no ser ella un sujeto privado. Ello surge así de la Ley N° 19.886, de 2003, citada más arriba.

6. *O en la gestión de los bienes de dominio privado de la Administración, ¿posee ésta la misma libertad o autonomía de la voluntad que un sujeto privado? ¿O, por el contrario, la gestión de esos bienes se sujeta a específicas exigencias, como pudieran ser un deber de buscar la rentabilidad o puesta en valor del bien de que se trate?*

AVB: Aquí debe atenderse a la figura del Fisco. Al respecto:

i) El Fisco, que es en Chile, desde el siglo XIX, una persona jurídica de derecho público (art.547 inc.2° CC), a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa únicamente en la esfera patrimonial, usualmente bajo el mismo régimen de base que un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular regido por el Código Civil; lo cual no debe confundirse con la finalidad de su utilización; o de las «capacidades» para disponer de ellos; o de la responsabilidad de sus agentes.

ii) A la pregunta sobre qué principios resultan de aplicación, cabe responder que dependerá del tipo de contrato que lleve a cabo la Administración en su esfera de sujeto de derecho privado; al menos respecto las situaciones descritas por el DL N° 1.939, cabe observar reglas especiales que le permiten al órgano que administra tales bienes fiscales (al Ministerio de Bienes Nacionales) celebrar algunos contratos típicamente privados como también concesiones respecto de tales bienes. El mayor problema, no obstante, sigue siendo la aplicación de normas del derecho privado a los contratos administrativos; pues no siempre resultan acertadas, y quien adjudica el Derecho, esto es, el juez, no siempre tiene conocimientos acabados sobre Derecho administrativo.

Aun considerando que en materia de contratación pública, la existencia de normas especiales constituye de cierta forma una garantía para los administrados y para la Administración (a pesar que las normas se encuentren algo dispersas), la ausencia de una jurisdicción orgánica y especializada contencioso administrativa sigue resultando el mayor problema.

Existe una regulación de derecho público respecto de los bienes fiscales, que salvaguarda el cumplimiento de los fines de interés general señalados, incorporando de un modo singular la técnica de la concesión para la utilización privativa de estos bienes fiscales por parte de particulares, quienes adquieren en dichos casos un "derecho real administrativo", típico de las relaciones jurídicas concesionales sobre bienes públicos. Generándose así una singularidad: el fisco como propietario de bienes regidos por sistema posesorio privado, a través de un órgano administrativo, y mediando un acto administrativo le otorga a particulares un dere-

cho real administrativo para el uso privado; como se ve instrumentos y técnicas de derecho público, en lugar de técnicas de derecho privado (como arrendamientos, por ejemplo).

III. La ecuación "ejercicio de autoridad y Derecho Administrativo"

¿Se deriva de la Constitución -o de la legislación- que siempre que haya ejercicio de autoridad habrá de regirse la Administración por el Derecho administrativo sin remisión al derecho privado? ¿La Constitución dispone explícita o implícitamente que la Administración deba sujetarse a normas especiales, a límites más rigurosos siempre y en todo caso?

AVB: Aquí encontramos la sujeción que todo órgano de la Administración del Estado debe tener respecto al artículo 6 y 7 de la Constitución, los cuales consagran el principio de juridicidad. El rol que desempeña la Administración justifica el establecimiento de reglas diversas y límites más rigurosos a los que se establecen para los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos.

IV. ¿"Reserva constitucional de Derecho Administrativo"?

1. *¿Puede decirse que en el respectivo ordenamiento existe una especie de "reserva constitucional" en favor del derecho público, en el sentido de que hay actividades que no pueden nunca privatizarse y, en consecuencia, sujetarse al derecho privado?*

AVB: No existe una enumeración de actividades, pero sí una aplicación del principio de subsidiariedad, en el sentido de que el Estado y sus órganos no debiese invadir aquellas materias (usualmente mercantiles) que desarrollan los particulares. En la praxis, se traduce en la necesidad de leyes de quorum calificado para la creación de empresas estatales.

2. *¿Dónde estarían los límites de la privatización (entendida aquí como la transferencia al sector privado de actividades o responsabilidades que antes llevaba a cabo la Administración y que ahora se confían al sector privado)?*

AVB: En el contexto actual somos testigos de un conjunto de regulaciones de sectores "especiales", en las que se ha ido produciendo una renovación del rol asignado tradicionalmente a la Administración y a los particulares, conformán-

dose un nuevo escenario regulatorio: hoy son los particulares los que llevan adelante la prestación de relevantes servicios públicos (como es el caso de los servicios sanitarios, de energía y telecomunicaciones), enfrentándose la Administración a un reposicionamiento de su rol, pues ya no recae sobre esta la responsabilidad de prestar directamente tales servicios, sino únicamente de ejercer un conjunto de nuevas potestades, esencialmente supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras, a fin de verificar que los particulares desarrollen las actividades de servicios públicos cumpliendo con el marco normativo vigente, y con los estándares de universalidad, generalidad, seguridad y calidad dispuestos en la legislación.

Este nuevo escenario se ha ido configurando como consecuencia de una revolución regulatoria iniciada hace cuarenta años en Chile (desde principios de la década de 1980), y caracterizada principalmente por un conjunto de liberalizaciones operadas con mucha intensidad, tanto sobre los servicios públicos indicados, como sobre dos recursos naturales muy relevantes para la economía del país: las aguas y las minas; generándose así nuevas reglas a través de las que se brindan importantes incentivos para que los particulares obtengan los títulos necesarios para la explotación de dichos recursos, con una muy baja discrecionalidad de la Administración para denegar su otorgamiento y casi ninguna posibilidad para caducarlos, así como una importante intangibilidad de los títulos obtenidos. Sumado a ello, en el caso de los bienes públicos no estatales, se ha producido la completa desaparición de la hipótesis jurídica del Estado como propietario de relevantes bienes y recursos; reflejándose a su rol ordenador/administrador de tales bienes, que siempre o casi siempre, son gestionados por los particulares o la sociedad organizada. En este marco, se han ido consolidando ciertas exigencias que conforman lo que podríamos denominar las "buenas regulaciones": estas deben diseñarse de tal modo que se descentralice la toma de decisiones y se otorgue certeza a los particulares, y por otro lado, que la Administración del lleve adecuadamente la labor de fiscalización, supervigilancia y sanción, pero sin superponerse o invadir la labor de los particulares, afectando las atribuciones y los derechos

que la nueva configuración regulatoria les reconoce.

Hasta aquí, se podría decir que esta revolución regulatoria se habría basado, casi en exclusividad, en este reposicionamiento de los roles de la Administración y de los privados. Sin embargo, en algunos casos, como la energía y las aguas, el reposicionamiento no solo ha puesto al individuo o a las empresas frente a la Administración, sino también ha puesto a la comunidad organizada colectivamente, a través de sistemas de autogobierno, frente a la Administración (como es el caso de la administración de las aguas en Chile, en que la distribución, que es una forma de administrar, la realizan organismos "no estatales": las juntas de vigilancia, conformadas por los particulares usuarios de las mismas). Ello, no solo ha complejizado mucho más las interacciones en los sectores regulados, sino también los conflictos que puedan surgir en estos. Es por ello que la más reciente reforma regulatoria impulsada en Chile, la regulación del medio ambiente, ha venido a consolidar un nuevo modelo, arduamente criticado y que se pensaba olvidado: la resolución especializada de conflictos, y su necesaria incorporación como elemento fundamental para el éxito de cualquier regulación.

El texto constitucional chileno parece delegar en el Estado (y a la Administración, en concreto) el respeto por las exigencias constitucionales y legales hacia tales entes que no necesariamente pertenezcan a éste, y que presten servicios de interés.

3. *¿La jurisprudencia se ha planteado en alguna ocasión si una materia relacionada con la Administración no puede desempeñarse en ningún caso a través del Derecho Privado?*

AVB: La jurisprudencia no ha formulado una doctrina así. Pero, cabe relacionarlo con la aplicación supletoria del CC, en que la jurisprudencia suele aplicar el CC a materias administrativas (si bien de modo excepcional, como se dice *supra*). En todo caso, existe una línea jurisprudencia minoritaria (que destaco en el análisis jurisprudencial en Vergara, 2021) que postula lo inadecuado que es aplicar el derecho privado (= Código Civil) a causas de naturaleza administrativa.

4. *¿Podría la Administración ejercer autoidad o potestades administrativas con some-*

timiento al derecho privado y no al Derecho administrativo?

AVB: Existen aspectos de derecho público que son insoslayables al momento de ejercer una potestad administrativa, como es el principio de juridicidad, consagrado en los arts. 6 y 7 de la CPR. En concreto, las tres principales potestades de los poderes del Estado son: legislar, juzgar y administrar, y dentro de cada una de estas se encuentran otras más especializadas. La potestad constituyente, en tanto, se halla reservada al pueblo, para ejercerla usualmente sólo en plebiscito, conforme dispone el inciso primero del artículo 5° CPR. Las potestades administrativas deben surgir siempre de la ley (salvo aquellas tipificadas directamente por la Constitución) y se debe resaltar que sólo se tiene potestad cuando la actuación del órgano administrativo se enmarca dentro del tipo potestativo, es decir, dentro de la figura legal que lo habilita a ejecutar ciertos actos. Para entender esto deberemos tener presente en adelante dos disposiciones esenciales para la materia: los arts. 6 y 7 CPR, recordando que todo acto no ajustado a este último precepto comporta la nulidad administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones establecidas por la ley.

A partir de la CPR de 1980, el análisis jurídico de la actividad administrativa y de las personas debe realizarse conjugando dos realidades: por un lado, las «potestades públicas» y, por otro, las «libertades públicas». Debe resolverse, así, esa constante lucha entre las potestades que pretende arrogarse el titular del poder público de frente a las necesarias libertades públicas de los administrados, y a este respecto la CPR de 1980 fija un marco que trata de conjugar ambas realidades. Y las potestades se rigen por el derecho público y las libertades por el derecho privado, es difícil concebir que un acto potestativo se rija por el derecho privado. Distinto es el caso que a un órgano de naturaleza privada se le confiera una potestad pública (es el caso de las juntas de vigilancias de ríos públicos, a quienes la ley les confiere la potestad pública de distribuir las aguas); pero en ese caso el ejercicio de la potestad se rige por el derecho público.

Desde otra perspectiva, el tema de las potestades públicas es materia de Derecho Administrativo. El tema de las libertades, en cuanto a los alcances de su consagración, como garantías, es una materia propia del Derecho político o constitucional.

5. *¿Puede la Administración otorgar mediante concesión a sujetos privados el ejercicio de una potestad, pero sometida al derecho privado?*

AVB: Esto no ha sucedido en la praxis en esos términos. Existen materias entregadas a órganos privados autónomos (distribución de las aguas de los ríos; servicio de agua potable rural) pero para ello no se necesita concesión, pues es una atribución que la ley entrega directamente a esas organizaciones privadas, pero regida por el derecho público. Mediante concesiones igualmente se puede entregar la prestación de un servicio público a un particular, pero siempre se realizará mediante un régimen de derecho público; ello, pues queda siempre ligado a los principios clásicos de todo servicio público: continuidad, regularidad, calidad, igualdad, entre otros. Pero es difícil concebir el ejercicio de una potestad mediante reglas de derecho privado por el rompimiento que ello significaría a la esencia de una actividad pública (con los imperativos recién enumerados), lo que es contradictorio de la esencia de una actividad privada (caracterizada por la autonomía de la voluntad).

V. El criterio del interés público o general y del interés particular.

1. *¿Se considera superada la tesis según la cual el derecho público pretende satisfacer el interés general, mientras que el derecho privado sólo busca el interés particular?*

AVB: No pareciera que exista una discusión jurídica al respecto, pues parece evidente la finalidad de cada sector del derecho. La discusión es usualmente política (privatización versus estatización). Existen casos especiales en que se entrecruzan los ordenamientos privado y público, pero sin perder el objetivo de cada actividad pública o privada. Lo anterior no debe ser confundido con el hecho de que *sujetos privados* puedan llevar adelante actividades de naturaleza pública (es el caso de los concesionarios de ser-

vicio público), en que la actividad misma quedará sujeta al derecho público. De ahí que cabe distinguir a que aspecto de la relación jurídica o actividad es referida la observación. En efecto, la Constitución no prohíbe la entrega de actividades de índole pública (servicios públicos) a empresas privadas; pero eso no significa que esos servicios públicos se rijan por el derecho privado; se seguirán rigiendo por el derecho público, solo que el sujeto que presta ese servicio ya no será un órgano público sino un particular.

2. *Por ejemplo, cuando la Administración crea una sociedad mercantil para gestionar a través de ella un servicio público estaría utilizando el derecho privado al servicio del interés general. ¿Se admite esta opinión en el respectivo ordenamiento?*

AVB: Es perfectamente posible, como se acaba de señalar, que una sociedad mercantil gestione un servicio público; pero ello no implica que sea el derecho privado el que rija la prestación de ese servicio público, sino que será un servicio público (regido por el derecho público) que es prestado por un sujeto de derecho privado (esto es, que no es un órgano público). En efecto:

i) Existen situaciones donde los particulares pueden ser colaboradores de la Administración (ej. Contratistas) o prestan, por mandato constitucional o legal servicios de interés público (como en Chile pudieran ser los sistemas de salud privados, a través de las ISAPRES⁶). En estos casos, sería necesaria la atenuación de los principios aplicables a los sujetos privados (como el de la autonomía de la voluntad), pues no hay que olvidar que éstos contribuyen junto a la Administración (por ejemplo, un concesionario de una autopista) o de forma alternativa (como las mencionadas ISAPRES) al ofrecimiento de un servicio público, cuyo destinatario final es la población, a la que debería ofrecérsele todas las garantías, derechos y exigencia de obligaciones que de la legislación se desprendan.

ii) Si bien no pertenecen ni colaboran con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que

⁶ Previsión constitucional en el artículo 19, numeral 9°, inc. 5° de la Constitución Política de la República. Más información sobre estas instituciones en: <http://www.su-persalud.gob.cl/664/w3-article-2528.html>

desempeñan, deberían también someterse a determinadas reglas de derecho público, además de las propias del derecho privado: transparencia, protección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, tampoco pueden siempre parapetarse en su forma de organización privada: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad, debería verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios.

3. *Por ejemplo, cuando una empresa presta el servicio de telefonía móvil -es decir, presta, según muchos ordenamientos, un servicio público en régimen de mercado-, ¿se puede decir que a través del derecho privado que regula la vida de esa empresa se satisface el interés general?*

AVB: No se podría decir eso en la regulación chilena, en que se trata simplemente de un particular que presta un servicio público, y que se somete tanto a las reglas del derecho público en cuanto a ese servicio (su calidad, continuidad, regularidad, etc.); como a las reglas del derecho privado en su organización mercantil o corporativa, o en su relación jurídica de suministro con cada usuario. Existen igualmente normas mixtas que configuran esa doble naturaleza de régimen.

4. *La operadora de telefonía podría estar sujeta a normas de Derecho administrativo (que le impone la ley y el regulador) y a normas de derecho privado, aunque más exigentes que si fuera una empresa que trabajara en otro sector. ¿Se admite esta opinión en el respectivo ordenamiento jurídico?*

AVB: En cuanto a las empresas y organizaciones que no estando participadas por órganos del Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción del interés público, tal como

lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas.

El resto de actores mencionados (empresas que prestan servicios de interés público), encuentran su regulación en la normativa sectorial, la que, sin perjuicio de sus respectivas regulaciones, las que vienen a normar la actuación de todos los actores (institucionalidad pública y privada) que intervienen en cada ámbito especializado: los prestadores de telecomunicaciones (Ley N° 18.168, general de telecomunicaciones, de 1982); el sector eléctrico (Decreto con Fuerza de Ley N° 4, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica); el sector minero (Ley N° 18.248, del Código de Minería, de 1982, y la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097, sobre concesiones mineras, de 1983); en fin, entre otros, el sector sanitario (Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1989, la Ley General de Servicios Sanitarios).

En definitiva, lo que parece desprenderse de la legislación sectorial que regula todos estos servicios, en general, es que, todo prestador de un servicio de interés público, se rige por el derecho público en cuanto a la prestación, pero también tiene a la vez reforzadas obligaciones que derivan precisamente de esa normativa de derecho público, amparadas, precisamente, en la prestación de servicio público liberalizado (situación muy notoria en el caso de Chile, pues de manera exponencial, la liberalización de tales servicios público se dio con gran intensidad en la década de los ochenta).

5. *Como sucede en el caso colombiano, donde de determinadas materias, como la contratación, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa aun cuando la cuestión sustantiva se halle regulada por el derecho privado, cabría preguntarse si ello ha supuesto alguna ventaja para una mejor gestión administrativa y un control más profundo. ¿Conoce la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los aspectos del contrato o algunos se ventilan ante la jurisdicción ordinaria? En este caso concreto, ¿cómo se garantizan en la jurisprudencia contencioso-administrativa los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal?*

AVB: En Chile no existe, en forma orgánica, jurisdicción administrativa propiamente tal, por lo que cabe recabarla en todos los órdenes de jurisdicción existentes. En otras palabras, dado que no existen tribunales especiales administrativos, las causas cuya materia sea administrativa la conocen los tribunales ordinarios de justicia, utilizando para ello tanto el procedimiento ordinario como ciertos procedimientos especiales. En todo caso, el sistema de control de la juridicidad administrativa también incorpora un órgano independiente de la Administración, no jurisdiccional, que ejerce la supervigilancia de todo órgano de la Administración: la Contraloría General de la República (CGR). Este órgano de control, a su vez, está también sometido al control judicial de sus actos.

Los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial ejercen la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo supletorio y general, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general. El conocimiento de toda otra acción administrativa, y que no tenga asignado un procedimiento o un tribunal especial (como es el caso de la responsabilidad por daños, y de la llamada "nulidad de derecho público"), está confiado a los tribunales que integran el Poder Judicial (a través del procedimiento general u ordinario, supletorio). En materia administrativa, a los tribunales ordinarios, a través del procedimiento ordinario, les corresponde conocer, entonces, de los juicios de: i) nulidad y ii) responsabilidad por daños.

Cabe agregar que actualmente en Chile se presenta un creciente desarrollo de una justicia administrativa hiper-especializada, en la cual, por ejemplo, en materia de contratación pública, se ha creado el Tribunal de la Contratación Pública. También existen tribunales especiales en materia eléctrica, de impuestos, de transparencia y ambiental.

VI. La doble misión del Derecho Administrativo

1. *¿Se admite normalmente por la doctrina y/o la jurisprudencia que el Derecho administrativo tiene una doble función, la de atribuir prerrogativas y potestades en favor de*

la Administración, y la de defensa y tutela del individuo?

AVB: Aquí cabe mencionar la existencia, desde el punto de vista teórico, de un núcleo dogmático del Derecho administrativo como disciplina. En Derecho administrativo son tres los ámbitos o temas que esencialmente conforman la disciplina y que constituyen su «núcleo dogmático». Estos fluyen de los siguientes tres hechos coligados:

i) De la existencia de la Administración como hecho jurídico, y de su regulación normativa, que la configura como un poder sujeto a control jurídico (primera base dogmática del Derecho administrativo); surge el principio del control judicial de toda actuación administrativa, principalmente para evitar la autorregulación de la Administración. Es la antesala para asegurar la plena vigencia de los principios siguientes.

ii) Del hecho de la existencia de Administración y personas («administrados» en clave dogmática), y de la correlativa acción administrativa en su regulación normativa, se configuran técnicas para crear, y a su vez, limitar las potestades de la Administración (segunda base dogmática del Derecho administrativo). Para su despliegue existe el principio de juridicidad de la actuación administrativa⁷.

iii) En fin, de la ineludible dignidad e intangibilidad patrimonial de las personas que actúan como «administrados» en su relación con la Administración; titularidades que quedan configuradas, en su regulación normativa, y que pueden verse afectadas por la Administración. Son las garantías que en clave de dogmática administrativa se transfiguran en «derechos públicos subjetivos» (tercera base dogmática del Derecho administrativo), y para su protección se articula el principio de la protección de los derechos del administrado.

En base a estos tres hechos regulados, instituciones y principios; que especifican los tres temas esenciales de la relación jurídico-administrativa, se produce la construcción del Derecho administrativo.

⁷ Recogido en los artículos 6 y 7, inciso 3° de la CPR y artículo 2 de la LOCBGAE, si bien éste último, más apegado al respeto hacia la legalidad.

A partir de lo cual la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado de manera conteste ambas misiones del derecho administrativo: por una parte, atribuir competencias a los órganos de la Administración y, por otra, la tutela de los derechos subjetivos de los administrados.

2. *Por ejemplo, respecto de Argentina se dice que el Derecho administrativo se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública (p.ej. teoría de los actos favorables). ¿Cuáles serían esos principios y técnicas?*

AVB: parece atinente únicamente para el caso argentino. Salvo que la referencia sea a los principios generales del derecho como técnica integradora de las lagunas legales; lo que es plenamente aplicable en Chile, y suele ser la técnica a través de la cual, por ejemplo, se incorpora a la regulación el principio de la confianza legítima, el que, por cierto, no está contenido en legislación alguna, pero es la base de mucha jurisprudencia, considerado como derecho vigente (por su condición de principio general de derecho).

3. *Por ejemplo, respecto de Chile se dice que "lo que afecta al común de los ciudadanos debe regirse por normas especiales, diferentes de las normas privadas". ¿Quiere decirse entonces que a través del Derecho privado, tanto la Administración como determinados sujetos privados próximos a la Administración (como en los sectores regulados) no estarían afectando "al común de los ciudadanos"?*

AVB: No se quiso significar lo último, pues la regulación de derecho privado igualmente afecta a la comunidad de particulares relacionados entre sí. Se quiso significar que las finalidades de las potestades administrativas están dirigidas a cuidar el bien común, lo que es característico de la relación administrativa; no así el derecho privado, en que rige la autonomía de la voluntad.

4. *¿Puede decirse en el respectivo ordenamiento jurídico que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho que se ocupa de organizar la vida en sociedad, y que para ello sigue técnicas de actuación muy variadas, y que unas veces serán manifestación de ejercicio de autoridad y otras no?*

AVB: Efectivamente, por una parte, existe atribución de potestades a autoridades administrativas, y por otra la existencia de

limitaciones y controles que tienen por fin último el respeto de los derechos públicos subjetivos. Pero lo más usual es el ejercicio de potestades de autoridad. De otro modo, sin potestades, no se trata de la actuación de un órgano administrativo.

VII. *Actividad material, Derecho blando (actividades que no producen efectos jurídicos hacia terceros)*

Cuando la Administración se sujeta al Derecho administrativo, pero no ejerce autoridad (y su actuación no produce efectos jurídicos vinculantes), como, por ejemplo, en el caso de que una Administración recomiende seguir una dieta sana, ¿se habrá de someter esa recomendación a reglas específicas previas, aun cuando no ejerza poder (por ejemplo, motivando las razones de esa recomendación, siguiendo un procedimiento en el que participen expertos, dándole la publicidad debida)?

AVB: En ese caso, sigue siendo una actividad administrativa, en la medida que existan potestades de por medio, pues la existencia de una potestad es el rasgo esencial del sujeto denominado órgano administrativo. Sin potestad no hay propiamente relación jurídico-administrativa.

VIII. *Manifestaciones de la "cultura del Derecho Público"*

¿En qué medida está interiorizado en el respectivo ordenamiento jurídico que la "cultura del Derecho público" se traduce en la "cultura de la justificación" y que, por tanto, exige que todo poder público, y en concreto el Ejecutivo y la Administración, se justifiquen por medio de la legitimación democrática (i) y de la motivación de sus decisiones (ii)?

1. *¿Se entiende por legitimación democrática de la Administración que las decisiones sean atribuibles en última instancia al pueblo, bien porque la cúpula de la Administración ha sido elegida por el parlamento y ésta aplica leyes democráticamente aprobadas, o bien porque la Constitución o la ley ordinaria le reconocen a una Administración una cierta autonomía funcional, como sucede en Administraciones de carácter corporativo?*

AVB: En nuestros días el carácter democrático sigue siendo un ideal, aunque las condiciones en las que se desarrolla son radicalmente distintas a las que se planteaban para el gobierno de Atenas, dado que el concepto de ciudadanía está ampliamente extendido, de que existe una

primacía de la representación por sobre la participación directa y, finalmente, los márgenes espaciales de acción gubernamental no se reducen solo a la *polis*. Es por esto, que al hablar de este concepto se hará alusión a la idea de democracia de gran escala, la cual se acopla de manera más adecuada a la realidad a la que se enfrenta el Derecho administrativo en nuestros días, y que permite la legitimación de las acciones de los órganos del Estado. A continuación, se revisan, brevemente, los estándares a los que debe sujetarse todo órgano del Estado para considerarse legitimado democráticamente en el contexto sociopolítico, tanto en lo relativo a funciones de gobierno como de Administración.

i) Cargos políticos electos y limitados según la ley. Cabe entender que los Estados democráticos son gobernados y administrados a través de decisiones político-administrativas tomadas por cargos públicos elegidos por los ciudadanos. Al operar de esta manera, se entiende que en virtud de la gran magnitud que ha debido atender la democracia, existe un principio representativo que se impone por sobre la participación directa, el cual se expresa principalmente en altas esferas de los poderes ejecutivo y legislativo;

ii) Elecciones libres, imparciales y frecuentes como garantía de representatividad. Para que haya una manifestación de la representatividad, es menester que las autoridades electas lo sean en elecciones frecuentes y conducentes a la imparcialidad. Solo a partir de esto es que se puede decir que existe una legitimidad democrática. Al adquirir legitimación de carácter representativa, esta no solo se acota a las elecciones, sino que también se extiende a cada una de sus decisiones, incluyendo a los actos de órganos administrativos bajo su dependencia, haciendo plausible la idea de que quien llegue al poder se hará del control del sistema administrativo y empleos públicos. Sin embargo, es posible poner en actualidad los términos en que se desenvuelven los órganos públicos y cabe reconocer que la Administración no adquiere su carácter democrático únicamente en razón del sufragio, sino que por su eficacia, razonabilidad, e incluso su autonomía.

iii) Libertad de expresión. En términos amplios, esto supone que las personas

tienen derecho a expresarse, sin riesgo de castigo severo, sobre las materias y asuntos públicos, el gobierno, el régimen político, el orden socioeconómico y la ideología dominante. Este estándar, a nivel de la relación entre los particulares y la Administración, debe ser comprendido dentro de las posibilidades que tienen los primeros para presentar peticiones ante los órganos de la Administración. Un ejemplo de la consagración de este estándar a nivel nacional, se encuentra en los arts. 19 N° 3 y N° 14 CPR, que consagran el derecho de defensa y de petición ante la autoridad.

iv) Autonomía de las asociaciones. A través de este estándar se entiende que para la obtención de ciertos derechos, incluyendo aquellos requeridos para la efectividad de las instituciones políticas democráticas, las personas tienen el derecho a constituir asociaciones u organizaciones independientes. En el ámbito del derecho administrativo, este estándar se manifiesta a través de la constitución de entidades particulares de autogobierno, que asumen funciones de carácter público bajo estructuras organizacionales que operan con prescindencia de la Administración, aunque reguladas mínimamente por este. En el sistema chileno, el ejemplo más palmario se encuentra en las organizaciones de usuarios de aguas, las cuales operan en orden a tomar las aguas de un caudal y repartirlas entre los titulares de derechos de aprovechamiento de acuerdo a criterios de eficacia.

v) Ciudadanía inclusiva. Este estándar dice relación con que ningún particular que resida permanentemente dentro del territorio del Estado, y que esté sujeto a su ordenamiento jurídico, le pueden ser negados los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Dentro de esto destaca, para efectos de las relaciones reguladas por el Derecho administrativo, el ejercicio de libertades y acceso a oportunidades que puedan ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones de los Estados democráticos de gran escala.

vi) Acceso a fuentes alternativas de información. Finalmente, en lo que refiere a este estándar, se señala que los ciudadanos tienen el derecho de acceder a medios de comunicación e información independientes, que se encuentren fuera del

control del gobierno u otro grupo político que intente influir en sobre los valores y actitudes políticas públicas, para lo cual se protegerá debidamente mediante ley.

Todos esos objetivos, en la medida que tengan cabida en la regulación, permitirán la consagración de una relación de derecho administrativo democrática. Su efectividad, en todo caso, no está siempre asegurada.

2. *En su caso, ¿qué entiende la doctrina y/o la jurisprudencia por legitimación democrática de las decisiones y de las acciones de la Administración?*

AVB: No hay un desarrollo doctrinario o jurisprudencial del punto, desde la perspectiva del derecho administrativo, salvo aspectos muy genéricos, como la necesidad de la separación de poderes y la garantía de los derechos subjetivos de los administrados.

Por nuestra parte, podemos decir que cabe concebir la idea de que el poder que ejercen los órganos administrativos, en cuanto es ejercido, no puede ser arbitrario, toda vez que emana del pueblo, operando este como fundamento directo de las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio del poder. Gracias al viejo concepto de soberanía, acuñado por Bodin, se genera una sinergia que explica que la radicación del poder en el pueblo le otorga legitimidad social a quien ejerce el gobierno, en la medida en que las normas por las que esta se manifiesta recogen, en primer término, las costumbres propias de la sociedad en la que se funda. De esta manera, la noción de soberanía ya no solo supone una desnuda estructura de poder, sino que la misma implica una explicación de esta en consideración a su radicación en el pueblo. En el sentido expuesto, es dable decir que las características de la soberanía son: 1°) su carácter perpetuo y absoluto; 2°) se manifiesta, esencialmente, en el ejercicio de la función legislativa; y, 3°) Su fruto se encuentra tanto en la ley positiva como en el respeto de las costumbres de ese pueblo, las que se perciben, hoy, a través de la técnica de los principios generales del derecho (los que a su vez, identifican jueces y juristas).

3. *En el respectivo ordenamiento, ¿se considera que el principio de legalidad y de vinculación de la Administración a la ley y al Derecho guarda relación con el principio*

democrático y ello en la medida en que la Administración quedaría sometida y sujeta a una legislación democrática, cuya ejecución o aplicación le está confiada, esto es, la Administración cuenta con legitimidad democrática porque aplica normas democráticamente aprobadas?

AVB: A lo señalado anteriormente, podemos añadir lo siguiente:

i) Tanto autoridades como funcionarios públicos de todos los niveles deben ejercer las facultades conferidas de buena fe, de manera justa y de acuerdo a la ley, en orden al propósito para el que fueron conferidos, sin exceder los límites legalmente establecidos y en aplicación de la razonabilidad. El principio de legalidad se pone en movimiento en el Parlamento, desde donde emanan las leyes que definen el marco de competencias de cada autoridad y funcionario, así como el margen de discrecionalidad permitida en orden a la promoción de los objetivos fijados por la ley.

ii) Además, debemos hacer referencia, nuevamente, a la estricta sujeción que debe tener la Administración con el principio de juridicidad, consagrado en la CPR.

4. *En el respectivo ordenamiento, ¿se entiende que el procedimiento administrativo de carácter participativo (trámites de alegaciones, encuestas, consultas, referendos locales, por ejemplo) contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones que ulteriormente adopte la Administración? En su caso, ¿en qué condiciones podría extraerse esa conclusión de una "legitimación mediante el procedimiento"?*

AVB: Eso es efectivo, y ha sido así recibido en la *praxis*. En Chile solo desde el año 2003 existe una Ley de procedimiento administrativo, lo que ha contribuido a la legitimidad democrática (de ejercicio) de las autoridades administrativas. Ha contribuido igualmente a la cultura del derecho administrativo, pues esa ley vino a incorporar un nuevo lenguaje y unos nuevos conceptos directamente relacionados con las garantías procedimentales.

5. *¿Se admite que toda decisión del poder público, y en concreto de la Administración, ha de ser racional y racionalizable, y, en definitiva, motivada? ¿Se reconocen principios a nivel constitucional que directa o indirectamente se vinculen u orienten en esa dirección*

(por ejemplo, principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de transparencia, proporcionalidad, etc.)?

AVB: La motivación tiene que ver con los argumentos que se establecen en el acto para tomar una u otra decisión.

i) de acuerdo a la regulación vigente toda decisión administrativa será fundada (como lo exige el art. 41, inc. 4° LBPA). Para no incurrir en arbitrariedad, la decisión entonces debe estar respaldada por una fundamentación que incorpore tanto los elementos formales como los elementos materiales o de contenido jurídico, pues cada elemento del acto ataca una parte distinta de éste y en conjunto lo dotan de coherencia de frente al ordenamiento jurídico o al Derecho. Es decir, el control de legalidad del acto administrativo, verificará si el acto administrativo es coherente, si es razonable con la realidad jurídica y además ha cumplido con la formalidad que la ley exige.

ii) La motivación constituye una formalidad, hoy considerada esencial del acto administrativo, que puede ser explicitada o no. Entonces, en cuanto a la motivación, existen dos fases normales del nacimiento del acto, que cabe distinguir:

1°) Antes de la producción del respectivo acto. Debe contar la autoridad respectiva con una habilitación legislativa, con una potestad, un poder jurídico para hacer algo; y dentro de esa habilitación legislativa pueden estar insertas ciertas exigencias, tales como tratarse de un cierto procedimiento, un cierto tipo de acto, y la necesidad, o no, de motivación. Pero lo que deberá existir siempre es: 1° una habilitación legislativa, por necesidad jurídica; y 2° un motivo, por necesidad natural, pues nada en la vida de los hombres carece de motivo.

2°) En la formalización del acto. Lo que ocurre es que los motivos, en los actos administrativos, y cuando la ley lo exige, deben exteriorizarse. Por lo demás, deben ser legítimos, lícitos, o, en otras palabras: ni ilegales ni arbitrarios.

Cabe distinguir, por tanto, entre los motivos y la motivación:

1° Motivos siempre existirán, pues ellos constituyen la causa del acto administrativo; esto es, aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa; y es esta causa la que no debe ser,

nunca, ni ilegal ni arbitraria. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo.

2° Por otro lado, la motivación (esto es, la expresión de los motivos, el fundamento de la decisión) es un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello ocurrirá en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija. Hoy es un estándar la necesidad de expresar las motivaciones, los fundamentos de la decisión administrativa. En efecto, el art.41 LBPA exige que las resoluciones sean fundadas, de lo cual cabe colegir que el acto decisorio debe contener las motivaciones.

iii) Podría señalarse además que uno de los principios que se vincula en esta dirección es el de juridicidad, ya que la Administración debe sujetar su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Por ende, si la ley exige la motivación de los actos administrativos, esta obligación tendría como origen último los arts. 6 y 7 de la CPR.

iv) Un principio constitucional adicional vinculado con la motivación es el principio de transparencia, consagrado en el art. 8 de la CPR.

6. Además de la legitimación democrática y de la motivación, la doctrina, ¿la jurisprudencia o la legislación han consagrado algún principio que se considere fundamental y distintivo del derecho público que rige a la Administración?

AVB: Cada vez más el legislador –siguiendo por cierto tendencias foráneas, tales como la española– ha venido dando plasmación positiva a ciertos «principios», olvidando que su papel es crear reglas y no principios.

i) En el ámbito administrativo, ejemplos paradigmáticos de principios “legislados” se encuentran en los arts. 4 a 16 de la Ley N° 19.880 (LBPA), de 2003, los cuales contemplan doce «principios» a los que está sometido el procedimiento administrativo. Otro caso es el frontispicio de la Ley N° 20.285 de 2008, de acceso a la información pública, declara que “la presente ley regula el principio de transparencia (...)” (art. 1); y, como si eso fuera poco, más adelante declara que “el derecho al acceso a la información (...)”

reconoce, entre otros (sic), los siguientes *principios* (...)” (art. 11), capturando así una expresión que los juristas han venido asignando a ese delicado papel de jueces y juristas de ir, precisamente, más allá de la ley (rellenando lagunas), lo que no se condice con el papel del legislador de crear o dictar reglas. Este uso que el legislador efectúa de la expresión «principios» origina ambigüedad, pues se confunde con los principios jurídicos, que son ofrecidos por la jurisprudencia y la doctrina, y no por el ordenamiento positivo. Y tal confusión, en definitiva, priva a jueces y juristas del reconocimiento de la tarea que cumplen en la sociedad: rellenar las lagunas de las reglas. Por otra parte, no debe olvidarse que los intentos de positivización de principios están normalmente destinados al fracaso, particularmente, cuando los mismos no han culminado su proceso de maduración histórica. Entonces, debemos distinguir:

1º) Los «principios» que dice crear el legislador, que no son más que reglas/regulaciones, cuyo contenido cabe interpretar de frente a otras reglas, y verificar si hay lagunas.

2º) Los principios que crea la jurisprudencia y la doctrina, como superadores de las reglas, incorporando a las lagunas valores jurídicos distintos y separados de las reglas. Tal distinción tiene efectos desde la hermenéutica: mientras aquéllas (las reglas) se interpretan; estos (los principios) se ponderan; tratándose en definitiva de mecanismos distintos.

En realidad, los denominados «principios» a que alude la ley son, más bien, auténticas reglas. En tal caso, estaríamos ante una verdadera «captura» terminológica del legislador de una expresión propia de la dogmática, que cabe advertir y no confundir.

ii) Por otra parte, cabe considerar que el Derecho administrativo se estructura en base a tres principios vinculados entre sí: 1º) principio del control judicial de toda actuación administrativa; 2º) principio de juridicidad de la actuación administrativa (Recogido en los artículos 6 y 7, inciso 3º de la CPR y artículo 2 de la LOCBGAE, si bien éste último, más apegado al respeto hacia la legalidad); y, 3º) principio de protección de los derechos del administrado.

iii) A nivel constitucional, además, encontramos el principio de servicialidad del

Estado frente a la persona humana, consagrado en el art. 1º, inc. 4º

iv) En cuanto al reconocimiento jurisprudencial de principios distintivos del derecho público que rige a la Administración, debe tenerse presente que en la práctica, es cada vez más recurrente que los tribunales de justicia adjudiquen el derecho administrativo (esto es, en la solución de controversias contenciosas administrativas) mediante la aplicación de principios jurídicos. Por ejemplo: el principio de trascendencia en relación a los vicios formales irrelevantes del acto administrativo; o, el principio de confianza legítima. Es por lo demás usual el control judicial de la arbitrariedad de la Administración a través de principios jurídicos.

B. Sobre la posición de los actores “intermedios”

1. Si se parte de la idea de que la Administración pública -en sentido estricto- no tiene el monopolio para definir y hacer realidad los intereses generales, cabe reconocer entonces que hay toda una amplia gama de actores privados que se hallan igualmente involucrados en este proceso. ¿Cabría establecer en el respectivo ordenamiento una escala similar a la que apunta en su libro el profesor Schmidt-Assmann? Es decir:

a) *Empresas en forma de empresas privadas (por ejemplo, sociedades anónimas), pero cuyas acciones están en manos del Estado: empresas públicas.*

b) *Empresas en forma de sociedades privadas (por ejemplo, sociedades anónimas) cuyas acciones están en parte en manos del Estado y en parte en manos de particulares: empresas de economía mixta.*

c) *Empresas que son de propiedad totalmente privada pero que desempeñan funciones públicas en virtud de una concesión estatal o sobre la base de un contrato con la Administración.*

d) *Empresas que realizan tareas que se consideran importantes para el Estado y la sociedad sin la participación o concesión del Estado.*

AVB: En el ordenamiento jurídico chileno sí se puede establecer una escala similar a la planteada por el profesor Schmidt-Assmann, en la cual podemos distinguir distintos tipos de empresas:

1. Empresas en forma de empresas privadas, pero cuya gestión está en manos de la Administración del Estado (a través del fisco, como propietario), como es el caso de las empresas Cochilco, ZOFRI o ENAP.

2. Respecto de empresas de economía mixta (tienen forma de sociedades privadas, y su propiedad se encuentra en parte en manos del Estado y en parte en manos de particulares), encontramos en Chile el caso de Codelco, la mayor empresa mundial de cobre.

3. En cuanto a empresas de propiedad totalmente privada, que desempeñan funciones públicas en virtud de una concesión administrativa o sobre la base de un contrato con la Administración, vemos en Chile el caso de los concesionarios de obra pública.

4. Por último, en lo relativo a empresas que realizan tareas que se consideran importantes para la sociedad sin la participación o concesión, encontramos en nuestro país el caso, por ejemplo de las mencionadas ISAPRES: son importantes para la sociedad como prestadoras de servicios de salud, las cuales actúan como co-opción al sistema público de salud, FONASA, y que han sido indirectamente reconocidas en la propia Constitución. En verdad, están desempeñando un rol importante de servicio público. Lo mismo que acontece con las Administradoras de fondos de pensiones, AFPs, que son empresas privadas, las que – con mayor incidencia- se presentan como opción obligatoria como sistema de pensiones – muy cuestionadas, no obstante-.

2. Pues bien, ¿hasta qué punto o en qué medida estos actores privados están sujetos a vinculaciones constitucionales específicas, previstas en realidad para la Administración? En Alemania, la respuesta a esta pregunta se encuentra en el artículo 1, apartado 3 de la Ley Fundamental (vinculación a los derechos fundamentales)⁸, en el artículo 20, apartado 2 (mandato de legitimidad)⁹ y en el artículo 20, apartado 3 (vinculación a la ley)¹⁰. Estas tres

⁸ Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

⁹ Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

¹⁰ El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

exigencias (que llamamos vinculaciones o sujeción) se han establecido para el "poder ejecutivo". ¿Cuáles de los actores descritos en el número romano anterior forman parte a estos efectos del "poder ejecutivo" (son state actors o actores estatales)? La respuesta a estos interrogantes ha de venir de la mano de una adecuada interpretación constitucional.

AVB: La respuesta a esta interrogante, viene de la mano de la categorización anterior realizada por el profesor Schmidt-Assmann, esto es, en la medida en que ciertas empresas u organizaciones puedan ser importantes para el Estado, o para los ciudadanos, la instauración de ciertas vinculaciones constitucionales específicas, deviene necesaria. En este sentido, como desarrollo al inicio (*supra* A, I, 2) existen criterios a tomar en cuenta de cara a establecer grados de compromiso con los principios constitucionales, a cuyo desarrollo me remito.

3. En ese sentido, ¿se sujetan todos esos actores al derecho público o (tan sólo) al derecho privado? Y si esos actores privados se someten al derecho privado, ¿han de extraerse o inducirse del derecho público normas adicionales de protección para esos actores privados a fin de hacer efectivas las exigencias constitucionales? ¿Cuáles son las disposiciones o preceptos que en cada país cabe encontrar y cuya finalidad radica efectivamente en completar lo que el derecho privado dispone?

AVB: El texto constitucional chileno parece delegar en la Administración del Estado el cuidado del respeto por las exigencias constitucionales y legales hacia tales entes que no necesariamente pertenezcan a éste, y que presten servicios de interés, a través de la tarea ordenadora.

Respecto a la complementación del derecho privado a partir de preceptos constitucionales, podemos atender la respuesta anterior, así:

1º) En cuanto a las empresas y organizaciones que, no estando participadas por el Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción

del interés público, tal como lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas).

2º) Si bien no pertenecen ni colaboran con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que desempeñan, deberían también someterse a determinadas reglas de derecho público, además de las propias del derecho privado: transparencia, protección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, tampoco pueden siempre parapetarse en su forma de organización privada: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad, debería verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios.

3º) En las previsiones de la Constitución chilena, en primer lugar, en cuanto al desempeño de actividades económicas, encontramos el artículo 19, numeral 21 el cual dispone la existencia del derecho "a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan" (llama la atención que parece referirse a la ley ordinaria), y que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza", que "en tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado" (por lo tanto, previendo la posibilidad de que esta «actividad empresarial estatal» deba someterse a las normas imperantes en el derecho público).

4. *¿Cuál es el régimen jurídico de los medios de comunicación de titularidad pública (radio y televisión)? ¿Cuáles son las directrices normativas y/o jurisprudenciales a que se sujetan? ¿Se establecen garantías y mecanismos para asegurar el pluralismo? ¿Y el régimen de los medios de comunicación de titularidad privada (prensa, radio, televisión...)? ¿Se establecen limitaciones y deberes específicos? ¿Se aproximan de algún modo el régimen aplica-*

ble a los medios de titularidad pública y a los de titularidad privada?

AVB: Respecto a las garantías existentes sobre el pluralismo en los medios de comunicación, encontramos el art. 19 N° 12 inc. 2º, que establece que "La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.". Además. El inciso 4º de la señalada disposición garantiza que "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.". Respecto a los canales de televisión, el inc. 5º del mismo artículo dispone que "El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión."

En cuanto a su regulación, encontramos la Ley 19.132, que crea la empresa Televisión Nacional de Chile, cuyo art. 1º la define como "(...) una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio."

En general, tanto medios de comunicación públicos como privados se encuentran sujetos la garantía consagrada en el art. 19 N° 12, señalada anteriormente.

Espero de este modo haber respondido a todas las cuestiones planteadas.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012): Las relaciones entre el Derecho administrativo y el derecho común: derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Santiago: AbeledoPerrot, 127
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). La dicotomía público/privado: Estado de la cuestión y su función en Derecho administrativo. *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Chile, 89 (N° 250), 163-218.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «derecho común». Santiago, AbeledoPerrot, 136 pp. [Véase ahora su 2ª.0 edición en: Madrid: Tirant lo Blanch, 2023, 270 pp.]

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.575 del 2000. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. No. 41.984.

La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo*

Public life of private actors, a (qualitative) development of Administrative Law

Javier Barnes¹

La transposición analógica de ciertos principios y valores provenientes del Derecho Administrativo sobre actores no estatales que participan en actividades de enorme relevancia social -como las que se refieren a los servicios públicos o a la participación en la cadena reguladora- constituye el eje de este trabajo.

Palabras clave: Derecho Administrativo, Derecho Privado, Perspectiva funcional del Derecho Administrativo, Transformaciones del Derecho Administrativo..

Introducción

Este artículo propone ampliar el alcance de la doctrina del Derecho Administrativo aplicando los principios y valores del Derecho Público a los actores privados que realizan actividades (materialmente) "administrativas", es decir, cuando el sector privado lleva a cabo actividades clave como la participación en la cadena reguladora o la prestación de servicios públicos (por ejemplo, organismos de normalización medioambiental; entidades de certificación de productos; empresas que prestan servicios de interés general en régimen de competencia en el ámbito de la electricidad o telecomunicaciones, etc.). Entre otros actores no estatales, los agentes privados a los que nos referimos aquí incluyen asociaciones pro-

The analogical transposition of certain principles and values from Administrative Law on non-state actors that participate in activities of enormous social relevance -such as those that refer to public services or participation in the regulatory chain- constitutes the axis of this work.

Keywords: Administrative Law and Private Law, Functional approach to Administrative Law, Developments in Administrative Law.

fesionales con regímenes autorreguladores, organismos de normalización, agencias de calificación crediticia, sindicatos, empresas privadas de sectores regulados y similares.

Los principios provenientes de la cultura del Derecho Administrativo que cabría proyectar de forma complementaria y por analogía sobre los agentes privados (sometidos al Derecho Privado) habrán de variar de un caso a otro. En algunos casos podrán resultar exigibles deberes específicos de transparencia, imparcialidad, experiencia, representatividad, motivación, proporcionalidad o antidiscriminación. En otros, se impondrán garantías procedimentales y se prohibirán las conductas arbitrarias e irrazonables. Estos principios y valores generales se mueven en el plano de las relaciones entre los actores privados y los terceros (ciudadanos), no en el nivel de las relaciones entre autoridades públicas y operadores o reguladores privados. Se trata, pues, de complementar

La cuestión acerca de la razón de ser de la proyección *analógica* de ciertos principios propios del Derecho administrativo sobre estas entidades privadas debe tener en cuenta dos fenómenos:

- En primer lugar, que determinadas actividades desarrolladas por el sector privado -así, la participación de entidades

* Una primera versión de este trabajo apareció en el reciente libro: J. Barnes / E. Schmidt-Aßmann (editores), *La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Un diálogo entre Europa y América*. Sevilla, España: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2023 (el texto que aquí se republica aparece en las pp.399 a 430 de ese libro).

¹ Catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Dirección postal: Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: javier.barnes@upf.edu ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7593-8835>

Artículo enviado el 18 de mayo de 2024 y aceptado el 24 de junio de 2024.

privadas en la cascada normativa o reguladora, la prestación de servicios de interés económico general— son de enorme relevancia para la sociedad porque están estrechamente vinculadas a bienes esenciales, cuyo acceso ha de garantizarse a todos los individuos y promoverse por los poderes públicos.

– En segundo término, que estas actividades se desarrollan en un “espacio común”, en el que los poderes públicos y los agentes privados comparten responsabilidades, formando una especie de constelación. Unos y otros no trabajan aisladamente o en compartimentos estancos, no ya sólo por la naturaleza de la actividad, sino también porque se necesitan mutuamente: las autoridades públicas no pueden prestar directamente todas las actividades ni regular solas todos los aspectos de la vida económica, ni el sector privado puede funcionar en estos espacios sin el apoyo y el marco normativo y regulador de las autoridades públicas. Habida cuenta la interacción entre los sectores privado y público en estos entornos, es razonable esperar que esas entidades privadas actúen frente a terceros de manera comparable, equivalente y compatible con la de las autoridades públicas.

Esta transposición *analógica* de valores públicos y principios provenientes del Derecho Administrativo a los organismos privados tiene dos consecuencias inmediatas: (a) de un lado, que tales valores y principios operen como *complemento* de las normas de Derecho Privado en la medida en que los agentes privados desempeñen tales actividades reguladoras y servicios públicos (se trata de una especie de Derecho Privado modificado o enriquecido con exigencias adicionales (b) de otro, el surgimiento de una nueva capa o estrato de Derecho Administrativo de carácter *funcional*: la naturaleza de la actividad que se ejerce —no el actor— determina la aplicabilidad analógica de estos principios y valores tradicionalmente establecidos en el Derecho Administrativo. De este modo, los servicios públicos y las actividades reguladoras se convierten en una (primera) base para extender los valores y principios del Derecho público. Así pues, no es sólo el ejercicio del poder ejecutivo lo que constituye el fundamento del Derecho Administrativo, sino también el ejercicio de determinadas funciones vitales, que llevan inherentes normas que deben aplicarse con independencia

de la identidad y naturaleza jurídica del actor público o privado interviniente.

No significa ello, obvio es decirlo, que una y otra rama del Derecho se amalgamen o se disuelvan o que pierdan su razón de ser. Se trata, más simplemente, de un fenómeno de colaboración, como se explica en la obra colectiva de la que trae origen este artículo.

I. Una perspectiva funcional del derecho administrativo: cuando los principios generales siguen a la función

1. “Espacios públicos” en los que conviven actores estatales y no estatales

Cuando hablamos aquí de “vida pública” o, también, de “espacios públicos”, queremos aludir de modo gráfico a un territorio, situado en la misma “zona limítrofe” o “transfronteriza” entre el mundo de las autoridades públicas y la esfera del sector privado, y en el que tienen lugar actividades fundamentales en beneficio de la entera sociedad y, más en concreto, actividades de servicio público y actividades de regulación¹.

En ese espacio operan múltiples actores públicos y privados prestando o satisfaciendo esas actividades. En efecto, en ese espacio público compuesto de actividades de servicio público y de regulación, cabe encontrar sujetos públicos, privados y mixtos, intercambiando funciones y ropajes jurídicos. Así, y a título de ejemplo, podríamos distinguir:

Primero, autoridades públicas que, con ejercicio de potestades administrativas, prestan servicios públicos a través de terceros² y regulan los más variados aspectos de la vida económica y social³.

Segundo, autoridades públicas que realizan por sí —con sus medios propios—

¹ Ha de superarse, en otras palabras, la perspectiva que reduce la idea de “espacio público” (o de “vida pública”) al ejercicio formal de poder o autoridad, de modo que allí donde éste no se da el Derecho Administrativo se desactiva. Por el contrario, nuestro punto de partida es otro bien distinto: el Derecho Administrativo entra en escena desde luego cuando la Administración o el sujeto privado ejercen potestades públicas; pero también, aunque sea en formatos distintos, cuando la Administración no ejerce potestades (porque elabora Derecho blando o, en lo que ahora importa, crea sociedades mercantiles o cualquier otro ente instrumental para la prestación de servicios); o el sujeto privado, sin revestimiento alguno de autoridad, trabaja en algunas de esas dos grandes áreas.

² En régimen de concesión de servicio público, por ejemplo.

³ En el marco de la ley, y con mayor o menor espacio, las Administraciones públicas establecen normas imperativas de toda clase y condición.

actividades de servicio público, singularmente mediante la creación de entes instrumentales y entidades sujetas al Derecho Privado⁴.

Tercero, sujetos privados a los que se les confían el ejercicio de funciones públicas⁵.

Cuarto, sujetos privados que realizan esas mismas actividades, aunque sin ejercicio propiamente de autoridad⁶.

Esos cuatro grupos de personas físicas y jurídicas se someten a conjuntos normativos entremezclados en distinta medida:

El primero al Derecho Administrativo en cuanto que es la Administración la que actúa investida de autoridad, si bien la actividad que presta el concesionario de servicio público respecto a terceros se somete al Derecho Privado.

El segundo al Derecho Privado, en la medida en que el ente instrumental de la Administración no ejerce autoridad, aunque, como se verá, sin exención completa del Derecho Administrativo en las relaciones con terceros aun cuando sea una sociedad mercantil, puesto que a la postre es el Estado el que se halla detrás.

El tercero al Derecho Administrativo en lo que hace al ejercicio de autoridad (funciones públicas) y al Derecho Privado en lo demás.

Y, el cuarto, que es el que aquí interesa, al Derecho Privado, aunque complementado por principios generales del Derecho de origen jurídico-público.

En ese "espacio público" se produce, pues, en mayor o menor medida un cierto

⁴ Piénsese, por ejemplo, en el transporte urbano prestado a través de una sociedad mercantil de capital municipal. Por virtud del Derecho Privado al que se somete la explotación del servicio hablamos de "vida privada" de la Administración.

⁵ Lo mismo cabe decir de la colaboración en funciones públicas, como puede darse en el ámbito de la inspección técnica de vehículos, aun en la hipótesis de que la eventual orden de no circular, por ejemplo, fuera asumida finalmente por la propia Administración. En la medida en que estas actividades de un modo u otro se reconducen de ordinario en última instancia a la Administración misma y el ejercicio de autoridad se sujeta propiamente al Derecho Administrativo, hablamos igualmente de "vida pública de la Administración pública".

⁶ Desde la prestación del servicio de telefonía o de energía eléctrica, pasando por la evaluación o acreditación ambiental de una actividad privada, hasta la aprobación de códigos profesionales. De ahí que, en justa correspondencia con lo que se dice en las notas anteriores, hablemos de "vida pública de los actores privados".

mestizaje de normas de carácter jurídico-privado y jurídico-público, sin que ello signifique que se disuelva el fundamento de la división entre el Derecho Privado y el Derecho Público (respectivamente, autonomía de la libertad, y legitimación del poder público).

En el presente capítulo, nos ocupamos, pues, de los actores verdaderamente privados, bien porque lo han sido siempre (como en el caso de las agencias de calificación crediticia o de ISO)⁷, o bien porque llevan a cabo funciones o actuaciones que han sido transferidas al sector privado (como sucede en el caso de los sectores regulados).

En estos supuestos, el actor privado no es ya un mero sujeto pasivo a proteger, sino también y sobre todo un agente al que han de exigírsele determinadas conductas en aras del interés general⁸. Aludimos, en otras palabras, a la aplicación analógica a esos sujetos privados de ciertos principios públicos (tales como la transparencia o la imparcialidad, por ejemplo), en virtud de las funciones que tengan reconocidas.

2. La sucesiva expansión del Derecho Administrativo en la tierra de frontera público-privada

Desde su núcleo originario, el Derecho Administrativo ha experimentado una constante expansión en sus relaciones colaborativas

⁷ Respecto de las primeras, puede verse Reglamento (UE) N° 462/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia, así como la Directiva 2013/14/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que modifica la Directiva 2003/41/CE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Por lo que hace a ISO, véase su página oficial: "ISO is an independent, non-governmental international organization with a membership of 161 national standards bodies. Through its members, it brings together experts to share knowledge and develop voluntary, consensus-based, market relevant International Standards that support innovation and provide solutions to global challenges." Véanse en su página oficial los "Codes of Conduct for the Technical Work".

⁸ Y ello porque, en lo que hace a las actividades de regulación, por ejemplo, establece estándares ambientales o para la fabricación de productos y la prestación de servicios; dispone códigos de conducta profesional; evalúa y certifica el cumplimiento de esos u otros estándares y códigos; aprueba normas de seguridad alimentaria; controla el cumplimiento de esos u otros estándares, normas y códigos. O bien, porque presta servicios en los sectores regulados en régimen de mercado.

con el Derecho Privado. Éstas sido relaciones eminentemente funcionales y han supuesto un progresivo protagonismo de la dimensión objetiva y funcional de Derecho Administrativo, en detrimento de su vertiente subjetiva⁹. Podríamos esbozar tres círculos concéntricos:

a) *Cuando los sujetos privados ejercen funciones públicas*

Cuando los sujetos privados comenzaron a ejercer, siquiera fuera excepcionalmente en sus inicios, funciones públicas en sentido estricto por delegación legislativa y encargo de la Administración, el Derecho Administrativo reaccionó extendiendo su manto para cubrir también esas actuaciones, aun cuando la persona física o jurídica no fuera una Administración pública. El actor privado no quedaba enteramente libre del Derecho Administrativo, por lo que debía ejercer esas potestades administrativas delegadas o atribuidas de acuerdo con ciertas condiciones (de procedimiento y de carácter sustantivo). Se produce así en cierto modo una primera ampliación del círculo o ámbito subjetivo del Derecho Administrativo, para incluir asimismo a actores privados que operan bajo el paraguas de la Administración¹⁰.

b) *Cuando el sujeto público ejerce funciones administrativas privadamente*

Cuando, avanzado el siglo XX, crece exponencialmente el sector público y el Estado crea múltiples sociedades mercantiles y otros entes instrumentales para prestar toda clase de servicios o producir bienes en régimen de Derecho Privado, la doctrina del Derecho Administrativo, antes que las leyes, respondería exigiendo que esa "Administración vestida de civil" respetara criterios, principios y derechos dimanantes de los derechos fundamentales y de los principios administrativos clásicos, como la prohibición de trato discriminatorio y

⁹ Dimensión ésta que pone el acento, como es bien sabido, en el sujeto "Administración pública", aunque vinculada de ordinario al ejercicio de autoridad. El Derecho Administrativo es, pues, el Derecho de la Administración pública como *potentior persona*.

¹⁰ La vertiente objetiva, por el contrario, enfatiza la actividad desplegada y, en última instancia, la función que se satisface, con independencia –en mayor o menor medida– del sujeto que la realice y de su naturaleza pública o privada.

¹⁰ Este primer fenómeno nació, pues, como consecuencia de la colaboración del sector privado con la Administración en el ejercicio de funciones públicas en sentido estricto. La expansión resultaría obligada y en principio simple. En su virtud, por ejemplo, si el concesionario de un servicio público ejerce autoridad sobre terceros, ese ejercicio se someterá a las exigencias propias del Derecho Administrativo.

desproporcionado. Se ampliaría así de nuevo –aunque a la inversa en razón del sujeto afectado– el círculo del Derecho Administrativo, esta vez en sentido subjetivo (Administración que actúa conforme al Derecho Privado), con un adicional componente objetivo (la realización de determinadas actividades prestacionales de interés para la entera sociedad). La suma de los dos elementos determinaba la aplicación de ciertos límites derivables del Derecho Público¹¹.

c) *Cuando el sujeto privado desempeña actividades de servicio público o de regulación (sin ejercicio de autoridad)*

Cuando el sujeto privado desempeña funciones y responsabilidades en el ámbito de los servicios públicos o de las actividades de regulación –sea porque se le transfieren o porque se le reconocen–, es claro que se hace copartícipe de actividades con una indudable trascendencia social y económica para la calidad de vida de las personas y su bienestar, la creación de clase media y el acceso de todos a los bienes y servicios más relevantes, la consecución de objetivos de justicia distributiva y el adecuado funcionamiento de la sociedad y la economía, entre otros efectos.

Ese hecho explica que el Estado y, con él, el Derecho Administrativo no se desentienda de esas actividades por el hecho de estar en mano privada o prestarse en régimen de mercado. Los actores no estatales se hallan

¹¹ Esta segunda expansión es fruto de la formación de un sector público de amplio espectro, en cuya virtud el Estado adquirió un evidente protagonismo como poder económico y transformador social. Y ello no a través de Administraciones dotadas de *imperium* o autoridad, sino por medio del vehículo del Derecho Privado. La respuesta jurídica desde el Derecho Administrativo ante el colosal empuje y capacidad directiva de la vida económica y social que generan millares de corporaciones industriales y comerciales controladas por el Estado fue desde luego modesta, aunque no inexistente.

Una doble distorsión pudo inducir a una cierta despreocupación por parte del Derecho Público de esta inmensa y poderosa actividad: de un lado, se trataba de actividades económicas que se prestaban en régimen de Derecho Privado (aunque constituían en muchos casos un verdadero monopolio); de otro, la actuación estatal a través de sus entes instrumentales no hacía uso, de ordinario, de potestad administrativa alguna.

El administrativista, en ese contexto, se centraría en la compleja y heterogénea organización del sector, en el régimen jurídico aplicable y en las diversas formas de control que el Estado ejercía sobre esos entes, antes que en el intento de disciplinar jurídicamente su actividad respecto de terceros, de someterla a un mayor escrutinio en lo que a la observancia de principios jurídico-públicos se refiere (desde la transparencia y la participación, hasta la motivación o la no discriminación; desde la eficacia hasta la eficiencia, y así sucesivamente).

sometidos, en efecto, a una intensa regulación respecto de los terceros a los que dirigen su actividad (como sucede, paradigmáticamente, en los sectores regulados)¹². El Derecho Administrativo se preocupa, a través de múltiples estrategias, de que esas actividades se ordenen a la satisfacción de esos fines más altos.

Ahora bien, en las páginas que siguen se pone el foco de atención en una perspectiva adicional, no excluyente, consistente en la incorporación de ciertos principios generales, cultivados de ordinario en el seno del Derecho Público, a la “vida pública” de los sujetos privados, es decir, cuando éstos actúan como prestadores de servicios o “reguladores” frente a terceros. Hablamos, por tanto, de una suerte de colaboración entre el Derecho Público y el Derecho Privado. El interrogante básico podría formularse así: si la posición que ocupa ahora el sector privado “en el lugar de” la Administración requiere un tratamiento jurídico equivalente al que a ésta se le daba (o se le daría), esto es, si las relaciones entre la organización privada que presta el servicio o realiza la actividad de regulación, de un lado y, de otro, el destinatario final de esas actividades o servicios, han de estar impregnadas de ciertos principios generales. En concreto, por ejemplo: si la Administración debía certificar si una empresa privada cumplía estándares ambientales con base en el conocimiento experto, de un modo neutral e independiente y con la suficiente motivación, ¿no debería la entidad privada que ahora realiza esa misma actividad incorporar iguales o equivalentes principios cuando evalúa o certifica?¹³

A nuestro juicio, la respuesta es resueltamente positiva: cuando los actores privados realizan determinadas actividades, les serán de aplicación complementaria ciertos principios jurídico-públicos. El hecho de que se

le transfiera o reconozca al sector privado su desempeño no impide, antes al contrario, que esa operación vaya acompañada, y valga la imagen, de una suerte de obligado “equipaje” de principios y valores que han de ser en todo caso asumidos por el actor no estatal. Valores y principios que resultan inherentes a la actividad, tales como –a título de ejemplo– transparencia, independencia, neutralidad, conocimiento experto, motivación en el campo de las actividades de regulación; o los de no discriminación y proporcionalidad en el terreno de los servicios públicos.

Se puede hablar, como se ha advertido, de una tercera ampliación del círculo de influencia del Derecho Administrativo, en este supuesto, no de carácter subjetivo, sino funcional y objetivo. Esta expansión es manifestación no ya sólo de la denominada privatización, sino de la creciente asunción de responsabilidades por parte del sector privado en escenarios en los que no ha estado presente la Administración, o no lo ha estado inicialmente¹⁴.

Son muchos los supuestos –a nivel estatal, supraestatal y global– en los que cabe apreciar la vigencia de esos principios. No quiere decirse con ello que la cuestión esté cerrada, puesto que, junto a ejemplos positivos, queda un largo camino por recorrer, siendo necesaria una elaboración sistemática de esta colaboración normativa del Derecho Administrativo y del Derecho Privado.

3. Resumen y delimitación del objeto

Son esas las actividades privadas –de servicio público y de regulación– a las que nos referimos aquí, a efectos didácticos, con la expresión “vida pública” de los actores privados.

En este capítulo exploratorio se argumenta, pues, que el Derecho Administrativo, en forma de principios jurídico-públicos¹⁵, ha de

¹² Sobre el tema y desde la perspectiva de las variadas fórmulas y modelos de organización de los servicios públicos, puede verse mi trabajo “El servicio público ‘a la francesa’ y a la ‘norteamericana’”. La convivencia de dos modelos”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (editado por Edgar González López et al.), Universidad Externado de Colombia, Consejo de Estado, Bogotá, Colombia, 2017.

¹³ Ciertamente, este interrogante, se diga o no expresamente, con o sin pretensiones conceptuales, se funda en la premisa de que cabe hablar de actividades materialmente “administrativas” (“vida pública”), definidas no necesariamente por la “naturaleza de las cosas”, sino por lo que el Derecho en cada tiempo y lugar establezca. Indisolublemente unida a esa premisa acompaña otra: si ello es así, a esos sujetos privados que proveen y regulan en relación con terceros habrá que exigirles ciertos comportamientos específicos en favor de su control y en garantía de sus destinatarios.

¹⁴ Las agencias de calificación crediticia son un ejemplo de ello, como también la regulación por algoritmos que hoy realizan entidades privadas y autoridades públicas.

¹⁵ Así, y sin perjuicio de cuanto luego se dirá, en el plano de la actividad de regulación, son de destacar los principios de la buena regulación y, desde luego, la transparencia; la representatividad (exigible de aquellas organizaciones que en régimen de autorregulación establecen códigos de conducta o estándares); la independencia y neutralidad de quien ha de establecer una norma, aplicarla o evaluar su cumplimiento; el conocimiento experto de quienes participan en el proceso decisorio (que evita la actuación caprichosa o arbitraria o el criterio meramente político); la motivación (que asegura que la decisión se base en razones legítimas y demuestra el respeto de buena parte de los anteriores principios); así como principios sustantivos como son la prohibición de trato discriminatorio, la interdicción de la arbitrariedad o la proporcionalidad.

extenderse a la acción de los actores privados en el campo de los servicios públicos y de las actividades de regulación, aún en el caso de que no ejerzan funciones públicas en sentido estricto, ni potestades administrativas¹⁶.

Circunscribimos nuestra reflexión a esos dos grupos de actividades, entendidas a su vez en su sentido más amplio posible. Y así, dentro del campo de los servicios públicos, incluimos no sólo los que se instrumentan al modo clásico según el modelo francés (por ejemplo, mediante concesión de servicio público), sino también a los que se prestan a través de los denominados sectores regulados (energía, telecomunicaciones, correos..., en función de cada tiempo y lugar). Y al hablar de actividades de regulación en sentido amplio no sólo hacemos referencia al establecimiento de normas o estándares (sea o no en régimen de autorregulación), sino también a cualquier otra medida que tenga igualmente por objeto impulsar o influir, de un modo u otro, la acción de sus destinatarios, lo que incluye, entre otras, las actividades de implementación, las de evaluación y certificación, las de información, vigilancia y supervisión, o las de ejecución.

II. Una borrosa línea de separación entre las actividades privadas y las públicas (objeto de consideración)

El nuevo reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad constituye uno de los mayores retos a los que ha de enfrentarse la ciencia del Derecho Administrativo¹⁷ (*infra* 1), habida cuenta de la relevancia de las funciones que comparte el sector privado (*infra* 2).

¹⁶ Los principios a los que aquí se alude son aquellos que regulan y gobiernan las relaciones entre esos sujetos privados y terceras partes (es decir, entre los proveedores de servicios, y los usuarios y consumidores finales; entre los prestadores y partícipes de actividades de carácter regulador, y sus destinatarios). Esto es, por ejemplo, las relaciones entre el prestador del servicio de certificación ambiental y el consumidor final; entre la agencia que evalúa el crédito, y la banca privada o la deuda soberana; entre el organismo que elabora un estándar, y quien se sirve de él; entre la operadora de telefonía, y el usuario final, y así sucesivamente).

¹⁷ En términos generales, como sostiene M. Ruffert "without any doubt the public-private law divide is a core theme in the development of modern administrative law." en "Introduction", M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide. Potential for transformation?* British Institute of International and Comparative Law, London, 2009, p. XIV. Véase también el diálogo franco-británico: Jean-Bernard Auby, M. Freedland (editors), *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques* (bilingüe), 2000.

Mientras la zona de frontera entre la esfera pública y la privada ha devenido en nuestro tiempo fluida y porosa¹⁸, la división entre el Derecho Público y el Derecho Privado no ha seguido un camino paralelo¹⁹. De entre las múltiples cuestiones que aquí se suscitan, nos interesa la relación colaborativa entre ambas ramas y nuestra reflexión se contrae a un punto, como se ha adelantado: aquellas actividades que, además de por su importancia e impacto, se caracterizan por hallarse en cierto modo en la misma línea fronteriza entre ambos territorios, poblados por una constelación de actores públicos y privados.

Son actividades, las que realizan los unos y los otros, de ordinario interrelacionadas, por lo que han de trabajar coordinadamente. Más allá de las específicas reglas por las que se rigen cada uno de ellos, es necesario hallar unos principios comunes que las trasciendan y que les den sentido y unidad, que acompañan a la actividad misma con independencia del sujeto que la realice. De eso justamente nos ocupamos aquí.

Antes, sin embargo, pongamos en perspectiva la evolución de la divisoria público-privado en un contexto más amplio, esbozando las coordenadas tradicionales sobre las que se ha asentado el Derecho Administrativo tradicional²⁰, para destacar la que aquí importa, la relativa a las relaciones Estado-sociedad²¹.

¹⁸ Muchas actividades de servicio público y de normación se encuentran entrelazadas en manos de una constelación de sujetos públicos y privados. No se suelen confiar exclusivamente y en su integridad al sector público o al sector privado, sino que se comparten. La suma es necesaria. Los sujetos públicos y privados intervinientes no son piezas aisladas, ni compartimentos estancos. Juntos satisfacen una común misión en esa zona de intersección e interacción.

¹⁹ En relación con Inglaterra, puede verse Catherine Donnelly, "The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance", en M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide*, cit. p. 200, 202. En numerosos ordenamientos de la tradición europeo-continental, el debate doctrinal se ha intensificado y la bibliografía es muy abundante.

En la tradición del *civil law*, la separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha estado marcada por una división rígida, como esferas separadas, aun cuando tuvieran puntos de intersección o de encuentro. Derecho Público y Derecho Privado se conciben en términos alternativos y excluyentes, a lo que ha contribuido la dualidad jurisdiccional del modelo francés. Si una actividad o responsabilidad se sometía al Derecho Privado, el Derecho Administrativo poco o nada podía hacer. No así a la inversa, puesto que el Derecho Privado ha sido de ordinario supletorio del Derecho Administrativo.

²⁰ *Infra* a) y b).

²¹ *Infra* c).

1. Tres desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo

a) Tres premisas clásicas

El Derecho Administrativo tradicional se ha construido sobre tres premisas básicas: el Derecho Administrativo es por definición una rama de ámbito nacional o “estado-céntrica”; el Derecho Administrativo se activa cuando el sujeto Administración pública ejerce potestades o autoridad; y el Derecho Administrativo tiene por objeto disciplinar la acción de una organización –la Administración– subordinada y dirigida por la ley como si de una correa de transmisión se tratase.

b) *La apertura de las fronteras clásicas*

El Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de vocación «ejecutiva» o de aplicación cuasi-mecánica de una todopoderosa y omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas clásicas ha permanecido inalterable a lo largo del tiempo²².

c) *En particular, el desbordamiento de la segunda premisa. El entrelazamiento entre el Derecho Privado y el Derecho Administrativo*

En la tierra de frontera, señaladamente en los campos que se refieren a los servicios públicos y a las actividades de carácter regulador, cabe

²² La expansividad –por no decir «gran explosión»– que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en un claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas. Así, la *globalización e internacionalización de la acción administrativa* (i); la *corresponsabilidad del sector privado* en numerosas tareas (ii); o el singular *protagonismo* de no pocas Administraciones –como los organismos reguladores y las agencias independientes– en la *realización de políticas públicas* de notable impacto (iii), no son sino una muestra de ello.

La expansión «hacia arriba» o «hacia el exterior» se representa, entre otras cosas, en las relaciones que mantienen las Administraciones nacionales más allá del Estado; la expansión «hacia los lados» se manifiesta en las nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que ésta adquiere una mayor implicación; y la expansión «hacia adentro», en el crecimiento de la naturaleza y capacidad directiva de la Administración en la realización de nuevas y relevantes políticas públicas.

Con carácter general, me remito a mi trabajo *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo*, Global Law Press- Editorial Derecho Global, Sevilla, 2015 (disponible en <http://es.globallawpress.org/portfolio/transformaciones-cientificas-derecho-administrativo/>).

hablar de entrelazamiento entre numerosas Administraciones y actores privados, de corresponsabilidad y reparto de funciones, en suma, de colaboración.

Como se ha notado, el sistema de distribución o reparto de competencias, responsabilidades y funciones entre el Estado y la sociedad ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas. De un lado, el actor privado ha pasado a ocupar actividades antes desempeñadas por el sector público; de otro, actividades en mano privada desde sus orígenes han adquirido progresivamente un protagonismo muy superior²³. Aun cuando el Estado se haya introducido en nuevas parcelas y no pueda hablarse tampoco de “retirada”, ni de Estado minimalista²⁴, en lo que ahora interesa, el resultado es evidente: el actor no estatal lleva a cabo actuaciones trascendentes para la entera sociedad. Muchas de las funciones del gobierno contemporáneo no las ejerce el ejecutivo, el legislativo y el judicial con el monopolio de la fuerza, sino redes de organizaciones privadas, en régimen de autorregulación o de colaboración con el Estado, en una clara interdependencia entre actores públicos y privados²⁵. De esas nuevas relaciones entre el Estado y sociedad se sigue una nueva forma de concebir a su vez las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, antaño marcadas por el antagonismo y su carácter alternativo o excluyente²⁶. Concepción

²³ Ejemplos paradigmáticos lo constituyen las agencias de calificación crediticia o las normas ISO. Ambas actividades y organizaciones han sido privadas en su origen.

²⁴ También ha crecido la acción estatal en nuevos frentes, como sucede en el ámbito de la sociedad de la información o de los sectores regulados.

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, Catherine Donnelly, “The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance”, en M. Ruffert (editor) *The Public-Private Law Divide*, cit., p. 169; A. Voßkuhle, “Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State”, en *The Public-Private Law Divide*, cit.

²⁶ Es éste un fenómeno que ha despertado no poca atención, aun cuando en cierto modo resulte menos visible que otros movimientos que discurren en paralelo, como es la globalización.

Una aproximación de ambas ramas y un desdibujamiento de sus antiguas fronteras se deja sentir desde diversas culturas y enfoques metodológicos. Así, por ejemplo, se habla de extender los valores públicos a través del Derecho Privado –y donde la “privatización” podría entenderse como una especie de “publicación” a modo de caballo de Troya. Desde los EE. UU., por todos, Jody Freeman, “Extending Public Law Norms through Privatization”, 116 *Harv. L. Rev.* 2002-2003 pp. 1291 y ss.; de la misma autora, “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, 2000; y también “The Private Role en Public Governance”, 75 *N.Y.U. L. Rev.* 2000. O se señala la complementariedad del Derecho Privado para la acción del Derecho Administrativo, en el servicio de los fines de interés

ésta, por cierto, de la que no logró sustraerse la vieja preocupación por la “huida del Derecho Administrativo”, y ello porque la huida significaba, a la vista del abismo que separaba ambas ramas, que escapaba para siempre de su zona de influencia.

Muy lejos quedan, pues, los tiempos en que el Estado y la sociedad se concebían como esferas formalmente separadas, como se propugnara en las revoluciones de los siglos pasados (la liberal y la socialista). Hoy, por el contrario, Administración e individuo, Estado y sociedad, se presentan profundamente entrelazados en múltiples espacios. Y es en esos puntos de contacto o de frontera donde la ciencia del Derecho Administrativo experimenta una creciente y potencial expansión para interesarse por cuestiones en ocasiones menos exploradas, y no tanto para rivalizar con normas públicas allí donde el régimen es jurídico-privado. También quedan atrás, en consecuencia, los tiempos en que el individuo era contemplado simplemente como un “particular” o como mero sujeto pasivo que había que tutelar y proteger frente a la injerencia o intervención estatal²⁷. En ese contexto, el administrativista ha de ir más allá de la lógica posición defensiva, o de límite frente a la privatización, para indagar qué deberes ha de satisfacer el actor no estatal cuando esas actividades, por ejemplo, han quedado “privatizadas”.

Como afirma S. Cassese, el Derecho Administrativo contemporáneo obliga a abandonar el paradigma del régimen de Derecho Público, a “des-publiificar” el análisis que hace la doctrina administrativista y a analizar las ambigüedades y la riqueza de interacción e intersección que presentan el Derecho Público y el Derecho Privado²⁸.

general. Desde Alemania, por todos W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

²⁷ Me remito a mi trabajo «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

²⁸ Sabino Cassese, “New paths for administrative law: A manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, 1 July 2012, pages 603–613, p. 607. Asimismo, Francesca Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, 59 Am. J. Comp. L. 859 (2011). Desde otra perspectiva, en línea con el texto, J. Barnes, “Die Übertragung öffentlich-rechtlicher Werte auf private Akteure auf der Grundlage von Organisation und Verfahren”, en *Strategien der Rechts im Angesicht von*

2. La presencia del sector privado en la prestación de actividades de servicio público y en la cadena reguladora.

a) *Servicios públicos y actividad de regulación*

El sector privado colabora²⁹ con las Administraciones de un modo particularmente intenso tanto en el ámbito de las actividades de regulación³⁰, como en el terreno de los servicios públicos³¹. La calidad de vida de los individuos depende en buena medida de esos servicios, del mismo modo que una regulación adecuada de la vida social, económica, ambiental, tecnológica o informativa resulta de vital im-

Ungewissheit und Globalisierung (edited by Darnaculleta Gardella, Esteve Pardo, Spiecker gen. Döhmann) Nomos Verlag, 2015 in totum.

²⁹ Como A. Voßkuhle recuerda, el término “cooperación” plantea algunos problemas en sí mismo. “Cooperation implies private parties are acting voluntarily, which may not always be the case; private actors may be legally bound, indirectly induced or just offered the opportunity to perform certain services in the common public interest.” See “Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State”, en *The Public-Private Law Divide*, cit., p. 206. De ahí que resulte —a nuestro juicio— preferible utilizar el término “colaboración”, descargado de connotaciones jurídicas, para describir este fenómeno, que por otra parte puede calificarse de “división del trabajo”, como el propio autor apunta (ib. p. 208). Véase por otro lado C. Fraenkel-Haeberle, “Unternehmerische Organisationsformen öffentlicher Verwaltungstätigkeit”, en *DÖV*, 2012, p. 945.

³⁰ Por “actividades de regulación” no aludimos aquí al específico concepto de “regulación” propio de los “sectores regulados”, sino a algo mucho más amplio, esto es, a toda medida que directa o indirectamente tenga por objeto dirigir, modificar, o condicionar la acción de sus destinatarios. Cuando la aplicamos al sector privado, hacemos referencia a su participación en la cascada o cadena regulatoria, bien estableciendo estándares, bien certificando su cumplimiento, o bien, por ejemplo, colaborando en la implementación y ejecución. Es decir, se trata de la regulación que el sector privado realiza para terceras partes, en cualesquiera de las fases propias del ciclo de una política pública (agenda, propuestas y borradores, normas o estándares, implementación, certificación y evaluación, supervisión, reforma...). E incluye igualmente cualquier estrategia reguladora, y no sólo la que se expresa a través de normas o estándares escritos (por ejemplo, regulación por información, regulación por software y algoritmo, regulación a través de mercado, entre otras), ya se trate de sectores organizados por completo por el Estado o en régimen de autorregulación. Vid. Jody Freeman, ‘Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law’, *Administrative Law Review* (52 Admin. L. Rev. 813) 2000, p. 816.

³¹ Por actividades de servicio público entendemos aquí, igualmente en el sentido más amplio posible, tanto las actividades y servicios prestados en el ámbito de los sectores regulados, como los clásicos servicios públicos otorgados mediante concesión. A tal efecto, me remito a mi trabajo “El servicio público ‘a la francesa’ y a la ‘norteamericana’”. La convivencia de dos modelos”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (edited by Edgar González López et al.), Universidad Externado de Colombia, Consejo de Estado, Bogotá, Colombia, 2017.

portancia para la sociedad. De ahí que hablemos de que participan de la “vida pública”. Con ello se alude, entre otros, a los sectores regulados y a los concesionarios de servicios públicos, a las organizaciones de estandarización, a las asociaciones profesionales que establecen códigos de conducta, a las agencias de calificación crediticia, a los servicios de certificación, a los sindicatos en su participación en la función reguladora, y así sucesivamente.

b) *Un complejo entorno de colaboración*

En términos generales, puede afirmarse que autoridades públicas y actores privados se integran en un entorno institucional y colaborativo más rico y complejo que en el pasado³². Unos y otros comparten responsabilidades y funciones en esos dos grandes campos³³. En ese sentido, puede decirse que la organización de las actividades de regulación y de servicios podrían describirse en nuestro tiempo como un sistema de “administración mixta”, en el que unos y otros comparten funciones relevantes³⁴. En realidad, se produce un alto grado de interdependencia entre los actores públicos y los privados en esos ámbitos. Los actores privados participan activamente, como se ha notado, tanto en las diversas fases o etapas del proceso regulador (desde el establecimiento de estándares, pasando por su implementación y ejecución, hasta su supervisión y reforma)³⁵, como en la prestación de servicios públicos de toda clase³⁶. Si autoridades públi-

cas y actores no estatales constituyen piezas de un proceso más amplio³⁷, resulta exigible una cierta coherencia en lo que a los principios fundamentales que presiden la realización de esas actividades se refiere.

La aportación de cada uno de esos actores no puede ser analizada de forma segmentada, como si fueran compartimentos estancos.

III. Principios de la “vida pública” que han aplicarse a los actores privados

1. Sentido y alcance de los principios “públicos” o “administrativos”

Los principios a los que aquí se hace referencia –principios para la gobernanza pública o la “vida pública” de los actores no estatales– se extraen primariamente del Derecho Administrativo, y, en menor medida, del Derecho

guardan relación instrumental con la razón de ser o fundamento del servicio público como tal, aunque difieren en función del modelo de servicio público de que se trate en cada caso. Así, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, cabrían destacar el proceso debido, la proporcionalidad, la prohibición de trato discriminatorio, la transparencia en relación con la interconexión y el acceso, la publicidad de la contratación, o los derechos de los individuos a informar y a ser informado, así como a la continuidad de servicio, entre otros (p. ej., arts. 10, 14 y 47 de Ley española 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), mientras que el concesionario de un servicio público habrá de prestar al servicio, más allá de lo que el contrato establezca, en condiciones análogas a como lo haría la propia Administración.

En ese sentido, interesa recordar el art. 1.3 de la Ley italiana de procedimiento administrativo (Legge sul procedimento amministrativo, L. n. 241/1990), de acuerdo con el cual los sujetos privados encargados de actividades administrativas han de observar los criterios y principios a los que se refiere el art. 1.1 (imparcialidad, publicidad, transparencia, eficacia, economía) con un nivel de garantía no inferior al que están obligadas las Administraciones públicas.

³⁷ Como Jody Freeman explica, “administration is an enterprise characterized by interdependence among a host of different actors (agencies, private firms, lenders, insurers, customers, non-profits, third party enforcers, and professional associations, for example). Government and non-government actors operate in a context of institutional richness, in relationship to each other, and against a background of legal rules, informal practices and shared understandings. These public-private arrangements defy easy division into purely public and purely private roles.” Cfr. “Private Parties”, cit. p. 857.

Por su parte, Sabino Cassese, “New path”, cit. p. 608, afirma que ‘Administration, politics, and society now form a triangle; there is no longer a clear dividing line between administration and society; negotiation runs side by side with command and control; as soon as new services require new structures, these new structures establish links with their institutional clients and attract new clients (both internally and externally); decision-making processes are replaced or accompanied by consultation, mediation, Parliament-like procedures, or, simply, muddling through.’

³² Jody Freeman, ‘Private Parties’, p. 816. ‘Private individuals, private firms, financial institutions, public interest organizations, domestic and international standard-setting bodies, professional associations, labor unions, business networks, advisory boards, expert panels, self-regulating organizations, and non-profit groups all help to perform many of the regulatory functions that, at least in legal theory, we assume agencies perform alone.’

³³ Véase sobre el tema Jody Freeman, ‘Private Parties’, p. 816. ‘Private individuals, private firms, financial institutions, public interest organizations, domestic and international standard-setting bodies, professional associations, labor unions, business networks, advisory boards, expert panels, self-regulating organizations, and non-profit groups all help to perform many of the regulatory functions that, at least in legal theory, we assume agencies perform alone.’

³⁴ Mark Aronson, ‘A Public Lawyer’s Response to Privatization and Outsourcing’, en *The Province of Administrative Law*, cit. p. 40, 52 (Michael Taggart ed., 1997) (discussing roles of public and private actors in what he calls ‘mixed’ administrations).

³⁵ Jody Freeman, ‘Private Parties’ p. 816.

³⁶ A los distintos modelos y sistemas de servicio público subyace la idea de que el libre mercado no es capaz de prestar esas actividades por sí solo en ciertas condiciones, como son la universalidad del acceso, la gratuidad de la prestación o la asequibilidad de su precio, y la calidad adecuada. Aquí los principios que han de observarse

Constitucional, lo cual no impide reconocer por otra parte su trasunto o expresión, según los casos, en el Derecho Privado³⁸.

Hablamos de principios “públicos” o “administrativos”, primero, porque tuvieron su eco, y adquirieron su particular formato, en el seno del Derecho Administrativo y, en segundo término, porque tienen lugar en lo que hemos venido en llamar “espacio público” o “vida pública”, por su impacto y efectos sobre la entera sociedad.

Las razones en pro de su transposición han quedado apuntadas: primero, se trata de actividades de alto impacto para toda la sociedad y parece lógico pensar que, con independencia de que se les califique o no como actividades materialmente administrativas, han de llevarse a cabo en unas determinadas condiciones, que son las que esos principios sintetizan. Segundo, son actividades que no se realizan aisladamente, sino en conjunción con otras en manos de las autoridades públicas, en un espacio compartido, por lo que parece oportuno que unos y otras se sometan a principios comparables, equivalentes y compatibles. Tercero, esos principios generales son inherentes a las funciones de regulación y de servicio público, al margen del operador que las realice.

2. Algunos ejemplos de aplicación de los principios administrativos a los sujetos privados

¿A qué principios habrían de sujetarse, por ejemplo, las asociaciones profesionales cuando, en régimen de autorregulación, establecen códigos de conducta? ¿Cómo han de comportarse las empresas certificadoras o evaluadoras? ¿Qué principios han de gobernar las decisiones que adopta la ICANN o las normas que elabora

Por ejemplo, la Unión Europea ha establecido normas sobre las agencias de calificación crediticia exigiendo de ellas que actúen con transparencia, independencia,

³⁸ Sobre este último extremo, véase, por ejemplo, M. Taggart, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 5; asimismo, Dawn Oliver, ‘The Underlying Values of Public and Private Law’ en *The Province of Administrative Law*, edited by M. Taggart, p. 217-242. ‘There is a good deal of interaction between the two bodies of law, and there is increasing evidence of cross-fertilisation...’ (M. Taggart, *ibid.*). Por ejemplo, las reglas de conflicto de intereses, según los casos, se hayan más desarrolladas en el Derecho Privado que sus homólogas normas de abstención y recusación, del todo obsoletas y primitivas, en el Derecho Administrativo.

conocimiento experto y ausencia de conflicto de intereses³⁹. Y ello en la conciencia de que a través de sus evaluaciones estas entidades privadas generan un evidente impacto regulador indirecto, tanto sobre las instituciones financieras privadas, como sobre la deuda pública. En igual sentido se mueve el caso, ya aludido, de las Directivas relativas a la contratación por entidades privadas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y a las que se les sujeta a principios de la contratación pública⁴⁰.

En el plano global, cabe citar dos casos bien conocidos y característicos. Uno es el de los estatutos de la ICANN⁴¹, que, como se ha dicho gráficamente, son en sí mismos una suerte de “ley de procedimiento administrativo”⁴². Entre otras cosas, disponen la aplicación de los principios de transparencia, motivación, búsqueda de consenso, control, y no discriminación⁴³. El otro ejemplo lo representa ISO, cuyos estándares se elaboran de acuerdo con los principios de conocimiento experto y técnico, neutralidad, participación y representatividad de las asociaciones que lo integran.⁴⁴

Los ejemplos citados no deben hacer pensar, sin embargo, que el estado de la cuestión es pacífico y que los problemas se hallan resueltos. Son muchas las actividades en las que no se han asumido los principios que les son inherentes⁴⁵.

³⁹ Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies. Sections 6-12.

⁴⁰ Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE Texto pertinente a efectos del EEE.

⁴¹ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers es una organización privada, independiente y sin ánimo de lucro. Véanse los artículos I-IV de los estatutos.

⁴² Sabino Cassese, ‘New Paths’, p. 607.

⁴³ Vid. Artículos I-IV.

⁴⁴ Vid. “Codes of Conduct for the Technical Work”, publicados en la página oficial. En ellos se expresa: “We will uphold the key principles of international standardization: consensus, transparency, openness, impartiality, effectiveness, relevance, coherence and the development dimension. “We agree to actively participate in standards development projects. We will make our contributions to the work through the official procedures in accordance with the ISO/IEC Directives.”

⁴⁵ Por ejemplo, a los sindicatos, en cuanto participan de múltiples formas en actividades de carácter regulador (por ejemplo, mediante la concertación social y la participación institucional), les puede faltar la necesaria representati-

3. Sobre los principios administrativos aplicables a las zonas comunes

A la hora de identificar los principios generales, de origen jurídico-administrativo, llamados a completar el régimen jurídico-privado a que se someten las organizaciones privadas que operan en los referidos campos, conviene hacer, con carácter previo, dos observaciones.

La primera se refiere a que estos principios generales rigen las relaciones que mantiene el sector privado, no con la Administración, sino con los destinatarios finales. La segunda no es sino mera consecuencia de la anterior. Y es que tales principios pretenden disciplinar el espacio que ocupaban, o que podrían ocupar, las Administraciones, cuando éstas se relacionaban con sus correspondientes destinatarios. Es decir, el control, garantía y eficacia que esos principios inducían respecto de la Administración, ahora lo pueden proyectar sobre los actores no estatales. Si la Administración debía regular, por ejemplo, sin incurrir en conflicto de intereses, ahora tendrá que hacerlo el sector privado cuando cumple esa función.

a) *La determinación de los principios aplicables a cada caso. Interpretación finalista y funcional*

Cuáles sean esos principios es algo que varía en cada caso, en virtud, primero, del ámbito de que se trate (servicios públicos o actividades de regulación). En ese sentido, entre los principios que caracterizan cualquier proceso regulador, con independencia de los actores intervinientes, cabría destacar la transparencia y el juego limpio, la neutralidad e independencia, la representatividad, el conocimiento experto y técnico, la búsqueda de consenso, o la motivación, principios éstos que se oponen en definitiva a la arbitrariedad. A las actividades de servicio público acompañan, entre otros, los principios de prohibición de trato discriminatorio y desproporcionado, la transparencia y el deber de informar, en beneficio de los principios que justifican la existencia misma del servicio (como la universalidad del acceso, la asequibilidad y la calidad razonable del servicio).

A su vez, esos grandes principios podrán modularse dentro de cada actividad de regulación y de cada clase de servicio –y de su concreta organización–, puesto que, por lo que a estos últimos se refiere y a título de ejemplo, no es lo mismo un concesionario de servicio

público frente a terceros⁴⁶, que una operadora de telefonía⁴⁷.

La finalidad última, que trasciende la variedad de principios radica en la promoción, a su través, de un mayor control del prestador y regulador⁴⁸; una provisión de más calidad de los servicios públicos y actividades de regulación⁴⁹; y una mejor garantía y tutela de los destinatarios de esas actividades⁵⁰.

b) *Principios organizativos, procedimentales y substantivos.*

De entre las posibles clasificaciones que podríamos levantar respecto de los distintos principios generales, acaso la más relevante sea aquella que pone el acento en el impacto que generan los principios sobre el sujeto privado que regula o presta. Y en su virtud, podríamos subrayar, de un lado, aquellos principios que determinan la estructura interna de la entidad privada (porque afectan a su organización misma), y los que condicionan su entero proceso decisorio.

Antes, sin embargo, conviene hacer una consideración previa. Y es que en interés público el Derecho puede imponer sobre un individuo un límite puntual y específico, a modo de prohibición o de obligación, como hace el Derecho Privado, por ejemplo, restringiendo la autonomía de la voluntad cuando establece la duración mínima del contrato de trabajo o de arrendamiento. O bien, por el contrario, el ordenamiento jurídico puede prever pautas o criterios de actuación con un carácter más ambicioso y difuso, como hace el Derecho Público cuando, con efecto multiplicador, determina, por ejemplo, que un sujeto actúe siempre de forma transparente y motivada. Es a este segundo grupo al que en este capítulo se hace referencia, por su impacto transformador de la entidad privada que presta o regula.

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, los principios que, según la Ley italiana de Procedimiento Administrativo, habrían de presidir su actuación (*supra* nota 36, segundo párrafo).

⁴⁷ En relación con este ejemplo, *vid. supra* nota 36, segundo párrafo.

⁴⁸ Así, la exigencia de transparencia y motivación evita la arbitrariedad en la prestación de un servicio de acreditación (actividad de regulación) y asegura la participación del conocimiento experto en la evaluación.

⁴⁹ La participación del público interesado en el diseño de un servicio público en régimen de competencia puede influir en el resultado final, por ejemplo.

⁵⁰ La mayor parte de los principios públicos enumerados por vía de ejemplo presentan esa doble caracterización, la de control (del sujeto que realiza la actividad) y la de garantía (del destinatario).

dad desde el momento en que no están representados en su seno las personas que se encuentran en paro.

Dentro de estos principios generales de mayor impacto y sentido positivo cabe distinguir, a su vez, entre principios que presentan una dimensión organizativa, porque tienden a estructurar la organización misma (membresía, composición y representatividad, ausencia de conflicto de intereses, presencia de expertos, por ejemplo), y principios que afectan al modo en que se toman las decisiones dentro de la organización (de modo transparente, mediante consultas y participación de expertos, con motivación y control, por ejemplo). A los primeros los denominamos principios organizativos y a los segundos principios procedimentales. Organización y procedimiento constituyen en cierto modo el genoma de una entidad, determinan su pertenencia a una u otra especie, y ello tanto en el caso de las autoridades públicas como de las entidades privadas⁵¹.

De otro lado, y en contraste con los anteriores, han de mencionarse los principios de carácter sustantivo, como la proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de trato discriminatorio, aun cuando su radio de acción o impacto resulte en cierto modo menor en este contexto, puesto que su contenido de ordinario se desenvuelve en sentido negativo o de prohibición (de trato discriminatorio o desproporcionado), y no en pautas o criterios positivos susceptibles de imprimir un particular estilo de hacer.

c) *Las fuentes del Derecho de los principios que gobiernan la vida pública de los actores privados*

Tanto las leyes formales⁵², como la jurisprudencia y, desde luego, las normas o estándares emanados en régimen de autorregulación,⁵³ pueden constituir fuentes del Derecho para la exigibilidad de los principios administrativos a los actores no estatales. La doctrina jurídica, por su parte, juega un papel destacado a la hora de explorar el entrelazamiento de

los sujetos públicos y privados en esas áreas y hacer las consideraciones prescriptivas que quepa derivar.

d) *Transposición de los principios públicos a la vida pública de los sujetos privados*

La transposición, obvio es decirlo, requiere un proceso de adaptación⁵⁴. El hecho de que hayan de trasladarse principios, y no un conjunto detallado de reglas, de una rama a otra habla por sí solo. Se trata en definitiva de un trasplante y no de una aplicación en bloque⁵⁵. Por lo demás, el proceso de transposición pasa por hallar y construir los principios equivalentes que los sujetos privados hayan de adoptar⁵⁶.

⁵⁴ El hecho de que sean principios lo que haya que trasladar y no un conjunto de reglas detalladas habla por sí solo. Se entiende, en ese sentido, que la citada Directiva 2014/25/UE exige de las entidades contratantes (empresas privadas) la aplicación de los principios de la contratación pública, pero no todas las normas que rigen para el poder adjudicador (véase, por ejemplo, art. 36.1).

⁵⁵ Es necesario proceder caso por caso, no ya sólo por las singularidades de cada ámbito y sector, sino también para establecer una regulación coherente entre los actores públicos y los privados. Mientras que en las actividades de regulación se han de evitar en particular los conflictos de interés, la falta de motivación o de representatividad, y las irregularidades procedimentales, entre otros problemas, en el campo de los servicios públicos han de combatirse la baja calidad de los mismos, la falta de universalidad real y de competitividad, la discriminación y una pobre protección de los consumidores y usuarios.

Y dentro de cada ámbito o sector cabrá hacer nuevas distinciones en función de la fase o estadio en el que se inserte la actividad en cuestión. Así, no es lo mismo establecer estándares (que exige representatividad, participación, transparencia o motivación, por ejemplo), que certificar o evaluar su cumplimiento (lo que no requiere participación en particular, sino conocimiento experto del evaluador, por ejemplo). En ese sentido, '[w]hen a private actor plays an enforcement role, we might expect it to act differently than when it develops standards. In the former case, we might worry about private motivations that threaten to conflict with a rational enforcement agenda. In the latter case, we might want to minimize self-dealing and anti-competitive behavior'. See Jody Freeman, 'Private Parties', p. 846.

⁵⁶ Ello puede hacer necesario destilar la esencia de los principios administrativos para transponerlos a los actores privados. Véase M. Taggart, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, cit. p. 3.

Principios como neutralidad o transparencia, por ejemplo, pueden proyectarse de modo distinto en cada caso. En consecuencia, la forma en que sean regulados podrá variar. La neutralidad, en ciertos supuestos, puede requerir una regulación más densa, como sucede con las agencias de calificación crediticia. En otros, en cambio, puede bastar una simple previsión, como el supuesto de ISO, antes citado. Cómo regular cada principio es una función eminentemente política.

⁵¹ En ese sentido y aunque ello exceda de nuestro objeto, baste dejar anotado marginalmente que al administrativista le interesan lo que bien podríamos denominar "organización privada" y "procedimiento privado", por su paralelismo y analogía con la organización y el procedimiento administrativos, en la medida en que el actor privado ocupa "espacios públicos" en el sentido aquí utilizado. Sobre el tema, me remito a mi trabajo "¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho Privado?" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 (editado por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

⁵² Recuérdese el caso citado de la legislación europea en materia de agencias de calificación crediticia.

⁵³ Tal es el caso, por ejemplo, de ISO "Codes of Conduct for the Technical Work", antes citado.

IV. Estrategias del derecho administrativo en relación con la tierra de frontera entre el estado y la sociedad

La doctrina de Derecho Administrativo se puede ocupar de las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado desde múltiples ángulos y estrategias. Veamos algunas de ellas.

1. Posición defensiva (si y, en su caso, cómo confiar o mantener en manos privadas la realización de determinadas actividades)

En primer lugar, el Derecho Público se ha preocupado por los límites constitucionales que cabe oponer a la transferencia de determinadas responsabilidades y funciones al sector privado⁵⁷, así, como en su caso, por las condiciones y procedimientos exigibles para llevar a cabo esa transferencia, reconocimiento o eventual publicación (señaladamente, en lo que hace a la aprobación legislativa y a la función de control del parlamento).

2. Estrategias positivas de entrelazamiento y colaboración entre ambas ramas del Derecho

Ahora bien, el Derecho Administrativo no se ha detenido en una estrategia defensiva, ni de crítica ante la huida hacia el Derecho Privado, sino que ha ido más allá en la búsqueda de posiciones constructivas y de colaboración entre ambas ramas del Derecho. Baste señalar tres:

- a) *La extensión de principios públicos a la Administración sometida al Derecho Privado (la vida privada de la Administración pública)*

En esa dirección se movieron doctrinas como la que propuso la extensión de ciertos principios a la Administración “vestida de civil”, esto es, a sociedades mercantiles y otras entidades privadas controladas por el Estado cuando prestaban servicios públicos⁵⁸ aun

⁵⁷ Y en menor medida por el mantenimiento de éstas en manos privadas en los casos en que siempre lo han estado. En el seno de la Unión Europea, se ha debatido, por ejemplo, la creación de agencias públicas de calificación crediticia.

⁵⁸ Así, por ejemplo, la doctrina alemana del “Derecho Privado Administrativo”, o, mejor, del “Derecho Privado de la Administración”, de acuerdo con cual la Administración sujeta al Derecho Privado, como en el caso de las empresas públicas, ha de observar los principios de proporcionalidad, confianza legítima o de no discriminación; respetar los derechos fundamentales; y aplicar analógicamente las reglas de procedimiento administrativo, como imparcialidad o transparencia. Véase E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª edición, 2004, p. 16, 284; del mismo “Quod as statum rei roma-

cuando no ejercieran potestad administrativa alguna, sino que en esencia entregaban bienes al mercado o prestaban servicios (telefonía, transporte, energía, correos y tantos otros). Es éste un camino que admite aún hoy no pocos avances⁵⁹.

- b) *La aplicación de principios públicos a sujetos privados cuando realizan determinadas actividades (la vida pública de los sujetos privados)*

Un enfoque paralelo –pero dirigido no a la Administración sometida al Derecho Privado, sino a los actores no estatales– lo ha protagonizado, por ejemplo, la figura jurídica de la “entidad contratante” en el ámbito de la contratación pública en la Unión Europea, de acuerdo con la cual las empresas privadas que operan en los sectores regulados, en ciertos supuestos, deberán aplicar los principios que resultan de aquella legislación⁶⁰. Esta es la perspectiva que aquí interesa.

nae spectat’. *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato* in *Diritto Amministrativo*, Anno XXV FASC. 4-2017, p. 633; U. Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht: zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

⁵⁹ Si atendemos a las entidades privadas controladas por la Administración (lo que podríamos denominar como “vida privada de la Administración pública”), ciertamente cabe profundizar en muchos aspectos. En efecto, la primera doctrina –la recogida en la nota anterior– se contrae a la proyección de los principios derivables de los derechos fundamentales sobre las empresas públicas, proyección ésta cubierta ya en muchos casos por la legislación (por ejemplo, en el caso de la prohibición de trato discriminatorio) o, en otros, en su caso, por la doctrina de la *Drittwirkung*. La segunda exigencia en realidad se reduce a la aplicación de los principios de la contratación pública a los poderes adjudicadores. Por tanto, es mucho lo que queda por construir más allá de los derechos fundamentales y de la contratación administrativa. De ahí que quepa postular la aplicación de otros muchos principios a la Administración sometida al Derecho Privado.

Por ejemplo, en el caso de una sociedad mercantil estatal, como AENA en España, que sea titular de los aeropuertos del país y responsable de su gestión, cabe esperar que sus reglas de juego *ad intra* (organización y proceso decisorio) no sean exclusivamente las de una sociedad anónima sin más, o las que se infieren del control que sobre ella ejerce, en razón del capital público mayoritario, el Ministerio correspondiente. Así, y a título de ejemplo, los miembros que se sientan en sus órganos de gobierno habrían de ser expertos en gestión aeroportuaria; los órganos de la sociedad deberán establecer a través de sus estatutos una organización más compleja que la propia de una sociedad anónima, a fin de poder atender las necesidades de interés general y canalizar los principios en juego, como transparencia y participación. Del mismo modo, sus decisiones debieran estar motivadas y justificarse en aras del interés general y de las necesidades del servicio, y no en el mero interés mercantil.

⁶⁰ Se invierte así el principio de la contratación directa, propio del Derecho Privado, y se exige la selección del contratista mediante publicidad y concurrencia. *Vid.* la

c) *Equivalentes funcionales entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado*

Una estrategia colaborativa muy diferente consiste en comparar la "equivalencia funcional" de las distintas categorías jurídicas de ambas ramas. Este método resulta particularmente útil en la política legislativa.⁶¹ Así, por ejemplo, si se pretende asegurar el buen estado de los edificios y de las fachadas, el legislador podría elegir entre un sistema de inspección y sanción municipal o/y un régimen específico de responsabilidad civil.

3. El interés del Derecho Administrativo por la tierra de frontera compartida entre la esfera pública y la privada

Sea cual fuere la perspectiva, lo cierto es que el Derecho Administrativo ha de prestar mayor atención no sólo a lo que hacen las Administraciones en esa zona transfronteriza, sino también a *cómo se comportan y actúan los actores no estatales* que allí operan. Y ello al objeto de proyectar sobre éstos por analogía los principios públicos que rigen y presiden esas actividades cuando son las Administraciones las que se ocupan de ellas.

Con carácter general, cabe esbozar cuatro razones para justificar un estudio más sistemático y profundo de la divisoria público-privada y, en definitiva, de los puntos de conexión entre ambas ramas del Derecho. Y podrían sintetizarse como sigue:

a) *El Estado garante o el Estado facilitador*

En primer término, el Estado y la Administración han de actuar como garantes de un resultado⁶², esto es, el Estado se convierte en garante allí donde no es prestador, y ello tanto respecto de los servicios públicos, como de las actividades de regulación. Ha de notarse,

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

⁶¹ Vid. W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (editors), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996; y más ampliamente M. Burgi, „Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungswissenschaft“ en *Zur Lage der Verwaltungswissenschaft*, (editor M. Burgi), Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 39-51.

⁶² Por utilizar la expresión de la conocida y amplia doctrina alemana en la materia. Véase por todos E. Schmidt-Aßmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 104 y ss.

en efecto, que el Estado no puede desentenderse de la organización de la sociedad; el gobierno en ese sentido no es delegable, aunque muchos medios e instrumentos los confíe al sector medio. Cabe así hablar de un Estado garante o de un Estado facilitador⁶³. A ello ha de añadirse, en íntima relación, que los fines y objetivos constitucionalmente atribuidos al Estado obligan a que éste supervise y actualice las medidas establecidas, puesto que su satisfacción no se alcanza de una vez por todas. No basta con dictar una ley. De ahí la necesidad de una continua revisión. Al Estado le incumbe una posición activa. De todo ello se infiere que el Derecho Administrativo, en colaboración con el Derecho Privado, no se puede desentender de la infraestructura jurídica necesaria para conseguir esos resultados.

b) *Una frontera en movimiento con consecuencias cambiantes*

En segundo lugar, la tierra de frontera compartida se encuentra a su vez en continuo movimiento. El reparto de funciones y responsabilidades entre el Estado y la sociedad no constituye una foto fija, sino que evoluciona en cada tiempo y lugar con suma velocidad. Ello trae como consecuencia que los poliédricos fenómenos de colaboración entre el Estado y la sociedad en los diversos sectores deban organizarse de modos muy distintos en cada caso, con modelos de gobierno o gobernanza igualmente diferentes y cambiantes en cada nivel. Estos movidos espacios requieren en paralelo de un trabajo constante tanto en el plano descriptivo como normativo.

c) *Interdependencia e intercambio de experiencias*

Tercero, el Derecho Administrativo constituye la rama del Derecho más experimentada en lo que hace a los servicios públicos y a las actividades de regulación. No en vano el Derecho Administrativo se ha ocupado desde sus

⁶³ Puede verse A. Voßkuhle, "Cooperation between the Public and Private Sector in the Enabling State", en *The Public-Private Law Divide*, cit. p. 205; E. Schmidt-Aßmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 cit. p. 104. A nuestro juicio, sin embargo, y como se indica en el texto, esta construcción de Estado o Administración garantes de un resultado, de origen alemán, ha de hacerse extensiva no sólo a las prestaciones y servicios públicos, sino también a las actividades de regulación, cuando su realización se halla en manos privadas.

orígenes de la organización de la sociedad⁶⁴, justamente a través de esos dos grandes ámbitos de actividades, entendidas desde luego en un sentido muy amplio. La participación del sector privado en su prestación no impide, antes al contrario, la colaboración del Derecho Administrativo.

d) *Principios equivalentes aplicables a todos los sujetos prestadores de servicios o proveedores de actividades de regulación*

Por último, esos principios podrán constituir de modo evolutivo un acervo en el que convergen el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, una suerte de principios comunes⁶⁵ de los servicios públicos y de las actividades de carácter regulador, que se nutren esencialmente, eso sí, de la cultura del Derecho Administrativo, aunque trasplantada, con las oportunas mutaciones en su caso, en el terreno del Derecho Privado. Esa comunidad de principios se asienta sobre dos factores: de un lado, el entrelazamiento de actores públicos y privados en estos campos, lo que obliga a que deban regirse, al margen de sus respectivas normas públicas o privadas, por principios coherentes y compatibles; y, de otro, la relevancia social y económica que para la entera sociedad presentan esas actividades y funciones que a los actores estatales se les atribuye o reconoce.

V La tercera vía. La doble evaluación del parlamento

El planteamiento que aquí se hace pasa desde luego por superar la concepción de ambas ramas del Derecho como dos orillas de un río que nunca se tocan, que no colaboran. Y consiste en entender que, aun cuando una acción se sujete al Derecho Privado, éste podrá verse completado por principios administrativos, dotados de una fuerza transformadora. Se trata,

en cierto modo, de una tercera vía en la dialéctica “privatización” versus “publicación”, predicable de ciertas actividades. Veámoslo más despacio.

1. Publicación versus privatización

La denominada privatización (y otros movimientos equivalentes o asociados como la desregulación, la liberalización, o el *contracting-out*) se halla sujeta desde luego a límites y a relevantes condiciones. Es este un debate de sobra conocido que se ha producido a todos los niveles dentro y fuera de las fronteras nacionales, y que sigue aún hoy vivo. En particular, en relación con los servicios públicos y las actividades de regulación, no pocas obras doctrinales y discusiones parlamentarias han puesto de manifiesto que ciertas transferencias al sector privado puede atentar contra la esencia de los principios propios del Derecho Público. Aunque el debate se ha centrado en las últimas décadas en el paso del sector público al privado, no han faltado tampoco voces que apuestan por publicar algunas actividades que siempre han estado en manos privadas⁶⁶ (o que habían sido privatizadas). Sea como fuere, el planteamiento tradicional se resuelve en una tensión dialéctica o de rivalidad entre ambas ramas del Derecho.

2. La expansión de los principios públicos por la tierra de frontera con el Derecho Privado⁶⁷.

No obstante, la relevancia de esa dialéctica, aquí se explora como se infiere de cuanto ha quedado dicho una tercera vía, de acuerdo con la cual ciertos principios administrativos son inherentes a la función, con independencia de que ésta sea desempeñada por actores públicos o privados. La cuestión consiste, en efecto, en entender los principios que subya-

⁶⁴ Sabino Cassese, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014, p. 397. Javier Barnes, “El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la sociedad: desafíos y consecuencias para el siglo XXI”, en *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1, Año 2016, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, pp. 41 y ss.

⁶⁵ No quiere aludirse con la expresión “principios comunes” a la idea, sostenida por algunos autores, de que una y otra rama del Derecho comparten iguales valores, tales como la dignidad, el respeto o la seguridad (en ese sentido, *vid.* D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999, p. 55), sino más bien a que se trata de principios “comúnmente” aplicables no sólo a las autoridades públicas, sino también a los actores no estatales.

⁶⁶ Como es el caso de las agencias de evaluación crediticia en el marco de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union doi:10.2874/370060, ISBN: 978-92-79-50590-4. Por otro lado, en el debate parlamentario, a título de ejemplo también, se ha considerado la posibilidad de crear agencias públicas. *Vid.* Debates en el Parlamento Europeo, miércoles, 22 April 2009, y el “Repport Gauzès on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies” (COM(2008)0704 – C6-0397/2008 – 2008/0217(COD) (disponible en: europarl.europa.eu).

⁶⁷ Tomo prestada la expresión del conocido trabajo de Jody Freeman: ‘Extending Public Law Norms Through Privatization’, 116 *Harv. L. Rev.* 2002-2003. Téngase en cuenta que aquí se alude a una tierra de frontera, a una zona de intersección, no al territorio completo que ocupa el Derecho Privado.

cen a esas funciones, tradicionalmente desempeñadas por las autoridades públicas, como un apéndice o anexo inseparable de la actividad misma.⁶⁸

3. Una doble función del legislador

La transposición de los principios públicos a esos actores no estatales representa una tarea de primordial importancia. De ella ha de ocuparse en primer término el parlamento⁶⁹, en cuya acción cabría diseccionar a nuestro propósito dos momentos ideales. De un lado, al legislador democrático compete ponderar si una determinada actividad –de servicio público o de regulación– ha de gestionarse en mano pública o en mano privada. De otro lado, si opta por una gestión privada, le incumbe aún, y ello es importante notarlo porque con frecuencia ha pasado desapercibida, una doble valoración y que se puede expresar en los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los principios administrativos que habrían de serle de aplicación al sujeto privado en el sector o actividad de que se trate? Y ¿en qué modo y medida habrían de regularse tales principios en cada caso?

En suma: qué haya de considerarse en cada tiempo y lugar a estos efectos por actividad de servicio público y de regulación –en el amplio sentido en que aquí se utiliza–, es algo que corresponde determinar en primer término al legislador. No quiere ello decir, sin embargo, que éste sea enteramente libre en esa determinación, bien sea por los límites y mandatos constitucionales que resulten de aplicación, bien sea por la propia naturaleza de la actividad a la luz de los valores y principios de un ordenamiento dado. Por lo demás, la aportación de la jurisprudencia y de la doctrina en esa tarea de identificar tales actividades es de suma relevancia.

⁶⁸ La inalienabilidad de ciertos principios públicos evita frívolas o poco meditadas privatizaciones cuyo resultado no ha sido otro que la evasión de las garantías de los destinatarios y de los controles elementales del Derecho Administrativo sobre el sujeto prestador o regulador. Y ello porque su transferencia habría de ir acompañada inexorablemente de unos principios portadores de esas garantías y controles.

⁶⁹ Y ello por razones que van desde la legitimidad democrática de esa transferencia o remisión a la actividad privada (en particular, a la normación realizada por sujetos privados), pasando por la concreción de los principios de buena regulación, hasta por exigencias de los principios fundamentales, como el de igualdad y no discriminación respecto del acceso a los servicios públicos. Todo ello requiere la acción del legislador.

VI. Una creciente expansión: del “derecho de la administración” al “derecho del administrar” (o de la acción materialmente administrativa)

1. El núcleo originario del Derecho Administrativo

El ejercicio de autoridad o *imperium* (de potestades administrativas o de poder ejecutivo, en una terminología variable) por parte de la Administración pública como sujeto ha constituido, y constituye, la unidad de medida del Derecho Administrativo desde sus orígenes. Representa el concepto o eje central del sistema. De ahí que se haya puesto el acento, en mayor o menor medida en virtud de las respectivas tradiciones jurídicas nacionales, en la delegación o atribución de potestades a la Administración, de un lado, y en el control judicial, de otro. Desde un planteamiento clásico europeo-continental, el Derecho Administrativo entra en escena esencialmente cuando concurren dos elementos: de un lado, si nos hallamos ante el sujeto “Administración pública” y, de otro, si su acción aparece revestida de poder. Las leyes de procedimiento administrativo representan un ejemplo elocuente en ese sentido.⁷⁰

2. La expansión del Derecho Administrativo por la zona transfronteriza público-privada

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, el Derecho Administrativo ha experimentado un crecimiento cualitativo en este terreno, como se indicaba al inicio de este capítulo. Baste recordar, a título de recapitulación, tres pasos sucesivos:

a) *La vida pública de la Administración*

Como ha quedado dicho, el Derecho Administrativo es, y seguirá siendo, el Derecho de la Administración pública. Así y todo, esta concepción subjetiva (el ejercicio de poder por parte de la Administración pública) experimentará una doble expansión. La primera y más relevante a nuestros efectos se refiere a que el Derecho Administrativo resulta igualmente aplicable a los actores privados que ejercen funciones públicas en sentido estricto (potestades administrativas delegadas o atribuidas). En tal hipótesis, esos sujetos (llamados todavía

⁷⁰ Así, por ejemplo, el art. 1.1 y 2 de la Ley española 39/2015. Más claro resulta el 1-bis. de la Ley italiana de procedimiento administrativo: “La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.” (vid. legge 241/1990).

en la antigua terminología “particulares”) habrán de sujetarse a las reglas jurídico-administrativas correspondientes, aun cuando no sean propiamente “Administraciones públicas”.⁷¹ La segunda ampliación, aquí marginal, se produce hacia otros poderes públicos que no son Administración pero tienen Administración⁷².

b) *La vida privada de la Administración*

De otro lado, la lógica del Derecho Administrativo se ha extendido a la acción administrativa sujeta al Derecho Privado, a la que ya se ha aludido. Es en ese sentido el Derecho de la Administración “a secas”, pues aquí, podría decirse, cae el adjetivo de “pública” predicado de “Administración”, para sustituirlo en su caso por el de “privada”, ya que ésta no ejerce poder formal ni potestad alguna en la realización de actividades comerciales, industriales o de servicio público. Como se ha visto, la doctrina del Derecho Administrativo se adelantó a las leyes que prohibirían el trato discriminatorio o la vulneración del principio de proporcionalidad, cuando la Administración se “viste de civil”, y, a través de sociedad mercantiles u otras múltiples fórmulas instrumentales, actúa como un sujeto privado. Se introduce, junto al elemento subjetivo (una Administración sin ejercicio de autoridad), un elemento objetivo y funcional (la prestación de servicios públicos, la dación de bienes al mercado).

c) *La vida pública de los actores privados*

Como se ha abundado en las páginas precedentes, el Derecho Administrativo, en forma

de principios generales, se proyecta sobre las actividades de servicio público y de regulación, extensión ésta que no se produce en razón del ejercicio de funciones públicas o de potestades administrativas en sentido estricto (si así fuere, con mayor razón les serían de aplicación), sino por la relevancia e impacto de la actividad y su cercanía y compartición con los actores públicos.

Se trata entonces de un Derecho que se define, no por el sujeto, sino por la función que regula, con independencia de la naturaleza pública o privada del actor que la desempeña. Este estrato o círculo del Derecho Administrativo no es ya de carácter subjetivo. Y representa una respuesta ante la privatización y el creciente impacto de ciertas actividades que han estado tradicionalmente en mano privada. Por lo demás, posee también un carácter complementario del Derecho Privado, sin pretender su sustitución.

d) *La colaboración de ambas ramas del Derecho (y de los respectivos especialistas)*

La lógica del Derecho Administrativo avanza, pues, un paso más: primero, se extiende a los sujetos privados que ejercen funciones públicas en sentido estricto y actúan investidos de autoridad (*supra* a) y hacia los sujetos privados que actúan bajo la capa del Derecho Privado (*supra* b), para expandirse también hacia las indicadas actividades (*supra* c), aun cuando los actores privados no ejerzan funciones públicas, ni se les reconozca o atribuya potestad alguna.

A resultados de este breve recorrido a grandes trazos, pueden hacerse dos observaciones. La primera, y más obvia, es que el Derecho Administrativo y el Derecho Privado se han comportado como colaboradores, han sumado esfuerzos, sin exclusividades ni desplazamientos recíprocos. En el caso de la colaboración privada en funciones públicas, el sujeto privado se someterá a ciertos límites y requisitos extraídos del Derecho Administrativo cuando ejerza precisamente funciones públicas, pero sólo entonces⁷³. En el supuesto

⁷¹ Es este un complejo fenómeno que no ha hecho sino acrecentarse con el tiempo, y del que aquí no podemos dar cuenta. Baste notar que en parte resulta incardinable en el tradicional ejercicio de funciones públicas por particulares (así, en España o en Francia), o en la “Beleihung” alemana. Véase también S. Palmer, “Public functions and private services: A gap in human rights protection”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3-4, 1 July 2008, pp. 585–604.

A nivel supranacional son frecuentes las referencias a la aplicabilidad de las normas a los sujetos privados cuando ejercen funciones o potestades públicas. Por ejemplo, la Convención del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales dispone que por “autoridad pública” también se entienden ‘natural or legal persons insofar as they exercise administrative authority’. (art. 1, 2). En el mismo sentido, cabe citar el art. 2.2.b) del Convenio de Aarhus. El fundamento sigue siendo coherente, puesto que la aplicación de estas normas se produce en razón del ejercicio de autoridad.

⁷² Nos referimos a las cuestiones de personal, patrimoniales y contractuales, entre otras, de poderes públicos que no son ni el Ejecutivo ni la Administración, tal y como sucede en España, por ejemplo, con las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial y otros.

⁷³ Por ejemplo, una entidad colaboradora de la Administración en el ejercicio de funciones públicas, como la inspección técnica de vehículos, cuando es desempeñada por una empresa privada, ha de actuar con independencia y conocimiento experto y especializado. Y para que pueda tener valor probatorio el acta de inspección que levanta el personal privado, habrá de realizarse con todas las garantías.

Aun cuando resulte difícil deslindar en tantos casos cuándo se ejerce una función pública o se colabora en su ejercicio con la Administración, lo cierto es que, a nuestros efectos, es claro que la entidad privada se rige en el grueso de su actividad por el Derecho Privado.

de las empresas públicas, aun cuando éstas no ejerzan autoridad, se les imponen ciertos límites o restricciones derivadas del Derecho Público en el entendimiento de que en el fondo es el Estado el que realiza actividades materialmente administrativas⁷⁴, sujetándose al Derecho Privado en todo lo demás⁷⁵. Por último, en la hipótesis de las actividades públicas del sujeto privado, se le exigen determinadas pautas de comportamiento, y no sólo límites puntuales, para que condicione su acción desde el Derecho Privado⁷⁶.

Cabe hablar, en suma, de una cierta hibridación o mestizaje de ambas ramas del Derecho que convergen en un mismo sujeto o actor, sin que por ello éstas disuelvan sus respectivos fundamentos y conceptos de base. Se trata, en definitiva, de una complementariedad.

La segunda consideración consiste en advertir que el foco se ha puesto en el sujeto en esos tres casos: si ejerce o no funciones públicas o actividades materialmente administrativas; si la naturaleza del sujeto es pública o privada; y, en consecuencia, si le es de aplicación, según qué circunstancias, el Derecho Administrativo o el Derecho Privado.

A nuestro juicio, sin embargo, no basta con la indicada perspectiva subjetiva. Es necesario seguir el curso de la función en su plenitud e integridad, aunque atraviere, como sucede de ordinario, tramos sometidos al Derecho Administrativo o al Derecho Privado, y pase por actores públicos y privados. Ello entraña un estudio en colaboración, más allá de las especialidades que comportan las respectivas ramas

Por lo demás, ello no es obstáculo al hecho de que la ley pueda, y en realidad deba, establecer principios generales de actuación que impregnen toda la actividad del concesionario o autorizado, sometido al ordenamiento privado (vid. nota 36).

⁷⁴ Y así, aunque la ley no lo prohibiera, no podría incurrir en trato discriminatorio cuando presta el servicio de transporte urbano a través de una sociedad mercantil municipal; o, en el mismo ejemplo, no le está permitido adoptar medidas desproporcionadas frente a determinados incumplimientos del usuario del servicio.

⁷⁵ Ciertamente, pero ello queda fuera de nuestra consideración, si el ente instrumental de la Administración ejerciera alguna potestad administrativa, volveríamos entonces "a la casilla de salida", esto es, al núcleo originario del Derecho Administrativo, que sería de completa aplicación.

⁷⁶ Así, el establecimiento de estándares (técnicos, profesionales, medioambientales...), a través de organizaciones privadas, no es que esté vinculado a puntuales restricciones o prohibiciones (por ejemplo, de trato discriminatorio), sino que está entera y positivamente condicionado por principios transformadores, de modo que esa elaboración habrá de realizarse con consenso y representatividad del sector, de forma deliberativa, y con la suficiente motivación, por ejemplo.

del Derecho. A la interrelación de la divisoria público-privada, a esa zona de frontera, ha de seguirle un entrelazamiento colaborativo del Derecho Público y del Derecho Privado, lo que es tanto como decir un esfuerzo cooperativo de los respectivos especialistas. Desde la perspectiva de la tradición del *civil law*, tiene sentido mantener la división conceptual de ambas ramas, basada en la necesidad de la legitimación de la acción del poder público. Cuestión distinta es que temas de amplio espectro, como los que aquí se suscitan, merezcan un tratamiento integral entre la doctrina del Derecho Público y la del Derecho Privado, habida cuenta de que la perspectiva funcional que en estas zonas nuestro tiempo demanda se ha de establecer un puente de colaboración.

VII. Una reflexión final: hacia una dimensión funcional

Los principios a que se ha hecho referencia poseen un efecto transformador y son, a nuestro juicio, inherentes a la actividad (de regulación y de servicio público). No son privativos, ni patrimonio exclusivo, del Derecho Público, aunque fueran desarrollados en su seno por evidentes razones históricas. Derivan, en última instancia, de la naturaleza propia de esas actividades, como ha quedado dicho.

a) Una guerra de metáforas

La respuesta del Derecho Administrativo a los distintos fenómenos esbozados –colaboración en funciones públicas, creación de un sector público, privatización– ha mostrado una razonable adaptabilidad. Sin embargo, ésta ha sido en ocasiones escasa y tardía, y a ello no es ajeno que los mejores esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se hayan concentrado en la Administración como *potentior persona* –el núcleo originario de la disciplina–.

Si la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha dejado de ser una divisoria sin puentes ni contacto, y se ha convertido en una zona transfronteriza, en un espacio común –la vida pública–, cabe esperar que ambas disciplinas se ocupen conjuntamente de lo que ahí sucede. En primer lugar, para conocer y describir esa compleja realidad y, en segundo término, para fundamentar jurídicamente la aplicabilidad de ciertos principios que, aunque criados en el Derecho Público las más de las veces, han de ser incorporados en términos equivalentes, coherentes y compatibles a la acción de los sujetos privados que operan conforme al Derecho Privado.

En otras palabras, la imagen de las dos esferas –la que representan el Derecho Público y el Derecho Privado– acaso resulte insuficiente en lo que hace a los puntos de intersección y contacto que estas actividades de servicio público y de regulación representan. La metáfora de la “zona común” o “transfronteriza”, o de la “vida pública”, poblada y participada por autoridades públicas y actores privados, conformando un todo más amplio, parece más apropiada.

La vieja imagen de un universo legal habitado exclusivamente por el individuo y el Estado, cada uno con una función perfectamente definida, resulta claramente inadecuada. En su lugar se ha impuesto un universo mucho más complejo, en el que no sólo se encuentran el Estado y el individuo, sino también una variada gama de cuerpos intermedios y de organizaciones privadas que ejercen una enorme influencia en la vida social y económica⁷⁷.

b) Consecuencias de la expansión de los principios públicos

La expansión de esos principios a ámbitos distintos a los originarios trae dos consecuencias inmediatas: una es que el Derecho Administrativo, en cuanto sistema de principios, complementa e impregna el Derecho Privado al que se someten los actores no estatales a que aquí se hace referencia; otra consiste en que el estrato o círculo del Derecho Administrativo que opera en esta zona de frontera presenta un claro perfil finalista o funcional, en detrimento de su tradicional dimensión subjetiva. Es la naturaleza de la actividad la que importa, no el actor. Este espacio público o zona transfronteriza, a nuestro juicio, sólo puede concebirse y disciplinarse adecuadamente desde una perspectiva funcional.

c) La regulación de la vida pública de los actores privados

Lo que a la postre importa es que el Derecho –sin adjetivos–, primero, regule esos espacios públicos y, segundo, que a todos los que los habitan se les apliquen unos principios, si no iguales, al menos equivalentes, coherentes y compatibles.

En este contexto, resulta indiferente que esos principios que gobiernan las relaciones entre el sector privado y sus destinatarios se incorporen formalmente al Derecho Privado, o se regulen por el contrario en normas secto-

riales o generales del Derecho Administrativo, o bien éstas tengan carácter supletorio de aquél. O, por último, que acaben por formar un sistema híbrido, como sucede con el Derecho Agrario. En términos jurídico-positivos, pues, lo decisivo es que esos espacios públicos reciban un adecuado tratamiento jurídico y que todo sujeto (prestador de servicios o partícipe de la cascada reguladora) que por ellas circule, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, se someta a esos principios equivalentes, y ello sin perjuicio del diferente punto de partida en el que se sitúan el Derecho Público (asimetría entre libertad y potestad, necesidad de legitimación) y el Derecho Privado (autonomía de la voluntad).

d) Cultura jurídica y ejemplaridad

Más allá de la fuerza jurídica que esos principios puedan irradiar en cada caso en las relaciones entre el sector privado prestador o regulador y el destinatario final, no ha de menospreciarse el “efecto docente” y cultural que este planteamiento es susceptible de desplegar.

Entre otros muchos ejemplos, es algo que ha de formar parte de la conciencia de la comunidad jurídica que un concesionario practique los principios de transparencia, imparcialidad y publicidad en sus relaciones con terceros en la misma forma en que lo haría la Administración⁷⁸; que un prestador de servicios de certificación obre con conocimiento experto, neutralidad y motivadamente; que un sindicato y, en su defecto, una organización paralela, en virtud del principio de representatividad, deba representar también –en la concertación institucionalizada, consultiva o negociada– a los que buscan empleo y no sólo a los que lo tienen, en particular cuando el diálogo afecta al acceso al mercado laboral; o que un operador de telecomunicaciones deba ponderar y justificar sus decisiones ante terceros no sólo en términos de beneficio económico, sino de acceso universal, precio y calidad razonables.

Ciertamente, a ello contribuirá la ejemplaridad de las Administraciones tanto cuando actúan como autoridad pública en la realización de esas actividades, como, especialmente, cuando se sirven a tal efecto de sus entes instrumentales⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd Edition, 2007, p. 96.

⁷⁸ Así lo dispone el citado art. 1.3 de la Ley italiana de Procedimiento Administrativo (nota 36).

⁷⁹ El ejemplo antes referido de una sociedad mercantil, como AENA, S.A., puede ser ilustrativo (nota 59).

Ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile: ¿falta de influencia de la doctrina? El caso de Luis Claro Solar¹

Alejandro Vergara Blanco²

Introducción

Son dos las materias capitales que desaparecieron de la escena del Derecho administrativo chileno durante casi toda su historia: primero, una cierta especialización jurisdiccional; esto es, la existencia de un contencioso administrativo; de unos tribunales que sean especializados en esa materia o, no siendo especializados, que tengan al menos una tendencia hacia la especialización; y, segundo, del reconocimiento de los derechos subjetivos de los administrados, que son la base para el funcionamiento de unos tribunales del contencioso administrativo o de una justicia ordinaria que pueda acogerlos. Pero, en nuestro país, desde mediados del siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX, desaparecen esas dos ideas capitales: nunca se han creado tribunales del contencioso administrativo y el ideario de los derechos subjetivos de los administrados sólo aparece formalmente consagrado en la Constitución de 1980.

¿Cuán influyente ha sido la doctrina del derecho administrativo en que ello haya ocurrido así? Por una parte, tenemos un ejemplo positivo: un jurista francés, *Gaston Jèze*, en una visita suya a Chile durante 1927, tuvo una relevancia significativa en la construcción de

una importante técnica propia de la Contraloría General de la República: la *toma de razón*. Fue esta una influencia positiva para el derecho administrativo nacional. Pero por otra parte tenemos un ejemplo negativo: un profesor de Derecho Civil chileno, *Luis Claro Solar*, en 1928-1929, visitó Francia y asistió a un curso de Derecho Administrativo en la Universidad de París a cargo de Henry Berthélemy. No se dejó influir por él, y rechazó lo que llamó el “administrativo-contencioso” francés. Seguramente fue en el Senado un declarado enemigo del art. 87 de la Constitución de 1925, disposición programática ésta que tenía por finalidad la creación de los tribunales del contencioso administrativo, pero que nunca fue cumplida por el legislador en cincuenta años de vigencia de esta Constitución. Paralelamente, una gran cantidad de juristas chilenos, profesores o especialistas de derecho administrativo, han tenido hasta ahora la oportunidad, desde esa época y por lo tanto durante casi un siglo, de intentar incidir en la creación de los tribunales del contencioso administrativo. Pero pareciera que la influencia de un solo profesor de derecho civil pudo más que todos ellos. He aquí la historia del apagón del derecho administrativo durante el primer tercio del siglo XX, y la posible influencia de un profesor de derecho civil en la ausencia de tribunales del contencioso administrativo.

En esta ocasión fijaré mi atención únicamente en el primer tercio del siglo XX (los primeros treinta o cuarenta años del siglo XX, aproximadamente), en que se observa una especie de *desaparición* de la disciplina en sentido doctrinario, pues durante varias décadas ningún libro de texto de la disciplina será publicado; todo lo cual tendrá evidentes consecuencias en esta época de cambios constitucionales y, derivado de lo anterior, en las posteriores etapas de la historia de la disciplina. Esta ausencia de profesores y epígonos de Derecho Administrativo, este verdadero *apagón cultural*, coincide con el interés en aspectos relevantes de la disciplina por parte de

¹ Republicamos en este sitio, para dar inicio a nuestra sección dedicada a la Historia del Derecho administrativo, y darle más visibilidad entre los administrativistas, este trabajo editado recientemente en el volumen: *Grandes juristas. Su aporte a la construcción del Derecho*. (2024). Alejandro Vergara Blanco (editor). Santiago: Ediciones UC, 64-68). Véase igualmente en este número la sección dedicada a Bibliografía, en que se ofrece una reseña de este libro.

² Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8312-3919>

Artículo recibido el 20 de abril de 2024 y aceptado el 13 de junio de 2024.

otros actores, como es el caso del influyente profesor de Derecho Civil, Luis Claro Solar.

1. El apagón de la disciplina

Me he atrevido a calificar esta época como la del *apagón doctrinario* de la disciplina en Chile, no obstante que paralelamente es una etapa crucial en el desarrollo tanto del derecho administrativo europeo como del chileno; en efecto, en Chile se produce el surgimiento de una nueva institucionalidad constitucional en nuestro país al dictarse la Constitución de 1925 y en cuanto a la institucionalidad administrativa, es creada en 1927 la Contraloría General de la República.

a) El Derecho Administrativo en Europa

Es conocido lo que ocurrió en alguna medida en Francia con un autor importante, como Leon Duguit (1859-1928), y podemos agregar el nombre de otro relevante autor del derecho administrativo francés, como es el caso de Maurice Hauriou (1856-1929). Pero pareciera que no hubo en Chile, hasta los años treinta y casi hasta los años cuarenta, profesores de derecho administrativo que, como autores, tomaran el relevo de Valentín Letelier o de los anteriores autores del siglo XIX. Eso fue notorio en una época en donde se necesitaba a los administrativistas para la redacción de la Constitución de 1925 y para apoyar doctrinariamente el inicio de la Contraloría General de la República.

b) Ausencia de los administrativistas y abolición del Consejo de Estado

En la redacción de la Constitución de 1925 el Derecho administrativo luce en todos sus aspectos de organización administrativa, pero desaparece en cuanto a aspectos sustantivos y esenciales de la disciplina, como es el caso de los derechos subjetivos de los administrados. Sin perjuicio de la mera referencia, que resultó simplemente teórica o programática, a los tribunales del contencioso administrativo en su artículo 87. En esa época persistía una discusión sobre la falta de creación de los tribunales del contencioso administrativo en la reforma constitucional. En efecto, en 1874 se había eliminado la función jurisdiccional del Consejo de Estado en Chile, cuya creación había sido inspirada en el Consejo de Estado francés; pero, siguiendo el sistema inglés, se borró todo vestigio napoleónico, con la eliminación a *radice* del Consejo de Estado en la Constitución de 1925.

c) Sepultando los tribunales del contencioso administrativo

Toda aquella huella institucional, la misma con que se construyó todo el contencioso administrativo francés, en Chile se eliminó en 1874 por considerar que atentaba contra el principio de separación de poderes. De ahí en adelante, se entendió, o se *subentendió*, que los tribunales ordinarios eran quienes debían conocer del contencioso administrativo o de los casos del contencioso administrativo. Ello, con el poderoso aval doctrinario de Jorge Huneeus desde fines del siglo XIX. Por lo tanto, en 1874, ya había quedado sepultada la idea de un contencioso administrativo al estilo francés en Chile y se abrigó la esperanza de hacerlo siquiera al estilo inglés, como predicaban el mismo Huneeus y otros publicistas de entonces. Pero, para poder apoyar esta construcción se requerían profesores de derecho administrativo, los cuales desaparecieron casi completamente de nuestro país, hasta los años treinta o cuarenta del siglo XX. La ausencia de una generación completa de profesores de derecho administrativo a principios del siglo XX fue no solo el origen de la ausencia de un mayor desarrollo doctrinario, esto es, la ausencia de obras de la disciplina que reportar, sino que seguramente fue el origen de la desaparición, en esa época, de la preocupación por la creación de unos tribunales administrativos y de mecanismos efectivos de protección de los derechos subjetivos de los administrados.

Por esa razón considero que hubo un efectivo *apagón* del Derecho administrativo en los primeros casi cuarenta años del siglo XX.

2. El testimonio de un influyente profesor de Derecho civil en la sepultación de la idea de unos tribunales administrativos especiales.

Veamos cómo este vacío fue llenado, para desgracia de la disciplina, por un conocido profesor de derecho civil que asestó un duro golpe a la idea de la creación de unos tribunales especiales administrativos. Puedo adelantar un antecedente que desarrollo más detalladamente en otro trabajo. Es un antecedente, poco conocido, que puede servir para este análisis histórico y está vinculado con la ausencia de tribunales especiales en la materia. Ni todo el poder de la escuela llamada del servicio público pudo lograr que esto fuera una realidad y así contrarrestar el evidente desinterés político al respecto. No obstante,

no es claro que los representantes de esa escuela propiciaran con gran fuerza la creación de estos tribunales.

Este antecedente nos permite hipotetizar que la inexistencia de los tribunales del contencioso administrativo no se debió únicamente a ese apagón del derecho administrativo en el primer tercio del siglo XX, esto es, a la ausencia de epígonos de la disciplina, o a un mayor entusiasmo de la escuela del servicio público, sino que, al parecer, en nuestro país no fueron creados los tribunales del contencioso administrativo, seguramente debido a diversas razones, pero cabe observar la influencia de un importante profesor de derecho civil, cuyo testimonio es concordante, en esta línea, con la opinión que había dado Jorge Huneeus a finales del siglo XIX. Me refiero a Luis Claro Solar (1857-1945).

De esto hay demostración en algunas páginas suyas que muestran las implicaciones del autor en este tema. Esas páginas contienen dos notas en que muestra no solo el rol que pudo haber tenido como autor en la sepultación de la idea de tribunales administrativos especiales, sino como político, pues cabe recordar que fue senador desde 1912 a 1927, llegando a ser presidente del Senado en un período. Entonces, Luis Claro Solar no fue solo un gran civilista, autor de una colección de libros monumentales, las archiconocidas *Explicaciones de derecho civil y comparado*, sino además fue un influyente político. Quizás cabe estudiar con mayor detención su participación parlamentaria en esta materia. Por ahora, aporto este testimonio suyo, algo desconocido entre nosotros.

En efecto, Claro Solar se ocupó en el Tomo VI de sus *Explicaciones* (pp. 268-271), publicado en 1930, de una materia de derecho administrativo, como es la relativa al cumplimiento de las obligaciones por el Fisco. Al hilo de ese desarrollo, incluye dos notables notas al pie de página. En una de ellas, relata que entre 1929 y 1930 tuvo la suerte de estar en Francia y asistir a clases del decano de la Facultad de Derecho de París de entonces, y notable autor de derecho administrativo, Henry Berthélemy (1857-1943). Señala Claro Solar que había escuchado al respetable profesor cómo hacía una comparación entre el contencioso administrativo francés y el contencioso administrativo inglés, y que ese profesor

destacaba que el contencioso administrativo francés había ido desarrollándose de un modo admirable y que podría ser muy superior al contencioso administrativo inglés, pero – agrega Claro Solar– que él piensa lo contrario a ese respetable profesor francés. Dice Claro Solar respecto de Chile que fue algo muy acertado haber derogado en 1874, en la modificación constitucional de ese año, la norma que le daba sostenimiento a una intervención jurisdiccional del Consejo de Estado y haber entregado a los tribunales ordinarios el conocimiento de las causas administrativas. En la otra nota señala que él está absolutamente en contra de la solución que dio el artículo 87 de la Constitución de 1925, esto es, la creación dentro del Poder Judicial –lo que por lo demás no estaba claro en ese artículo– de unos tribunales administrativos. Por lo tanto, ni un Consejo de Estado era algo que Claro Solar recomendaba ni tampoco unos tribunales administrativos especiales, sino que propiciaba una tercera opción: que los propios tribunales ordinarios se encargaran de la jurisdicción de la materia administrativa.

Coda

Como sabemos, nunca se crearon esos tribunales administrativos, esto es, no ha habido en nuestro país una jurisdicción contenciosa administrativa con competencia general y supletoria para todas las reclamaciones de particulares contra órganos de la Administración. La pregunta es, ¿cuán relevantes fueron testimonios como el de Luis Claro Solar para que ello sucediera así? En todo caso, de haber sido influyente, pudo más que toda la pléyade de juristas del Derecho administrativo, hasta hoy.

Nota final: Preparo actualmente una versión más amplia de lo desarrollado en este breve trabajo. He recorrido parcialmente la historia doctrinaria del Derecho administrativo en Chile en un trabajo anterior, al que me remito para más antecedentes: Vergara Blanco, Alejandro. 2019, pero de 2014. Tradición y cambio en la doctrina del derecho administrativo chileno. En A. Fermandois (Ed.), *Actas de las XLIV Jornadas de derecho administrativo público de 2014*. Santiago: Ediciones UC, 582-606 (el que he incluido también en mi reciente: *El Derecho administrativo como sistema autónomo*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, 207-229).

“Constancias –individuales– de cambio de criterio” en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al Derecho administrativo

Cristian Román Cordero¹

I. Presentación

Dejar, en una sentencia, constancia sobre el cambio de criterio jurisprudencial que introduce, es anómalo en nuestro medio², pues sabido es que las sentencias producen efectos vinculantes sólo en el caso en el que actualmente se pronunciaren³. Así, hacerlo, importaría desatender, de una u otra manera, esto último.

E igualmente, y por la misma razón, lo es, al menos en principio, dejar, en sentencias, constancias individuales de magistrados de un tribunal colegiado sobre su propio cambio de criterio interpretativo (sobre un punto de derecho); esto es, constancias a través de las cuales aquéllos explicitan que, al resolver el respectivo caso, lo han hecho en base a un criterio interpretativo distinto al que han seguido en casos análogos anteriores. A estas constancias las llamamos “Constancias -individuales- de cambio de criterio”.

Pero lo cierto es que esto último es hoy una práctica habitual en nuestra Corte Suprema. Asimismo, reciente (pues surgiría en 2019⁴) y creciente (pues se evidenciaría ya en, aproximadamente, una cincuentena de sen-

tencias⁵). Por lo pronto, estas “constancias” las hemos observado muy especialmente en magistrados (y abogados integrantes) de su Tercera Sala, y muy especialmente en relación a materias propias de Derecho Administrativo; aunque también en magistrados (y abogados integrantes) de otras Salas, en relación a tales materias (como, por ejemplo, rentas municipales –Primera Sala–⁶ y tutela de derechos fundamentales de funcionarios públicos –Cuarta Sala–⁷). Y, asimismo, aunque en una notoria menor cantidad, en relación a materias ajenas a dicha disciplina, tales como, por ejemplo,

RESUMEN / ABSTRACT

⁵ Entre ellas, a modo ejemplar, las sentencias de *Verdugo con Partido de La Gente* (2023), *Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2023), *Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2023), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Tapia con Ejército de Chile* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Walker con Ejército de Chile* (2022), *Telefónica Móviles Chile S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2022), *Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2022), *Luis Alfredo Cuevas Matamala con Gobierno Regional de la Región del Bio-Bio* (2022), *Donoso con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos* (2022), *Cancino con Isapre Nueva Masvida S.A* (2021), *Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Holland Park Limitada* (2021), *Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación con Consejo Nacional de Educación* (2020), *Telefónica Móviles Chile S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2022), *Retamal con Servicio Registro Civil de Talca* (2019).

⁶ “Constancias” contenidas en las sentencias de la Corte Suprema *Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Holland Park Limitada* (2021), (Abogado Integrante Alcalde) y *Fernández con Junta de Vigilancia del Condominio Club de Polo* (2018), (Ministra Egnem).

⁷ “Constancia” contenida en las sentencias de la Corte Suprema *Luis Alfredo Cuevas Matamala con Gobierno Regional de la Región del Bio-Bio* (2022), (Ministra Muñoz).

¹ Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho mención Derecho Público de la Universidad de Chile. Dirección de correo postal: Pío Nono 1, Providencia, Región Metropolitana, Chile, Correo electrónico institucional: croman@ derecho.uchile.cl ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1444-3342>

² Salvo en relación a la unificación de jurisprudencia en materia laboral, por razones obvias. En las respectivas sentencias se ha dejado constancia que modifica “la postura interpretativa anterior sobre la materia de derecho propuesta”. Véase, por ejemplo: sentencias de la Corte Suprema *Ahumada con Constructora Visión SPA* (2017), *Jaime Eduardo Morales Faúndez y otros con Municipalidad de Chiguayante* (2017) y *Díaz y otros con Municipalidad de El Carmen* (2017).

³ Artículo 3°, inciso 2°, del Código Civil.

⁴ *Retamal con Servicio Registro Civil de Talca* (2019) (esta es la más antigua que hemos encontrado en esta investigación).

Artículo recibido el 15 de mayo de 2024 y aceptado el 19 de junio de 2024.

constitucionales⁸, civiles⁹, procesales civiles¹⁰, laborales¹¹ y penales¹².

⁸ Por ejemplo, la "constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Brianna Monserrat Rosales Araque con Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de chilenos en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021) (Abogada Integrante Coppo): "Se deja constancia que la Abogada Integrante Sra. Coppo, de un nuevo estudio de los antecedentes ha modificado su posición en esta materia, considerando que lo denunciado en el recurso sí está comprendido en la acción de amparo que contempla el artículo 21 de la Constitución Política de la República, particularmente por lo dispuesto en su inciso tercero, en relación con el literal a) del N° 7 del artículo 19". "Constancia" se que se contiene igualmente en las sentencias de la Corte Suprema *Irlisbett Tortosa Castillo con Consulado General De Chile En Caracas, Venezuela* (2021) y *Gilver Jesús Alvares Rodríguez con Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de chilenos en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021).

⁹ Por ejemplo, la "constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Retamal con Servicio Registro Civil de Talca* (2019) (Ministra Sandoval y Ministro Aránguiz): "Se deja constancia que los Ministros señora Sandoval y Señor Aránguiz, concurren al fallo que antecede, modificando su parecer en fallos pretéritos de la misma naturaleza, teniendo en consideración la especialísima situación de las personas de filiación no matrimonial que nacieron antes de la vigencia de la Ley N° 10.271 sin que fueran reconocidas a través de escritura pública o acto testamentario, que enfrentan hoy, ante la muerte de sus progenitores, un complejo escenario respecto de la determinación de su filiación, cuestión que se dificulta aún más para los herederos de aquellas, en circunstancias que, la interpretación de las normas expuestas en esta sentencia permite establecer de forma razonable la filiación de las personas que, por expresa voluntad, reconocieron a su hijo en el acto de inscripción.". "Constancia" se que se contiene igualmente en las sentencias de la Corte Suprema *Carlos Alex Andrés Cea Rodríguez con Servicio de Registro Civil e Identificación Región del Bio-Bio* (2019) (Ministra Sandoval), *Salinas con Servicio de Registro Civil e Identificación Región de Valparaíso* (2019) (Ministra Sandoval y Ministro Aránguiz) y *Zamora con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2019) (Ministra Sandoval y Ministro Aránguiz).

¹⁰ Por ejemplo, la "constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Aguirre Álvarez Miguel, Herrera Jiménez Carlos, Forestier Haensgen Carlos y Otros* (2019) (Ministro Brito): "Se deja constancia –además– que, atendido lo razonado precedentemente, el Ministro señor Brito ha cambiado su parecer respecto a la aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en este tipo de casos".

¹¹ Por ejemplo, la "constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *José Alejandro Luengo Luengo con ISS Facility Services S.A* (2022) (Abogada Integrante Etcheberry): "Se deja constancia que la abogada integrante señora Etcheberry, con un nuevo estudio de los antecedentes, modifica su criterio sobre la materia."

¹² Por ejemplo, la "constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Omar Rodrigo Venegas Hidalgo con Eduardo Juan Carlos Fonseca Jimenes* (2021) (Ministro Llanos): "Se deja constancia que el Ministro Señor Llanos ha variado su posición manifestada en el fallo dictado en el recurso de nulidad rol N° 24705-2020, luego de un acabado estudio de nuevos antecedentes, de los cuales aparece que no es posible determinar la pureza conforme a estudios realizados por el Tribunal Supremo de España. Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, señala que "tratándose de hachís

II. Ejemplos de "constancias –individuales- de cambio de criterio".

Veamos ahora algunos ejemplos de estas "constancias" en relación a materias propias de Derecho Administrativo:

1. En sentencias de la Tercera Sala.

a. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 30.267-2020*¹³

Por estas consideraciones, se declara inadmisibles el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de veintiséis de febrero de dos mil veinte.

no es exigible la determinación cualitativa de su pureza, más allá de la constancia de la presencia relevante del principio activo THC, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta -sin necesidad de proceso químico- de cuya composición forman parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocannabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%. En el mismo sentido el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 6 de junio del 2000 establece que "a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o «cannabis sativa», son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite). Es decir, que toda planta «cannabis sativa» o «cáñamo índico», por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados. Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta." (<https://www.diazvelasco.com/articulos/porcentaje-thc-irrelevancia/>).

¹³ Lo discutido dice relación con la admisibilidad de un recurso de apelación deducido por un órgano de la Administración del Estado centralizado (no por el abogado procurador fiscal ni por su representante legal) en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que resolvió una acción de protección.

Cabe destacar que este caso es interesante porque son los "ministros y el abogado integrantes" quienes efectúan la constancia, esto es, cuatro integrantes, en total. Por tanto, la mayoría de quienes concurren a esa sentencia, cambiaron, en ella, su criterio interpretativo. Así, de no haberse producido dicho cambio, la sentencia (voto de mayoría) habría sido distinta.

(...) Se deja constancia que los Ministros y el Abogado Integrante concurren a la decisión de declarar inadmisibles los recursos de apelación, modificando su parecer en fallos pretéritos de la misma naturaleza (14.581-2019, 14.014-2019, 31.346-2018, 14.992-2018, 10.345-2015), en que se procedió a realizar un análisis de fondo de la materia discutida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y la disidencia su autora.

Rol N° 30.267-2020.

b. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 87.364-2021*¹⁴.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos y leyes citadas, se declara inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por el abogado don Francisco Figueroa Rogel, en representación de Gendarmería de Chile, en contra de la sentencia de veintinueve de octubre pasado, dictada por la Corte de Apelaciones de Arica, en el Rol N° 471-21.

Se deja constancia que el Ministro Suplente Sr. Zepeda y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, han modificado su posición en esta materia luego de un nuevo estudio de los antecedentes.

(...) Regístrese y devuélvase.

Rol N° 87.364-2021.

c. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 76.510-2020*¹⁵.

Por estas consideraciones y de conformidad, igualmente, con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintisiete de mayo de dos mil veinte y, en su lugar, se acoge el recurso de protección deducido en contra de los Oficios N° 387/2019 de fecha 11 de julio de 2019; Oficio N° 413/2019 de 31 de julio de 2019 y el Oficio N° 460/2019 de 4 de septiembre de 2019, todos dictados por la Comisión Nacional de Acreditación, los que que-

dan sin efecto, debiendo proveerse los recursos de apelación presentados por el recurrente de protección, Universidad SEK Chile, concediendo los recursos de apelación deducidos, de los cuales deberá conocer y decidir el Consejo Nacional de Educación.

Se deja constancia que el Ministro señor Muñoz cambia su parecer expresado en el voto de minoría de la causa Rol N° 21.091 y teniendo especialmente presente que, frente a la disyuntiva de la procedencia o improcedencia de un recurso que permita un mejor acceso a la justicia por parte de los interesados, se ha inclinado permanentemente a favor del derecho al recurso, como lo demuestran innumerables sentencias, en los Roles N°s 33.261-2019, 28.851-2019, 25.694-2019, 16.281-2019, 2638-2020 y 119.793-2020, por citar sólo algunos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Sergio Muñoz Gajardo.

Rol N° 76.510-2020.

d. *Sentencia de la Corte Suprema 85.119-2020*.

Por estas consideraciones y de conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre tramitación del recurso de protección, se revoca la sentencia apelada de nueve de julio último, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, en su lugar, se dispone que se rechaza el recurso de protección entablado por el Seremi de Justicia de la Región de Valparaíso, en contra de la Contraloría Regional de la misma Región.

(...)

Se deja constancia que la Ministra señora Vivanco, luego de un mayor y mejor estudio de los antecedentes que culminaron con la dictación del acto recurrido, cambió su parecer original, contenido en el fallo Rol Corte Suprema N° 2784-2019, que resolvió un caso análogo respecto de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana.

(...)

Regístrese y devuélvase.

¹⁴ Trata sobre la misma materia de la sentencia anterior, aunque respecto de otro órgano de la Administración centralizado.

¹⁵ La misma "constancia" se contiene en la sentencia de la Corte Suprema *Susana Chambillo E.I.R.L con Ilustre Municipalidad de Antofagasta* (2020).

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos y la prevención, de su autor.

Rol N° 85.119-2020.

e. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 127.279-2020.*

Por estas consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil y actuando esta Corte de oficio, se deja sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha seis de octubre del año en curso. En consecuencia, deberá dicha Corte pronunciarse, como en derecho correspondiente, respecto del reclamo de ilegalidad deducido por Wom S.A., en contra de la decisión de dos de septiembre de 2019, emanada de la Ministra de Transportes y Telecomunicaciones, debiendo procederse a una nueva vista y fallo por Ministros no inhabilitados.

Atendido lo resuelto precedentemente, se tiene por no interpuesto el recurso de queja deducido por Wom S.A.

Se deja constancia que la Ministra Ravanales cambia la posición que había sostenido en anteriores fallos sobre la materia, fundada en un nuevo estudio de la institución jurídica y considerando que la jurisprudencia se ha ido uniformando en este sentido.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Quintanilla.

Rol N° 127.279-2020.

f. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.139-2021.*

Por estas consideraciones, normas legales citadas y de acuerdo al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, se confirma la sentencia de fecha nueve de marzo del año dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se deja constancia que la Ministra Sra. Ravanales concurre a la confirmación, modificando su parecer en anteriores fallos, en razón de un mejor estudio de los antecedentes.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Abogada Integrante señora Benavides.

Rol N° 19.139-2021.

g. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 45.156-2021.*

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 15, 54 y 59 de la Ley N° 19.880, se revoca la resolución apelada de veintitrés de junio último, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que declaró inadmisibles la reclamación deducida por Clínica Santa María SpA Resolución Exenta IP/N° 2381 de fecha 20 de mayo de 2021, dictada por la Intendente de Prestadores de Salud de la Superintendencia de Salud y, en su lugar, se declara que dicho tribunal debe dar tramitación a la referida acción hasta su total conclusión.

Se deja constancia que la Ministra señora Ravanales cambia la posición que había sostenido en anteriores fallos sobre la materia, fundada en un nuevo estudio de los antecedentes.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 45.156-2021.

h. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 185-2022¹⁶.*

Se confirma la sentencia apelada de fecha quince de diciembre de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se deja constancia que el Ministro Sr. Muñoz, se pliega con el presente pronunciamiento, al criterio sostenido en Roles de esta Corte N°s 6057-2022; y 11.133-2022, respecto de la interpretación de las normas contenidas en los artículos 118, 125 y 127 del Estatuto del Personal de las FFAA, para la conformación de las cuotas de pases y retiros dentro del periodo calificadorio, atendida la distinción por grado y escalafón del funcionario afectado, modificando así en la parte pertinente, el criterio sostenido en Rol N° 33.291-2020.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 185-2022.

¹⁶ La misma "constancia" se contiene en la sentencia de la Corte Suprema Walker con Ejército de Chile (2022)

i. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.907-2022*¹⁷.

Y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se desecha el recurso de queja interpuesto Telefónica Móviles de Chile S.A. en lo principal de la presentación de siete de febrero último.

Se deja constancia que las Ministras señora Vivanco y señora Ravanales, concurren a la decisión, modificando su parecer en anteriores fallos, en razón de un mejor estudio de los antecedentes en relación a la naturaleza y fines de la multa de que se trata, según los fundamentos consignados en el presente fallo.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Águila y la constancia, de sus autoras.

Rol N° 4.907-2022.-

j. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1.533-2022*.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán y en su lugar, se declara que se rechaza el recurso de protección interpuesto en favor de doña Lady Keilon Ortiz Riquelme, en contra de la Dirección General de Carabineros.

(...)

Se deja constancia que las Ministras Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. en razón de las argumentaciones expuestas vienen en modificar el parecer consignado sobre la materia en pronunciamiento previo, relativo a la configuración de la pensión de inutilidad de segunda clase, teniendo además presente que, del análisis normativo desarrollado, aparece que no se configura la conculcación arbitraria, ni ilegal de la igualdad ante la ley denunciada, desde que las asignaciones omitidas en el cálculo, cuyo

es el objeto del reclamo, no se incorporaron al patrimonio del recurrente al momento de jubilar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Mario Carroza E. y la prevención de sus autoras.

Rol N° 1.533-2022.

k. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 106.124-2022*¹⁸.

Se confirma la sentencia apelada de fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se deja constancia que la Ministra Sra. Vivanco, concurre a la decisión confirmatoria, haciendo presente que, con un mejor análisis de los antecedentes, sustituye el criterio que fue sostenido en antecedentes Rol N° 127.415-2020, en razón de estimar que para el procedimiento materia del análisis, esto es, en materia tributaria, no resultan aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos, habida consideración de tratarse en el caso de un procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, que admite en su extensión las acciones, excepciones, alegaciones y defensas que pueden oponer los deudores demandados.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 106.124-2022.

l. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 28-2023*¹⁹.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la resolución apelada, y en su lugar se

¹⁷ La misma "constancia" se contiene en la sentencia de la Corte Suprema *Telefónica Móviles Chile S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2022)

¹⁸ La misma "constancia" se contiene en las sentencias de la Corte Suprema *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022), *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022) y *Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022).

¹⁹ La misma "constancia" se contiene en las sentencias de la Corte Suprema *Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2023) y *Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2022).

declara que el recurso de protección deducido es admisible, debiendo dársele la tramitación correspondiente.

Se deja constancia que la los Ministros Sra. Ravanales y Sr. Carroza, con un nuevo estudio de los antecedentes concurren a la decisión, modificando el criterio de admisibilidad sobre la materia sostenido previamente en el Rol N° 162.863-2022.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 28-2023.

m. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 146.856-2023.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la resolución apelada de veintidós de junio de dos mil veintitrés, y en su lugar se declara que el recurso de protección deducido es admisible, debiendo dársele la tramitación correspondiente en los términos dispuestos.

Se deja constancia que los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., y Sr. Mario Carroza E., en razón de las argumentaciones expuestas, vienen en modificar el parecer consignado sobre la materia en pronunciamiento previo en antecedentes Rol Corte Suprema N° 141.419-2023, sobre la base de un nuevo estudio de los antecedentes, la normativa aplicable y la naturaleza del asunto.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 146.856-2023.

n. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9.919-2022.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de fecha dieciséis de marzo de dos mil veintidós dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción y en su lugar, se declara que se rechaza el recurso de protección interpuesto en favor de don Benigno Benito Contreras Pezo, en contra de la Dirección de Personal de Carabineros y su Departamento de Pensiones.

(...)

Se deja constancia que las Ministras Sra. Ángela Vivanco M. y Sra. Adelita Ravanales A. en razón de las argumentaciones expuestas vienen en modificar el parecer consignado sobre la materia en pronunciamiento previo, en razón de un nuevo estudio de los antecedentes, la normativa aplicable y la naturaleza del asunto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Adelita Ravanales A. y la disidencia de sus autores.

Rol N° 9.919-2022.

o. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1.533-2022.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán y en su lugar, se declara que se rechaza el recurso de protección interpuesto en favor de doña Lady Keilon Ortiz Riquelme, en contra de la Dirección General de Carabineros.

(...)

Se deja constancia que las Ministras Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. en razón de las argumentaciones expuestas vienen en modificar el parecer consignado sobre la materia en pronunciamiento previo, relativo a la configuración de la pensión de inutilidad de segunda clase, teniendo además presente que, del análisis normativo desarrollado, aparece que no se configura la conculcación arbitraria, ni ilegal de la igualdad ante la ley denunciada, desde que las asignaciones omitidas en el cálculo, cuyo es el objeto del reclamo, no se incorporaron al patrimonio del recurrente al momento de jubilar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Mario Carroza E.

y la prevención de sus autoras.

Rol N° 1.533-2022.

p. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 39.801-2021.*

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja interpuesto en lo principal de la presentación de quince de junio de dos mil veintiuno por el Consejo de Defensa del Estado, en nombre del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, y, en consecuencia, se deja sin efecto la sentencia de nueve de junio de dos mil veintiuno, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos seguidos bajo el rol N° 2345-2021 y, en su lugar, se dispone que se rechaza la reclamación deducida por Wom S.A. en contra de la decisión emitida por la señora Ministra de Transportes y Telecomunicaciones con fecha 9 de julio de 2020, de modo que se mantienen las sanciones que dicha autoridad impuso a la actora, esto es, una multa de 1.000 UTM por haber infringido el artículo 14 inciso 5° de la Ley N° 18.168, en relación con el artículo 15 inciso 1° del mismo cuerpo legal, así como el pago de una multa de 0,25 UTM por cada día que la actora haya dejado transcurrir sin dar cumplimiento a la orden de cese que le fuere impuesta, la que se aplicará desde el vencimiento del término de cinco días hábiles concedido con tal fin mediante el oficio ordinario N° 8.832-DJ-3 N° 277, de 26 de junio de 2019.

Se deja constancia que las Ministras Señora Vivanco y Señora Ravanales concurren a la decisión, modificando su parecer en anteriores fallos, en razón de un mejor estudio de los antecedentes en relación a la naturaleza y fines de la multa de que se trata, según los fundamentos consignados en el presente fallo.

(...)

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales.

Rol N° 39.801-2021.

2. En sentencias de otras Salas.

a. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.087-2018 (Primera Sala / Tópico: rentas municipales)*²⁰.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la ejecutada en lo principal del escrito de fojas 202 en contra de la sentencia de veintinueve de junio de dos mil dieciocho, escrita a fojas 199 y 199 vta., la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Se deja constancia que la Ministra señora Rosa Egnem Saldías, modifica de algún modo su parecer expresado en fallos anteriores sobre el asunto resuelto en esta sentencia, entendiéndolo que las reflexiones esbozadas en los motivos precedentes, adscriben con mayor exactitud a una interpretación armónica y sistemática de las instituciones en estudio y manifiestan una mayor fidelidad a lo que fue el espíritu del legislador al concebirlas.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Ricardo Abuaud.

Rol N° 23.087-2018.

b. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 63.433-2021 (Primera Sala / Tópico: rentas municipales).*

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado don Walter Rodrigo Cooper Cortés, en representación de la parte ejecutada, en contra de la sentencia de tres de agosto de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se invalida y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se deja constancia que el abogado señor Enrique Alcalde modifica de algún modo su parecer, expresado en fallos anteriores sobre el asunto resuelto en esta sen-

²⁰ La misma "constancia" se contiene en la sentencia de la Corte Suprema *Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Santa Pamela Limitada* (2018)

tencia, entendiendo que las reflexiones esbozadas en los motivos precedentes adscriben, con mayor exactitud, a una interpretación armónica y sistemática de las instituciones en estudio y manifiestan una mayor fidelidad a lo que fue el espíritu del legislador al concebirlas.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante don Enrique Alcalde R.

Rol N° 63.433-2021.

- c. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 98.093-2022 (Cuarta Sala / Tópico: tutela laboral de funcionario público –término anticipado contrata-).*

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y en conformidad, además, con lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de dieciocho de agosto de dos mil veintidós, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, que hizo lugar al de nulidad deducido respecto de la de mérito de trece de marzo del mismo año, por lo que se rechaza el arbitrio y se declara que la sentencia del grado no es nula.

Se deja constancia que la ministra señora Muñoz concurre a la decisión, dado que su posición inicial sobre el asunto fue modificada sobre la base de los argumentos expuestos en la prevención consignada en causa rol N° 24.563-2020, en que sostuvo que la interpretación correcta es aquella que declara procedente el pago del lucro cesante, en la medida que se cumple el presupuesto de haber dejado de percibir las remuneraciones pactadas hasta la fecha de término de la contrata, lo que no queda cubierto por la indemnización legal tarifada, que tiene un carácter sancionatorio por la vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda concluirse de los términos de la nueva Ley 21.280, que el propósito legislativo hubiere sido excluir dicha prestación, puesto que establece la improcedencia únicamente de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio.

(...)

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 98.093-22.-

- d. *Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18.163-2019 (Cuarta Sala / Tópico: rubros indemnización servidumbre eléctrica).*

Y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada, en contra de la sentencia de treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, en los aspectos ya indicados, la que se invalida en la parte pertinente y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Se deja constancia, que la ministra señora Muñoz, al concurrir al acuerdo de mayoría, sigue la postura que ya sostuvo en el fallo rol N° 2998-18, antes citado, modificando pronunciamientos anteriores, en lo referido a la interpretación del artículo 69 de la Ley General de Servicios Eléctricos, por estimar, luego de un nuevo estudio, que los argumentos expuestos, son los que explican y precisan, el real sentido de dicha norma. En el mismo sentido, se expresa la abogada integrante señora Etcheberry, en relación a su postura en fallos anteriores.

(...)

Regístrese.

N° 18.163-19.

III. Singularidades de las "constancias –individuales- de cambio de criterio"

Obsérvese algunas singularidades de estas "constancias"²¹:

1. Estas "constancias" no son, en rigor estricto, ni una prevención ni una disidencia. A mayor abundamiento, situadas, en la sentencia, luego de la decisión (antes o después de las prevenciones y/o disidencias –esto es variable-), bien cabe colegir que no son relevantes para ésta. En efecto, las "constancias", a lo más, explican el porqué el magistrado que la suscribe no sigue –ni seguirá, en lo sucesivo- el criterio interpretativo que sí siguió en casos análogos anteriores.

²¹ A estas nos hemos referido en: ROMÁN, "Los cambios jurisprudenciales en el Derecho Administrativo", en Actas IV Jornadas de Teoría y Praxis Jurisprudencial (en prensa), y ROMÁN 2023, 29-32.

2. Estas "constancias" ponen de relieve que los magistrados que las suscriben tienen presente que el criterio interpretativo que siguieron en casos análogos anteriores, de una u otra manera, los obliga (y ello, enhorabuena, especialmente en relación al Derecho Administrativo, lo que profundizaremos más adelante). De esta forma, esta práctica deja en entredicho el aforismo conforme al cual las sentencias tienen fuerza vinculante sólo en el caso en el que actualmente se pronuncian. Y tal obligatoriedad es cada vez más patente si se considera que tales "constancias", últimamente, presentan una mayor fundamentación, tal como se ha podido observar en los ejemplos antes referidos.

Cabe destacar que esta mayor fundamentación es especialmente deseable cuando la mayoría de los magistrados que suscriben la sentencia (voto de mayoría) cambian, en ella, su criterio interpretativo, de tal suerte que sin ese cambio muy probablemente la decisión habría sido distinta. Pues bien, esta mayor fundamentación, en esta hipótesis, la hemos observado en unos casos²², mas no en otros²³.

3. La utilidad de estas "constancias", radica en que el magistrado que la suscribe implícitamente señala al litigante (que muy probablemente invocó el criterio interpretativo que aquél siguió en casos análogos anteriores, y que ahora abandona), a los litigantes futuros (atentos a los criterios jurisprudenciales de los magistrados a fin de establecer sus estrategias judiciales) y a los estudiosos de la jurisprudencia (atentos a la permanencia o cambios de criterio jurisprudencial –institucional- y de criterio interpretativo –individual, de los magistrados-): "Sí, efectivamente estoy cambiando de criterio; lo reconozco, y esta es la razón...", previendo así cualquier cuestionamiento por ello.

Huelga destacar que los cambios de criterio jurisprudencial –institucionales- o de criterio interpretativo –individuales-, de los magistrados-, hasta el momento, son relativamente difíciles de pesquisar, mas pronto lo serán muy fácilmente, mediante el uso de inteligencia artificial²⁴, contexto en el cual estas "constancias" se tornarán más necesarias, si no imprescindibles.

²² "Constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Verdugo con Partido de La Gente* (2023), (Ministra Vivanco, Ministra Ravanales y Ministro Carroza).

²³ "Constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Mosquera con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020) (Ministro Muñoz, Ministra Sandoval, Ministro Llanos, Abogado Integrante Lagos).

²⁴ ROMÁN 2022, 143-147

4. El empleo de estas "constancias" permite evitar los vaivenes o zigzagueos jurisprudenciales²⁵, ya que los magistrados, a través de ellas, fijan, en lo sucesivo, su criterio interpretativo sobre un específico punto de derecho, tal como si señalaran: "Me quedo acá. Esta será mi posición en lo sucesivo".

Por lo pronto, si decidieran cambiarlo, estimamos, sólo podrían hacerlo a través de otra "constancia", por aplicación del aforismo conforme al cual en Derecho "las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen". Asimismo, les quedaría vedado establecer excepciones singulares de su criterio interpretativo, en atención, entre otros, a los mismos fundamentos del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos²⁶.

A mayor abundamiento, estimamos que esta forma de concretar los cambios de criterio interpretativo de los magistrados, a través de estas "constancias", debe entenderse que vincula no sólo a quienes la han empleado –*venire contra factum proprium non valet*-, sino que también a los que no lo han empleado –*vis expansiva*-, pues lo contrario, admitir que unos se ciñan a esta forma y no otros, importaría admitir distintas formas de ejercer la jurisdicción en un aspecto tan sensible como este, lo que sería, al menos, inconveniente.

IV. La variante: las "constancias –individuales- de no aplicación de criterio".

Cabe destacar que hemos observado una "variante" de estas "constancias", y que llamamos "constancias –individuales- de no aplicación de criterio". A través de estas los magistrados, en una sentencia, señalan el porqué un criterio interpretativo respecto de un punto de derecho que siguieron en un caso anterior, que es aparentemente análogo al actual, no aplica a este. Así, en lo medular, en estas "constancias" señalan las diferencias que el actual caso tiene respecto de los anteriores en los que siguió el criterio interpretativo en cuestión, y que justifican ahora el no aplicarlo.

²⁵ Sobre las inconveniencias de los vaivenes o zigzagueos jurisprudenciales en relación al Derecho Administrativo, véase: VERGARA 2019, 251-299.

²⁶ Véase ROMÁN 2022, 143-170. ROMÁN 2023, "El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos", en *Diario Constitucional*

Al respecto huelga destacar que, conforme ha observado cierta doctrina, alguna jurisprudencia, por ejemplo, cuando integra un incuestionable vacío normativo, se asemeja a una regla, y que precisamente por ello denomina *jurisprudencia-regla*.

En suma, la principal diferencia entre las "constancias –individuales- de cambio de criterio" y las "constancias –individuales- de no aplicación de criterio", radica en que mientras en las primeras los magistrados señalan que cambian de criterio jurisprudencial, dando por supuesto que se trata de casos analogables; en las segundas señalan que el criterio jurisprudencial seguido en casos anteriores no aplica al caso actual, por no ser analogables, por más que en principio lo parecieran, explicitando las razones de esto último. A tal diferencia se agrega, consecuentemente, que el fundamento de las primeras ha de ser estrictamente jurídico, en tanto que el fundamento de las segundas, estrictamente fáctico.

Veamos un ejemplo de estas "constancias –individuales- de no aplicación de criterio":

- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1.085-2022²⁷.

Se deja constancia que los Ministros (as) Sra. Vivanco, Sr. Carroza y Sra. Lusic, concurren al fallo que antecede sin aplicar el criterio sustentado en casos anteriores, conforme con el cual se rechazan los recursos de casación respecto de sentencias de los tribunales ambientales que sólo anulan el acto administrativo para retrotraer y complementar la evaluación ambiental, toda vez que el presente caso tiene particularidades que lo hacen diferente, pues el tribunal ambiental anuló para el sólo efecto de ordenar complementar la evaluación de la luminosidad, disponiendo que el proyecto podía ejecutarse sin perjuicio de los actos complementarios y, en este caso, la nulidad formal justamente atacaba la procedencia de entrar al análisis de tal materia.

Lo anterior, es sin perjuicio que, además, en este caso no es posible establecer que el proceso de evaluación no ha concluido, toda vez que es de público conocimiento que, con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, que por este acto se revisa, la Directora Ejecutiva del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental dictó la Resolución Exenta N° 202299101893 de 14 de noviembre de 2022, publicada en la página Web del SEA <https://firma.sea.gob.cl/publica->

²⁷ En este caso llama la atención dónde se sitúa esta "constancia" en la sentencia, antes de la parte resolutoria, en circunstancias que respecto de las "constancias –individuales- de cambio de criterio", previamente estudiadas, siempre ha sido luego de ésta.

ciones/2022/11/14/1668434501_2157646794, que aprobó el proyecto Egaña-Comunidad Sustentable", decisión que, según consta en los antecedentes, no fue impugnada en sede judicial.

Atendido lo resuelto en las motivaciones precedentes y de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, se tienen por no interpuesto el recurso de casación en la forma deducido por el SEA y los recursos de casación en el fondo deducido tanto por el titular del proyecto como por él SEA, en contra de la misma sentencia antes individualizada.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carroza y de la disidencia, su autor.

Rol N° 1.085-2022²⁸

Con todo, huelga destacar que hay algunas constancias que tienen, a la vez, elementos propios de una "constancia de cambio –individual- de criterio" y de una "constancia –individual- de no aplicación de criterio", y que por ello llamamos "constancias mixtas". A modo de ejemplo:

- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8.224-2022.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley N° 20.529, se confirma la sentencia apelada de quince de febrero de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se deja constancia que los Ministros señor Muñoz y Sra. Vivanco, si bien en causas anteriores (CS Rol N° 19.562-2020 y Rol N° 27.545-2020) manifestaron una opinión distinta a la expresada en el presente fallo, aquello se debió a las singularidades de las causas, sin perjuicio de lo cual expresan que, más allá de las especificidades del caso concreto, han realizado un nuevo análisis de la normativa y concluido que dado que la Superintendencia de Educación ha regulado el proceso de

²⁸ Otro ejemplo: "Constancia" contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Comene con Ministerio del Trabajo y Previsión Social* (2019) (Ministro Prado): "Se deja constancia que el Ministro señor Prado concurre al fallo que antecede, modificando su parecer manifestado en sentencias pretéritas de la misma naturaleza, teniendo en consideración que el exiguo lapso que duró la contrata de la actora impide, en este caso, aplicar a su favor el principio de la confianza legítima."

acreditación de disponibilidad de fondos respecto de los saldos de dineros entregados por concepto de subvención escolar, estableciendo que aquello sólo se puede verificar con determinados instrumentos financieros, esto es, depósitos a plazos, cuestión que era previamente conocida por los sostenedores, resulta improcedente pretender acreditar tal disponibilidad de dinero con otro tipo de instrumentos financieros.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante señora Benavides.

Rol N° 8.224-2022.

V. El precedente jurisprudencial en el Derecho Administrativo

En otras oportunidades hemos sostenido que la jurisprudencia en el Derecho Administrativo, ya sea constitucional, judicial o administrativa, debe tener vocación de permanencia²⁹. Mas lo anterior no obsta a que pueda cambiar, aunque para ello preciso es que el órgano jurisdiccional (o administrativo) respectivo, reconociendo el cambio de jurisprudencia, lo haga con motivación reforzada en cuanto al porqué abandona la jurisprudencia anterior y al porqué establece la nueva. Pues bien, en este contexto, nos parece que un germen de este parámetro se encuentra precisamente en las "*constancias-individuales-de cambio de criterio*", aunque a nivel individual (magistrados), y no institucional (tribunal o sala), como sería lo ideal, especialmente en relación a esta disciplina.

Pues bien, dicha vocación de permanencia de la jurisprudencia se funda en los clásicos argumentos para afirmar la fuerza del (auto) precedente jurisprudencial, tales como la certeza jurídica, el principio de interdicción de la arbitrariedad, la fundamentación de las sentencias, el principio de publicidad y transparencia, etcétera³⁰⁻³¹. Y a los cuales agregamos, muy especialmente en relación a la jurisprudencia relativa al Derecho Administrativo,

la igualdad ante la ley. Ello por cuanto, sostenemos, esta jurisprudencia se "*contagia*" con las características de esta disciplina; y en este sentido huelga destacar que la actuación de la Administración, regida por el Derecho Administrativo, debe ser igualitaria. Ello se funda no sólo en las disposiciones constitucionales referidas a la igualdad ante la ley³², que vinculan directamente a la Administración (*irradiación vertical*), sino que también en la *función administrativa* que le corresponde servir, misma que habitualmente se identifica con el *servicio público*, y que importa satisfacer necesidades colectivas en forma regular y continua, rigiéndose al efecto por los principios de regularidad, continuidad, generalidad e igualdad. En síntesis, la exigencia de igualdad que rige a la Administración, puede predicarse del mismo modo a los tribunales, en materia de Derecho Administrativo, pues *donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*.

Así, por ejemplo, recientemente, la Corte Suprema, en materia de Derecho Administrativo Sancionador, ha comenzado a exigir a los órganos de la Administración coherencia, en cuanto a la tasación de las sanciones, con su práctica pasada respecto de conductas semejantes; lo que hemos denominado "*proporcionalidad-igualitaria*"³³. Así, cuando no ha observado tal coherencia, dicha Magistratura ha declarado la ilegalidad de la sanción. De esta forma, por ejemplo, en relación a un oficial de la Armada sancionado disciplinariamente con retiro absoluto por mantener una relación afectiva con la cónyuge de un compañero de armas, dicha Magistratura, al observar que tal sanción no era coherente con la práctica anterior de la Administración (pues había sancionado conductas semejantes, por regla general, con amonestación), declaró la ilegalidad del respectivo acto administrativo. Al efecto sostuvo que "*vulnera el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues, como lo muestra el cuadro acompañado por el actor ante esta Corte, denominado "Estadística de sanciones por relaciones extramaritales", entre los años 2014 y 2018 han sido sancionados un total de diez funcionarios de la Armada por incurrir en conductas de esta clase, ocho de los cuales fueron castigados con diversas clases de 'Amonestaciones' ...*"³⁴.

²⁹ Por ejemplo, en nuestra exposición en las IV Jornadas de Teoría del Derecho y Praxis Jurisprudencial (Cambios jurisprudenciales en el Derecho Administrativo).

³⁰ Iregui, a favor del precedente judicial, ha señalado que este: "(1).- Garantiza mayor seguridad jurídica, coherencia, confianza del y en el sistema jurídico. (2).- Garantiza el derecho a la igualdad. (3).- Constituye un mecanismo de control de la actividad judicial". IREGUI, 2016, 65-69

³¹ A lo cual se ha referido recientemente, en una luminosa sentencia, el Tribunal Constitucional. Véase: Considerando sexto y treceavo de la Sentencia TC Rol 12.882 (2022)

³² Artículo 19 N°s 2 y 21 de la Constitución.

³³ ROMÁN 2023, "La proporcionalidad-igualitaria en el Derecho Administrativo Sancionador", en Diario Constitucional. ROMÁN, 2023, 149-180

³⁴ Gómez con Espina (2019)

Pues bien, si la Corte Suprema exige coherencia a la Administración, eso mismo puede y debe exigírsele a ella, y por las mismas razones, al momento de ejercer la jurisdicción en materias de Derecho Administrativo³⁵.

VI. Mejoras.

Reconocida esta práctica, y sus ventajas, es posible efectuar algunas propuestas en pos de su mejora. Entre ellas, podemos señalar:

1. Respecto de ambos tipos de "constancias", sería conveniente: a. Darles un formato uniforme, en cuanto a estructura (por ejemplo, el encabezado: "Se deja constancia...") y ubicación en las sentencias (¿Dónde se hallan en estas? Después de la parte de resolutive: ¿Antes o después de las prevenciones y disidencias?); y b. Explicitar en ellas si se trata de una "constancia –individual- de cambio de criterio" o de una "constancia –individual- de no aplicación de criterio" (o "constancia mixta"), ya que, siendo distintos los fines de estas, también lo son el objeto de su fundamentación y sus efectos.

2. Respecto de las "constancias –individuales- de cambio de criterio", sería conveniente: a. Fundamentarlas en relación a dos cuestiones: primero, al porqué se abandona el criterio interpretativo anterior, y segundo, al porqué se establece el nuevo (aun cuando esto último puede entenderse satisfecho, en la medida que el magistrado que suscribe la constancia, a su vez, ha concurrido, en la sentencia, al voto de mayoría); b. Hacer en ellas mención expresa a la o las sentencias en las que se contiene el criterio interpretativo anterior que se abandona. En otras palabras, no hacer referencia genérica o indeterminada a ellas. Cabe destacar que así procede la Contraloría General de la República en relación a los cambios de criterio que introduce en

³⁵ En este sentido, Santiago Iglesias ha señalado que, "De cumplirse las condiciones anteriores, según el Tribunal Constitucional, el órgano judicial quedaría vinculado a sus propios precedentes, en virtud del principio de igualdad –la fijación de un criterio jurisprudencia debe llevarse a cabo con vocación de futuro (STC 176/2000, de 26 de junio, FJ 3º)-. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido esta eficacia vinculante de modo relativo, permitiendo que el órgano judicial pueda apartarse de sus precedentes de concurrir una serie de circunstancias y previa motivación". IGLESIAS 2021, 93. Asimismo, Iregui Parra, que "La existencia del precedente permite armonizar la independencia judicial con el derecho a la igualdad, y ejercer un control sobre la autonomía judicial limitada por criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, al imponer una fuerte carga argumentativa cumpliendo con las reglas de la argumentación cuando los jueces pretendan apartarse del precedente". IREGUI, 2016, 69.

su jurisprudencia administrativa³⁶; c. Definir cuántas "constancias" necesariamente deben efectuarse. Estimamos que es suficiente una sola (contenida en una sentencia), pues así se marca indubitadamente el antes y el después del criterio interpretativo del magistrado. En consecuencia, no parece necesario –ni conveniente- contener estas "constancias" en varias y sucesivas sentencias, pues de esta forma se dificulta conocer la fecha exacta en la que tuvo lugar el cambio de criterio interpretativo del magistrado; y d. Establecer una suerte de registro de "constancias –individuales- de cambio de criterio", a fin de que de ellas puedan informarse no sólo las partes del caso resuelto por la sentencia en la que se contienen o quienes investigan habitualmente la jurisprudencia, sino que todos. Por lo pronto, esto igualmente podría lograrse si el buscador de sentencias de la página web del Poder Judicial contemplara el criterio de búsqueda "sentencias con constancias".

Conclusión

Estas "constancias" ("constancias –individuales- de cambio de criterio" y las "constancias –individuales- de no aplicación de criterio"), observadas en sentencias de la Corte Suprema, especialmente de la Tercera Sala y en relación a casos referidos al Derecho Administrativo, constituyen una práctica muy interesante y conveniente, toda vez que otorga mayor estabilidad a la jurisprudencia de dicha Magistratura, maximizando así la certeza jurídica y la igualdad ante la ley, particularmente necesarias en esta disciplina.

³⁶ Por ejemplo: (i).- Dictamen N° 12.120 (2019) (caso sobre la prohibición de los funcionarios públicos abogados para litigar "acciones civiles" en contra del Estado). "En mérito de lo expuesto, se reconsideran, en lo pertinente, los dictámenes número 79.895 de 1976; 2.118 de 2002; 31.267 de 2010; 4.747 de 2012; 21.843 de 2013; y 79.119 de 2014, así como toda jurisprudencia contraria al criterio expuesto en el presente oficio.", y (ii).- Dictamen N° 24.731 (2019) (caso sobre el plazo de prescripción de las infracciones administrativas cuando la ley sectorial nada dice al respecto). "En los términos expuestos se complementan los dictámenes N°s 28.182, de 2015 y 26.724, de 2016, de este origen, y se reconsideran los dictámenes N°s 59.466, de 2015 y 26.202, de 2017, y toda la jurisprudencia vigente en el sentido antes expuesto. Finalmente, en resguardo del principio de seguridad jurídica, este nuevo criterio solo generará efectos para el futuro, sin alcanzar a las infracciones que ya prescribieron conforme al criterio sustituido (aplica criterio de los dictámenes N°s 17.500, de 2016 y 3.263, de 2019, entre otros)." Respecto de estos dos dictámenes, véanse, respectivamente: ROMÁN, 2020, 135-144 y ROMÁN, 2023, 291-314.

Bibliografía citada

- IREGUI PARRA, Marcela (2016). Precedente Judicial en el Contencioso Administrativo. Estudio desde la Fuentes del Derecho. Editorial Universidad del Rosario.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2024). Los cambios jurisprudenciales en el Derecho Administrativo, en Actas IV Jornadas de Teoría y Praxis Jurisprudencial (en prensa).
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2023). Curso de Derecho Administrativo. Apuntes de Clases. Universidad de Chile. Inédito.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2023). Derecho Disciplinario e infidelidad matrimonial (comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17.750-2019). *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, (23), 149-180.
- ROMÁN CORDERO, Cristian. (29/04/2023). La proporcionalidad-igualitaria en el Derecho Administrativo Sancionador. *Diario Constitucional*. _
- ROMÁN CORDERO, Cristian (05/01/2023). El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. *Diario Constitucional*. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-principio-de-inderogabilidad-singular-de-los-reglamentos/>
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2023). Inteligencia artificial en la justicia (del juez-robot al asistente-robot del juez). *Revista de Derecho Público*, (96), 143-147.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2023). El plazo de prescripción de las infracciones administrativas. (Comentario sobre el dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.731-2019)". En: S. PONCE DE LEÓN y J. DÍAZ DE VALDÉS, Principios Constitucionales: Antiguas y Nuevas Propuestas. Homenaje al Profesor José Luis Cea Egaña (291-314). Editorial Tirant lo Blanch.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2022). El principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos (Comentario sobre la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 143.849-2020). *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, (21), 143-170.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2020). Un grave e inaceptable atentado al ejercicio de la profesión de abogado. Comentario sobre el dictamen N° 12.120-2019 de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público*, (92), 135-144.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2021). La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Editorial Marcial Pons.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2019). El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 28, número especial.

Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile, 21 de octubre de 1980 (Chile).
- Código Civil, 14 de diciembre de 1885 (Chile).

Jurisprudencia citada

- Aguirre Álvarez Miguel, Herrera Jiménez Carlos, Forestier Haensgen Carlos y Otros* (2019): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2019 (Rol N° 36.319-2019). Segunda Sala. (Recurso de Casación).
- Ahumada con Constructora Visión SPA*. (2017): Corte Suprema, 21 de junio de 2017 (Rol N° 31.772-2017). Cuarta Sala. (Recurso de Unificación de Jurisprudencia).
- Andrade con Chilecap Capacitación Chile Ltda.* (2019): Corte Suprema, 14 de mayo de 2019 (Rol N° 12.746-2019). Cuarta Sala. (Recurso de Unificación de Jurisprudencia).
- Brianna Monserrat Rosales Araque con Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de chilenos en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021): Corte Suprema, 24 de agosto de 2021 (Rol N° 63.221-2021). Segunda Sala. (Apelación Amparo).
- Cancino con Isapre Nueva Masvida S.A* (2021): Corte Suprema, 12 de julio de 2021 (Rol N° 45.156-2021). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Carlos Alex Andrés Cea Rodríguez con Servicio de Registro Civil e Identificación Región del Bio-Bio* (2019): Corte Suprema, 3 de junio de 2019 (Rol N° 14.875-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2023): Corte Suprema, 3 de enero de 2023 (Rol N° 40-2023). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2023): Corte Suprema, 3 de enero de 2023 (Rol N° 28-2023). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Colegio Médico Veterinario de Chile A.G con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional* (2022): Corte Suprema, 28 de diciembre de 2022 (Rol 170.441-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Comene con Ministerio del Trabajo y Previsión Social* (2019): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2019 (Rol N° 26.248-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.120-2019, de 3 de mayo de 2019
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 24.731-2019, de 12 de septiembre de 2019
- Contreras con Dirección General de Carabineros de Chile* (2022): Corte Suprema, 28 de marzo de 2022 (Rol N° 9.919-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso con Contraloría General de la República* (2020): Corte Suprema, 27 de julio de 2020 (Rol N° 85.119-2020). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Díaz y otros con Municipalidad de El Carmen* (2017): Corte Suprema, 10 de marzo de 2017 (Rol N° 8.090-2017). Cuarta Sala. (Recurso de Unificación de Jurisprudencia).
- Distribuidora de Alimentos S.A con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2021): Corte Suprema, 17 de marzo de 2021 (Rol N° 19.139-2021). Tercera Sala. (Apelación Amparo Económico).
- Doniga con O’Ryan* (2022): Corte Suprema, 9 de marzo de 2022 (Rol N° 8.224-2022). Tercera Sala. (Apelación Reclamación).

- Donoso con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos* (2022): Corte Suprema, 11 de enero de 2022 (Rol N° 1.085-2022). Tercera Sala. (Recurso de Casación Ambiental).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 23 de septiembre de 2022 (Rol N° 110.976-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.127-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.126-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.125-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.124-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.123-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Empresa de Transportes Rurales Tur Bus SPA con Tesorería General de la República* (2022): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2022 (Rol N° 106.122-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Fernández con Junta de Vigilancia del Condominio Club de Polo* (2018): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2018 (Rol N° 23.087-2018). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Gilver Jesús Alvares Rodríguez con Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de chilenos en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021): Corte Suprema, 24 de agosto de 2021 (Rol N° 63.219-2021). Segunda Sala. (Apelación Amparo).
- Gómez con Espina* (2019): Corte Suprema, 27 de junio de 2019 (Rol N° 17.750-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Holland Park Limitada* (2021): Corte Suprema, 26 de agosto de 2021 (Rol N° 63.433-2021). Primera Sala. (Recurso de casación).
- Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea con Inversiones Santa Pamela Limitada* (2018): Corte Suprema, 26 de noviembre de 2018 (Rol 29.663-2018). Primera Sala. (Recurso de casación).
- Irlisbett Tortosa Castillo con Consulado General De Chile En Caracas, Venezuela* (2021): Corte Suprema, 24 de agosto de 2021 (Rol N° 63.212-2021). Segunda Sala. (Apelación Amparo).
- Jaime Eduardo Morales Faúndez y otros con Municipalidad de Chiguayante* (2017): Corte Suprema, 31 de marzo de 2017 (Rol N° 10.422-2017). Cuarta Sala. (Recurso de Unificación de Jurisprudencia).
- José Alejandro Luengo Luengo con ISS Facility Services S.A* (2022): Corte Suprema, 19 de mayo de 2022 (Rol N° 15.436-2022). Cuarta Sala. (Recurso de Queja).
- Luis Alfredo Cuevas Matamala con Gobierno Regional de la Región del Bio-Bio* (2022): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2022 (Rol N° 98.093-2022). Cuarta Sala. (Recurso de Unificación de Jurisprudencia).
- Mosquera con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020): Corte Suprema, 18 de marzo de 2020 (Rol N° 30.267-2020). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Norma Morales Figueroa con Gendarmería de Chile* (2021): Corte Suprema, 9 de octubre de 2021 (Rol N° 87.364-2021). Segunda Sala. (Apelación Amparo).
- Omar Rodrigo Venegas Hidalgo con Eduardo Juan Carlos Fonseca Jimenes* (2021): Corte Suprema, 29 de marzo de 2021 (Rol N° 22.178-2021). Segunda Sala. (Recurso de nulidad).
- Ortiz con Dirección General de Carabineros de Chile* (2022): Corte Suprema, 13 de enero de 2022 (Rol N° 1.533-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de los artículos 4°, inciso primero, segunda frase, de la Ley N° 19.886, y 495, inciso final, Código del Trabajo* (2022): Tribunal Constitucional, 2 de agosto de 2022 (Rol N° 12.882). Pleno. (Requerimiento de inconstitucionalidad).
- Retamal con Servicio Registro Civil de Talca* (2019): Corte Suprema, 2 de agosto de 2019 (Rol N° 21.326-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Salinas con Servicio de Registro Civil e Identificación Región de Valparaíso* (2019): Corte Suprema, 23 de agosto de 2019 (Rol N° 24.029-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Sociedad Agrícola Norte Chico Limitada con Interchile S.A* (2019): Corte Suprema, 1 de julio de 2019 (Rol N° 18.163-2019). Cuarta Sala. (Recurso de casación).
- Susana Chambillo E.I.R.L con Ilustre Municipalidad de Antofagasta* (2020): Corte Suprema, 2 de diciembre de 2020 (Rol N° 143.849-2020). Tercera Sala. (Recurso de casación).
- Tapia con Ejército de Chile* (2022): Corte Suprema, 5 de enero de 2022 (Rol N° 185-2022). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Telefónica Móviles Chile S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 8 de febrero de 2022 (Rol N° 5.037-2022). Tercera Sala. (Recurso de Queja).
- Universidad Internacional SEK con Consejo Nacional de Educación* (2020): Corte Suprema, 1 de julio de 2020 (Rol N° 76.510-2020). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación con Consejo Nacional de Educación* (2020): Corte Suprema, 3 de diciembre de 2020 (Rol N° 143.922-2020). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Verdugo con Partido de La Gente* (2023): Corte Suprema, 30 de junio de 2023 (N° 146.856-2023). Tercera Sala. (Apelación Protección).
- Walker con Ejército de Chile* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero de 2022 (Rol N° 5.117-2022). Tercera Sala. (Apelación Reclamación).

WOM S.A con Ministerio de Teletransportes y Telecomunicaciones (2020): Corte Suprema, 13 de octubre de 2020 (Rol N° 127.279-2020). Tercera Sala. (Recurso de Queja).

WOM S.A con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2021): Corte Suprema, 15 de ju-

nio de 2021 (Rol N° 39.801-2021). Tercera Sala. (Recurso de Queja).

Zamora con Servicio de Registro Civil e Identificación (2019): Corte Suprema, 24 de julio de 2019 (Rol N° 20.614-2019). Tercera Sala. (Apelación Protección).

Principio de proporcionalidad en materia sancionatoria ambiental. Análisis de su aplicación en un proyecto de engorda de salmónidos

Proportionality Principle in the environmental sanction. Its analysis in a project of salmonid feedings.

Jorge Brower Gougain¹

El presente trabajo desarrolla una breve revisión del principio de proporcionalidad con el objeto de comprender las implicancias de su aplicación en materia sancionatoria. Luego, se analiza la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tercer Tribunal Ambiental ("3TA") en el caso del proyecto "Centro de Engorda de Salmónidos Cockburn 23" de Nova Austral S.A, causa rol N° R-43-2023, en el cual se revisa la legalidad de la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del Proyecto por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) en el marco de un procedimiento sancionatorio. Lo anterior, tiene por objeto evidenciar cómo dicho Tribunal entiende y aplica el referido principio en consideración al análisis doctrinario realizado.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, test de proporcionalidad, sanción administrativa, revocación de RCA, principio de legalidad-

I. Introducción

Al momento de dictar la sentencia en el caso asociado al proyecto "Centro de Engorda de Salmónidos Cockburn 23" de Nova Austral S.A., causa rol N° R-43-2023, el Tercer Tribunal Ambiental ha analizado la aplicación del principio de proporcionalidad para sostener, en definitiva, que la sanción de revocación de la Resolución de Calificación Ambiental no ha sido debidamente fundamentada por parte de

This paper provides a brief review of proportionality's principle to understand the implications of its application in sanctioning matters. After that, it shows an analysis of the proportionality principle applied by the Third Environmental Court ("3TA") in the project "Centro de Engorda de Salmónidos Cockburn 23" project, case N° R-43-2023, in which the court reviewed the legality of the Environmental License revocation (RCA) of the Project by the Environment Enforcement Agency (SMA). The above has the purpose of demonstrating how the 3TA understands and applies the referred principle.

Keywords: proportionality principle, proportionality test, administrative sanction, environmental license revocation, legality principle.

la Superintendencia del Medio Ambiente. Tal antecedente, ha generado el interés de realizar una revisión del razonamiento esgrimido por el tribunal para efectos de determinar si el estándar utilizado por parte del 3TA se ha ajustado a la aplicación de los subprincipios vinculados a la proporcionalidad que han sido desarrollado doctrinariamente.

En virtud de dicho ejercicio, el presente trabajo plantea que, a propósito de la sentencia dictada, el tribunal ha razonado en torno a la motivación del acto administrativo cuestión que no resulta equivalente a la aplicación de los subprincipios del test de proporcionalidad, correspondientes a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, ambas técnicas argumentativas obedecen a formulaciones dogmáticamente diferentes. Para evidenciar lo señalado, se realiza una revisión de la doctrina sobre el principio de

¹ Abogado de la Universidad Diego Portales. Magíster en Gobernanza de Riesgos y Recursos, Universidad de Heidelberg, Alemania. Dirección postal: Av. Ortúzar 587, Ñuñoa, Santiago de Chile. Correo electrónico: jorge.brower@mail.udp.cl. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9408-9495>.

Artículo recibido el 11 de abril de 2024 y aceptado el 21 de junio de 2024.

proporcionalidad, luego de los subprincipios del test de proporcionalidad, un breve análisis de la sentencia y conclusiones.

II. Breve revisión del Principio de Proporcionalidad en la doctrina

Toda aproximación al principio de proporcionalidad como estándar de escrutinio de los actos de la Administración, implica necesariamente una detención para analizar el contexto en el cual se materializan tales actos y, así poder comprender sus fundamentos e implicancias. En este sentido, entre otros, la Administración se encuentra sujeta al deber de promover el bien común y lograr la integración de la comunidad. De esta forma, se le "exige que esta deba adoptar todas las medidas y ejercer las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere destinadas a cumplir un rol de conformación social que responda a valores y bienes constitucionales"².

Es posible apreciar que la misión asignada a la Administración, hace necesaria para su cumplimiento la adopción de medidas que se materializan en actos administrativos. En cuanto a su contenido, estos quedan sujetos a ciertos límites que se esgrimen a propósito de los derechos constitucionales que el propio Estado debe garantizar, especialmente, cuando ejerce las facultades sancionatorias que el ordenamiento jurídico le confiere. En este contexto, ya sea por la aplicación de los principios aplicables al *ius puniendi* o bien, entendiendo la sanción administrativa como un medio, vía y/o instrumento que el legislador entrega al órgano del Estado para que proteja y haga efectivo el cumplimiento de la política pública, es decir, para satisfacer una necesidad pública concreta³, el principio de proporcionalidad tiene lugar como estándar de escrutinio de los actos de la Administración que permite a los tribunales controlar y restringir la arbitrariedad que pudiese ejercer a través de sus actos.

Parte de la doctrina se ha manifestado en el sentido de señalar que el ejercicio del *ius puniendi* hace aplicables de manera atenuada los principios del derecho penal - (culpabilidad, tipicidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, entre otros) - a los actos de la Administración, cuestión que nos permite discutir acerca del principio de proporcionalidad en esta categoría de actos. Dentro de las amplias medidas (ya sean sanciones, beneficios, autoriza-

ciones, etc.), resulta recurrente identificar a la sanción impuesta por la Administración como ejemplo de acto administrativo que, atendiendo a su contenido, amerita insoslayablemente un análisis del estándar de proporcionalidad, específicamente, por los efectos y consecuente vulneración de derechos que puede llegar a implicar una sanción.

Eduardo Cordero ha sostenido que la razón que posibilita esta dimensión de actuación, encuentra sus fundamentos, como hemos señalado, en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, consistente en:

"[...] la facultad general sobre la que descansa el ejercicio del poder público: adoptar medidas que, desde el punto de vista de los individuos pueden ser apreciadas como afectación de sus derechos, en general; más precisamente de sus derechos fundamentales, ya sea bajo la forma de afectaciones regulatorias, ya sea bajo la más concreta manifestación de intervenciones"⁴.

Ahora bien, ¿por qué es importante la intervención de la proporcionalidad en los actos administrativos? Al respecto, sostenemos que la razón se funda en un argumento de límite al poder político, como técnica de control de la discrecionalidad administrativa. Ante la ausencia del principio en estudio, la actividad de la Administración podría vulnerar constantemente los derechos y libertades de los individuos, por lo que la Constitución no sería más que una declaración de principios. En consecuencia, la proporcionalidad "es de aplicación precisamente en aquellos supuestos en los que el poder público (legislador, ejecutivo o judicial) tiene atribuido cierto margen de libertad"⁵.

En este contexto, se considera que el principio de proporcionalidad se articula como un mecanismo protector en favor de los regulados, con el objeto de proteger el contenido de los derechos fundamentales y libertades, reforzando así la prohibición de vulnerar los derechos en su esencia, restringiendo la actuación de la Administración. En tal sentido, el principio en análisis hace propio un rol protagonista en la actividad sancionatoria de la Administración, actuando como un eje ponderador de dicha actividad, en cuanto al contenido sustantivo de sus sanciones sobre los regulados. Esto se traduce, finalmente, en una operación que determina el contenido del

² CORDERO 2012, 142.

³ Centro de ex cadetes y oficiales de la Armada Caleuche con Superintendencia del Medio Ambiente (2023).

⁴ CORDERO 2012, 343.

⁵ BARNES 1994, 501.

acto que será válido en la medida que la afectación de derechos y libertades individuales sea la más apropiada.

La intervención del Estado mediante la potestad regulatoria, genera una relación de tensión con los derechos del individuo, dando lugar a una dicotomía permanentemente presente en la actuación de la administración -dilema eficacia-legalidad, en cuanto la Administración no puede elegir medios inútiles para la consecución de un fin, pero debiendo respetar ciertos límites en su actuar-, ante la cual se torna necesaria la existencia de un principio que conceda coherencia a la Ley que otorga la potestad a la Administración y al acto administrativo, con el contenido consagrado en la Constitución.

Esta coherencia la entendemos como una concordancia lógica entre el contenido del acto administrativo, con una determinada posición iusfundamental de un derecho. A partir de tal ejercicio interpretativo del contenido del acto en concreto, la proporcionalidad garantiza que este no infrinja el contenido esencial de los derechos. En tal contexto, respecto a la proporcionalidad como estándar de escrutinio, Bernal Pulido se ha aproximado al concepto entendiendo que corresponde a un principio que cumple la siguiente función:

“[...] instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de esta, posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedades del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas”⁶.

En tal sentido, el principio de proporcionalidad se erigió como una “prohibición de exceso” o un principio del Derecho de Policía⁷. Sin embargo, la cuestión parece un poco más compleja, por lo que resulta pertinente remitirnos a su formulación originaria. Al respecto, bajo la voluntad de controlar los actos del Estado, el surgimiento de la noción de

proporcionalidad encuentra su génesis en un criterio tradicional del derecho penal:

“[...] la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido. Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la prohibición de exceso, que se remonta a la Jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia”⁸.

Como es posible identificar, el tránsito de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo, se fundamenta en un ánimo de reivindicación y protección de los derechos individuales frente a la actuación estatal. Ahora bien, en definitiva, es la consagración constitucional que hace de este principio el Tribunal Constitucional alemán, quien lo hace aplicable al control de los actos estatales que intervienen en derechos fundamentales⁹.

Bajo nuestra interpretación, el Tribunal considera que el estándar de proporcionalidad es propio o intrínseco de los derechos fundamentales, por lo que independiente de su aplicación en sede penal, se hace necesaria su consagración constitucional aplicable a todo ámbito en el que resulte factible la vulneración de derechos fundamentales; dentro de éstos, los actos de la Administración. Como señala Alexy a propósito de lo sostenido por el Tribunal Constitucional Alemán: “la máxima de proporcionalidad resulta en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales”¹⁰. Por lo anterior, la aplicación de medidas por parte de la Administración siempre implica por parte de ésta el deber de realizar un juicio de proporcionalidad del acto.

En un intento por esclarecer la discusión acerca de qué significa la proporcionalidad, Barnes ha sostenido, a partir de la obra de Alexy¹¹, que:

“[...] es un principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos

⁶ BERNAL 2003, 97.

⁷ BERNAL 2014, 58.

⁸ SAPAG 2008, 170.

⁹ SAPAG 2008, 170.

¹⁰ ALEXY 1993, 112.

¹¹ BARNES 1994, 500.

(es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles-ley de mínimo intervencionismo-) y 'proporcional' en sentido estricto, es decir, 'ponderada' o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre derechos y libertades".

Es decir, la proporcionalidad busca determinar la una intervención menos lesiva y restrictiva de la esfera de libertad del individuo, que otras posibles medidas. Y ponderada, en cuanto reporta menos perjuicios en materia de derechos y libertades.

A partir de lo anterior, y como lo ha planteado Ramírez¹², es posible distinguir dos momentos en los que interviene la proporcionalidad como estándar de escrutinio. Un primer momento, que podemos llamar momento legislativo, dice relación con la creación de la ley regulatoria. La operación en esta etapa procura determinar que el contenido de la Ley no infrinja el contenido de la Constitución Política. Un segundo momento (en el que centramos nuestro comentario), en el que cabe tener presente el principio en análisis, dice relación con la materialización y ejecución del acto administrativo. En esta operación se busca asegurar que la medida empleada por la Administración sea proporcional con el fin del medio empleado. De este modo, en ambas oportunidades, el estándar de proporcionalidad busca fijar los límites del contenido del acto, en cuanto a afectación de derechos se trate.

Ahora bien, con el objeto de ofrecer una conceptualización de la proporcionalidad en el acto administrativo, parece pertinente aproximarse a esta labor entendiendo la proporcionalidad del acto como una operación consistente en sopesar los costos y beneficios de la medida adoptada, donde el objeto a partir del cual se realiza esta operación, recae en la protección de derechos fundamentales y libertades. Es decir, planteamos que la proporcionalidad se articula en función de una mecánica protectora en favor del regulado, en cuanto asegura la protección de sus derechos¹³, o al menos, no vulnerar su contenido esencial. Así,

¹² RAMÍREZ 2010.

¹³ En este sentido, coincidimos con el trabajo propuesto por Maurier, quien reflexiona en torno al principio de proporcionalidad como un estándar de exigencia de la menor afectación posible a los derechos de los interesados. MAURIER 1995, 248; en el trabajo de COVIELLO 2011, 149.

el juicio de proporcionalidad de los actos se encontraría arraigado en derechos y libertades al ser un principio general del Derecho y de los derechos fundamentales.

En consecuencia, todo lo planteado hasta este punto se construye sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto la posibilidad de afectación de derechos fundamentales y libertades del regulado. Un ejemplo esclarecedor para abordar el tema, resulta la aplicación de una sanción a un funcionario de la Administración por no saludar a un superior jerárquico. Por este motivo, el funcionario es despedido por falta de respeto a los funcionarios públicos, ¿es tal medida proporcional? Evidentemente, el medio empleado es desproporcionado en relación al presupuesto fáctico a partir del cual se configura una eventual infracción y se aplica una sanción. Lo anterior, representa un simple ejercicio argumentativo para evidenciar cómo opera la proporcionalidad. Como se revisará en la siguiente sección, el análisis de proporcionalidad supone la aplicación de un verdadero test que amerita preguntarse acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Una última cuestión pareciera apuntar a la pregunta de a partir de qué artículo podemos fundar el principio de proporcionalidad en el texto constitucional. Ante tal cuestionamiento, promovemos derivarlo a partir del artículo 6° de la Constitución Política de la República, en donde se consagra el Estado de Derecho, señalando que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". De este modo, como principio general de los derechos fundamentales, el principio opera toda vez que algún individuo u órgano pone en riesgo la integridad de derechos fundamentales, situación que ocurre cada vez que un regulado se enfrenta a una sanción administrativa.

A mayor abundamiento, como ha señalado Navarro¹⁴ al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha destacado la relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, cuestión que encuentra fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el derecho constitucional de igualdad ante la ley (Artículo 19, N° 2), así como las garantías del debido proceso consagradas en

¹⁴ NAVARRO 2017.

el Artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República¹⁵, resultando aplicable tanto al contenido de la ley como al acto administrativo que la aplica mediante el establecimiento de una sanción.

El argumento a partir del cual sostenemos que el principio de proporcionalidad se funda, en parte, en la cláusula de Estado Constitucional de Derecho, tiene una razón lógica: tal cláusula se encarga de limitar expresamente la actuación de la Administración, con el objeto de hacer respetar el contenido de la Constitución. Esto, a su vez, se condice con el propósito del principio de proporcionalidad, que sostiene: asegurar la protección de derechos y libertades del individuo. En consecuencia, ambos principios se encuentran sumergidos en el contenido y propósito de la carta fundamental. También, resulta interesante señalar razones de justicia material. Como señala Bernal, el concepto de proporcionalidad "combina elementos característicos de la justicia del caso concreto –mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal– y de la lógica de moderación en el ejercicio del poder, con la carga o el deber de motivar que al Estado incumbe"¹⁶. Por su parte, Izquierdo y Valdivia han señalado que, debido a su amplio alcance en las diferentes ramas del derecho, es posible concebir al principio de proporcionalidad como un "principio general del derecho" orienta a conjurar o restringir excesos en el ejercicio del derecho¹⁷, el cual se ha ido consolidando y adquiriendo una amplia aceptación en el derecho chileno¹⁸⁻¹⁹.

Sin embargo, ya sea que se adopte desde el Derecho administrativo, del Derecho penal o del Derecho constitucional, "no cabe duda que la proporcionalidad constituye un principio general que necesariamente se impone respecto del ejercicio de poderes sancionadores por parte de los órganos administrativos -como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia nacional"²⁰.

III. Subprincipios del test de proporcionalidad

Como señala Bernal a partir de la jurisprudencia alemana²¹, el principio de proporcionalidad

se articula bajo tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin perjuicio de lo anterior, como indica Antonio Leiva al estudiar detenidamente el principio de proporcionalidad, este no se agota en la argumentación en torno a dichos elementos, sino que involucra elementos de análisis adicionales²².

En tal sentido, en un ejercicio reduccionista pero útil para estos efectos, podemos enunciar la sistematización de Clérico²³ y Barak²⁴ realizada por Leiva²⁵, quien nos alerta acerca de elementos complementarios de la idoneidad de la acción restrictiva de derechos fundamentales que ameritan ser analizados, especialmente la idoneidad técnica de la misma, el quantum de la adecuación técnica, la perspectiva del control de adecuación técnica y la intensidad del control de adecuación técnica, así como la perspectiva y análisis de intensidad de la necesidad y la perspectiva en la proporcionalidad en sentido estricto.

Con todo, para efectos del análisis de la sentencia causa rol N° R- 43-2023 e identificar el sentido que confiere el 3TA en dicha sentencia al principio de proporcionalidad, resulta suficiente comprender adecuadamente el contenido de los siguientes elementos del test de proporcionalidad:

- **Idoneidad:** la intervención de los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Como indica Leiva, se trata de una cuestión de legitimidad, del propósito o motivo de la limitación iusfundamental²⁶, la que requiere de adecuación técnica de la medida, es decir, que "los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin en el sentido que la medida restrictiva incrementa la probabilidad de realización"²⁷ o bien, "racionalidad teleológica"²⁸.

- **Necesidad:** la intervención de derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas las opciones disponibles para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto²⁹. En palabras de Leiva, implica "la prohibición de imponer afectaciones

¹⁵ Sentencia TC Rol N° 2946-2015 (2016).

¹⁶ BARNES 1994.

¹⁷ IZQUIERDO y VALDIVIA 2023.

¹⁸ CORDERO 2020.

¹⁹ ARNOLD *et al.*, 2012.

²⁰ CORDERO 2020, 367.

²¹ BERNAL 2014.

²² LEIVA 2018.

²³ CLÉRICO 2009.

²⁴ BARAK 2017.

²⁵ LEIVA 2018.

²⁶ LEIVA 2018.

²⁷ LEIVA 2018, 111.

²⁸ BERNAL 2014, 58.

²⁹ *Ib. Ídem.*

exorbitantes a los derechos fundamentales”³⁰, debiendo optar por el medio menos lesivo.

• **Principio de proporcionalidad en sentido estricto:** dice relación con la importancia de los objetivos perseguidos por la intervención en los derechos fundamentales, debe guardar relación con el significado del derecho que se interviene. En palabras de Leiva, corresponde a “[...] la afectación de un derecho fundamental se justifica en la medida de la importancia del fin que se persigue con dicha intervención”³¹.

Al respecto, siguiendo a Bernal, “Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres sub principios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional”³². En efecto, el análisis de proporcionalidad constituye un ejercicio en el que se somete a escrutinio si un acto determinado ha sido el menos lesivo de un derecho fundamental y el más benigno para alcanzar un fin constitucionalmente consagrado.

La aplicación del principio de proporcionalidad no solo ha tenido lugar en la justicia constitucional, sino que, como ha indicado Bernal, ha logrado avanzar hacia distintas áreas del derecho, entre ellas, el Derecho Ambiental³³. Al respecto, a propósito de la potestad sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, en el caso chileno, se ha reconocido que:

“Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del derecho administrativo sancionador”³⁴.

Junto a la proporcionalidad entendida en el uso anterior, el principio de proporcionalidad es también un principio general del Derecho administrativo, que controla la relación entre medios y fines empleados por la Administración del Estado, de forma que un específico medio administrativo que pretenda alcanzar cierto fin o consecuencia debe ser

adecuado (o idóneo), necesario y proporcionado en sentido estricto³⁵.

Precisamente, a partir de la explicación respecto al sentido y alcance del principio de proporcionalidad y la aplicación del test de proporcionalidad, en el siguiente apartado se revisará cómo el 3TA entiende y aplica el referido principio, con ocasión de la sentencia Rol N° 49-2022, que se pronuncia respecto a la legalidad de la revocación de la RCA del proyecto “Centro de Engorda de Salmónido ‘Cockburn 23’”.

IV. Análisis de la sentencia Rol N° R-49-2022

Para efectos de analizar el razonamiento del 3TA en torno al principio de proporcionalidad, se presentarán: (a) hechos del caso, (b) justificación de la sanción por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente y, (c) análisis de cada uno de los componentes del test de proporcionalidad, conforme a lo desarrollado en la sección III del presente documento.

a. **Hechos del caso:** Nova Austral S.A., interpuso reclamación del art. 17 núm. 3 de la Ley N° 20.600 contra la Res. Ex. N° 1072 de 6 de julio de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol N° D-094-2019. Por dicha resolución, la SMA impuso la sanción de revocación de la RCA del centro de engorda de salmónidos CES “Cockburn 23”, por lo que elevó en consulta la misma, formándose el expediente rol C-2- 2022. El 3TA ordenó acumular dicho expediente a la causa rol N° R-43-2023.

El proyecto consiste en la instalación y operación de un centro de cultivo de recursos hidrobiológicos, específicamente de engorda de salmones, al sur de Seno Brujo y al este de Puerto Alegría, Canal Cockburn, comuna de Cabo de Hornos, de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Considera un máximo de producción de 5.400 toneladas por año/ciclo productivo, un máximo de 1.200.000 ejemplares a introducirse al principio de cada año/ciclo, a través de la instalación de treinta (30) estructuras de cultivo– balsas-jaulas circulares de 25 metros de diámetro y 17 metros de alto.

Al respecto, la SMA consideró que se configuró un incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental, específicamente por

³⁰ LEIVA 2018, 121.

³¹ LEIVA 2018, 135.

³² BERNAL 2014, 53.

³³ BERNAL 2014, 63.

³⁴ BERMÚDEZ 2014, 493.

³⁵ SOTO 2017.

superar la producción máxima autorizada de 5.400 ton en el ciclo 2016-2017, desde la semana 22 de 2017 hasta la semana 36 de 2017, excediendo lo autorizado en 2.110.459 kg. Por lo anterior, resuelve sancionar a la compañía con la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto.

b. **Justificación de la sanción no pecuniaria:** la SMA dispone que la aplicación de la sanción de revocación se fundamenta en (1) fines disuasivos y (2) fines cautelares.

1) Fines disuasivos: para la determinación de la sanción se consideró:

1.1) La magnitud del daño causado, toda vez que la infracción imputada generó daño ambiental reparable sobre el componente fondo marino y columna de agua en una concesión acuícola ubicada al interior de un parque nacional. La infracción supone una vulneración al sistema jurídico de protección ambiental de carácter alto debido a la importancia del límite de producción como condición esencial en toda evaluación ambiental de centro de engorda de salmones, así como la relevancia que adquiere su ejecución al interior de parques nacionales, área de carácter ambiental especialmente sensible.

1.2) Intencionalidad. La sobreproducción es el resultado de un proceso continuo de siembra, engorda y cosecha, objeto de planificación cuidadosa, respecto de la que mantiene completo control a lo largo del proceso productivo.

1.3) Contumacia del titular, entendida como la tenacidad del titular en mantener una conducta errática.

2) Fines cautelares. La conducta de Nova Austral S.A. hace presumir un riesgo razonable que no permite descartar que cometa una infracción en el futuro que potencie aún más los impactos acumulativos ya generados en el área, lo que hace procedente una revocación.

c. **Análisis del Test de Proporcionalidad realizado por el 3TA**

Al momento de analizar la sentencia del 3TA y la manera en que aplica el test de proporcionalidad a la sanción impuesta por la SMA a Nova Austral, es posible identificar que, en realidad, no se detiene a revisar si dicho test ha sido aplicado de manera correcta ni tampoco decide aplicarlo de conformidad a los contenidos desarrollados dogmáticamente, a partir de lo que conceptualmente hemos definido como contenido de la idoneidad,

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida que restringe derechos fundamentales. Lo anterior, posiblemente encuentra relación con la falta de criterios objetivos que respalden el control de las sanciones administrativas, como han relevado Valdivia e Izquierdo³⁶, quienes a su vez han destacado el uso del principio de proporcionalidad para justificar decisiones que no necesariamente dicen relación con su racionalidad.

Por el contrario, en la causa Rol N° R-46-2022 es posible observar que el 3TA confunde y asimila la aplicación del principio de proporcionalidad con el principio de legalidad y el deber de motivación de la sanción impuesta, en ejercicio de una potestad discrecional, los cuales corresponden a estructuras argumentativas que, si bien tienen por objeto restringir la discrecionalidad, operan de manera distinta. Al respecto, el 3TA cita jurisprudencia de dicho tribunal, precisamente indicando cuál será una de las bases argumentativas para controlar el acto administrativo en particular, señalando que:

“La ley reconoce a la Administración un abanico de posibilidades legítimas de decisión, las que deben ser respetadas por el juez, siempre que sean motivadas racionalmente y justificadas suficientemente en términos razonables, mediante la expresión de los criterios en consideración y su ponderación al adoptar la decisión”.

Luego, tal como se ha planteado previamente en este trabajo, el 3TA reconoce que el principio de proporcionalidad opera como una limitación a la discrecionalidad que tiene la Administración en la decisión sobre la sanción específica a ser aplicada³⁷. Con posterioridad, razona en torno a la aplicación de los principios y sub principios en virtud de los cuales se operativiza el test de proporcionalidad, con ocasión del reconocimiento jurisprudencial en la causa rol N° 2.922-15-INA, sentencia de 29 de septiembre de 2016, considerando 22°, del Tribunal Constitucional. Con todo, su razonamiento gira en torno únicamente a la fundamentación del acto administrativo respecto de cada uno de los elementos de la proporcionalidad, omitiendo pronunciarse sustancialmente respecto a cada uno de los subprincipios que dan lugar al test de proporcionalidad.

El aporte de Harris al explicar el principio de proporcionalidad permite identificar

³⁶ IZQUIERDO y VALDIVIA 2023.

³⁷ Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente (2023).

tempranamente la diferencia con el principio de legalidad, ya que en el primero se busca analizar la correspondencia entre dos cosas. Frente a la represión administrativa, tal correspondencia será analizada atendiendo a la infracción cometida y la sanción impuesta por la Administración. De esta forma, en caso de ser excesiva deberá ser reducida por el tribunal. Por el contrario, si resultare insuficiente, su aplicación podrá reprocharse, pues no sería adecuada para alcanzar su finalidad³⁸. En este escenario, la motivación obedece a fundamentos normativos que no tienen relación con la correspondencia entre infracción y sanción. Mientras el principio de proporcionalidad se asocia al artículo 6 de la Constitución de Política y las garantías del debido proceso, la legalidad se asocia al artículo 7 de la Constitución y el deber de motivación establecido en la Ley N° 19.880, aplicable a los actos emitidos por la Administración del Estado.

En efecto, en la sentencia no se observa realmente un análisis de la proporcionalidad de la sanción administrativa, sino que, más bien, un análisis de la fundamentación del acto administrativo en virtud del principio de legalidad. Por tal motivo, atendiendo al texto de la sentencia, cuando el 3TA indica que “es posible advertir que la controversia se encuentra referida esencialmente a establecer si la revocación de la RCA es proporcional”³⁹, más bien, debería señalar que la controversia dice relación acerca de si la proporcionalidad de la sanción se encuentra debidamente motivada, pues, en definitiva, ese ha sido el ejercicio que ha realizado al dictar la sentencia, de conformidad al análisis que se realiza en los apartados siguientes.

Al analizar la idoneidad de la revocación de la RCA, el 3TA sostiene que los fines disuasivos no se encuentran suficientemente justificados⁴⁰. Lo anterior, al señalar que la fundamentación y razonamiento acerca de los fines disuasivos “resulta excesivamente restrictivo e infundado”⁴¹. Como se ha precisado con anterioridad, estos cuestionamientos intentan resolver la pregunta acerca de la debida motivación del acto administrativo, cuestión que se aleja, al menos conceptualmente, de lo que la doctrina ha entendido por proporcionalidad.

³⁸ HARRIS 2022.

³⁹ *Sen Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁴⁰ *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁴¹ *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

Conforme a lo señalado en la sección III, es posible observar que el 3TA no realiza un “real” análisis de proporcionalidad del acto administrativo y, en particular, acerca de la idoneidad de la medida restrictiva de un derecho. Más bien, en un ejercicio “aparente” de proporcionalidad, el análisis del Tribunal se limita a revisar si la sanción satisface el principio de legalidad⁴². En tal sentido, no se observa una revisión del deber de respetar la proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir⁴³ que cuestione la legitimidad del fin perseguido con ocasión del establecimiento de una sanción administrativa.

A mayor abundamiento, si bien el análisis de la motivación del acto tiene lugar a propósito de la labor de los tribunales ambientales -cuestión que obedece a la naturaleza de los tribunales ambientales-, es preciso señalar que el razonamiento jurídico esgrimido en la sentencia no cuestiona ni pondera si la medida es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo que, en el presente caso, corresponde a nuestro juicio, a la protección del medio ambiente como una posición ius fundamental del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Idéntica situación ocurre con el análisis de la idoneidad de los fines cautelares a los que se refiere la sanción, al disponer que tampoco se observa una adecuada fundamentación de la idoneidad de la sanción, al señalar que “no parece suficientemente justificada la imposición de una medida que no se hace cargo de manera alguna de la necesidad de reparación del área afectada”⁴⁴.

Por su parte, al analizar el subprincipio de necesidad, el 3TA identifica la existencia de diversas alternativas ofrecidas en el catálogo de sanciones establecido en la LOSMA que podrían resultar aplicables al caso concreto. Al respecto, al revisar la fundamentación que ha realizado la Superintendencia del Medio Ambiente al momento de elegir la revocación como sanción aplicable, el Tribunal cuestiona

⁴² En este sentido, el Tercer Tribunal Ambiental continúa el análisis de la legalidad de la sanción al indicar que “el razonamiento de la SMA es infundado respecto de la ponderación de las circunstancias referidas a la magnitud del daño causado y la contumacia del infractor”. *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁴³ GÓMEZ 2020.

⁴⁴ *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

la falta de argumentación en torno al descarte de las otras sanciones que podría haber elegido y, a su vez, la falta de justificación respecto a por qué la finalidad disuasiva y cautelar de la sanción no se habría podido cumplir a través de una sanción de menor intensidad. Al respecto, señala:

“En suma, la fundamentación de una sanción tan gravosa como la revocación de la RCA debiese explicar no solo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción, sino que, además, debería razonar sobre por qué se descarta la imposición de sanciones menos gravosas que podrían ser idóneas para el cumplimiento de los mismos fines disuasivos y cautelares”⁴⁵.

En definitiva, el 3TA concluye que “no resulta suficientemente fundamentada la decisión de la SMA de aplicar una de las sanciones más gravosas, descartando la aplicación de sanciones de menor intensidad” y que, “Por lo expuesto, no se encuentra suficientemente fundamentada, en el acto administrativo terminal, la necesidad de aplicar la sanción de revocación de la RCA”⁴⁶.

Sin embargo, como es posible apreciar, el razonamiento desarrollado por el 3TA, a la luz del subprincipio de necesidad, no revisa la prohibición de imponer sanciones excesivamente gravosas en materia de derechos fundamentales, ni qué decisión habría constituido el medio menos lesivo para alcanzar un fin constitucionalmente legitimado, ya sea atendiendo a la existencia de casos procedentes idénticos o atendiendo a las opciones hipotéticas aplicables al caso concreto, según el catálogo de sanciones que la ley entrega a la Superintendencia del Medio Ambiente.

En este orden de ideas, la relación medio-fin empleada no ha sido cuestionada en sí misma por el Tribunal. Tal ejercicio, habría implicado que, en virtud del análisis de la necesidad de la sanción aplicada por la Superintendencia del Medio Ambiente, comparar la decisión de la Administración con otros medios idóneos en sentido estricto, esto es, el catálogo de sanciones existentes en la LO-SMA, para efectos de determinar cuál de todos ellos resulta menos lesivo para el administrado, con el objeto de fomentar el fin legitimado por la Constitución.

En cualquier caso, bajo nuestro planteamiento, este ejercicio no implica la especificación por parte de un tribunal especial a la Administración cómo debe ser resultado un procedimiento administrativo ni qué sanción debe emplear, sino, únicamente, revisar si la decisión adoptada ha permitido o no satisfacer el subprincipio de necesidad en los ya términos analizados, de manera tal que no cabría sostener la existencia de una transgresión al principio de separación de poderes, precisamente por una aparente atribución de competencias por parte del tribunal ambiental que corresponden a la Administración del Estado.

Ahora bien, la pregunta acerca del cuánto o el grado de la menor lesividad para satisfacer el subprincipio de necesidad, es una cuestión que no se pretende resolver en este trabajo. Tal ejercicio implicaría comparar cada una de las opciones que tuvo la Superintendencia del Medio Ambiente al momento de resolver el procedimiento sancionatorio y, atendiendo a las circunstancias modeladoras de la infracción, ponderar, en definitiva, cuál de todos ellos permite arribar a una sanción necesaria para efectos de justificar el mérito de la restricción de derechos fundamentales, satisfaciendo el fin legítimo de dicha restricción; es decir, operativizando los subprincipios de idoneidad y necesidad.

En definitiva, aun cuando existan medios menos lesivos que la restricción empleada, todavía es posible preguntarse acerca de si dicha acción hipotética permite resguardar el cumplimiento del fin legítimo de la restricción, atendiendo a las circunstancias concretas del caso analizado. Como sostiene Leiva, al destacar algunas notas de Barak en materia de necesidad, “[...] en no pocos casos, cuando se los analiza con celo y detalle, se observa que la medida hipotética es menos lesiva, pero –al mismo tiempo– no permite satisfacer adecuadamente el fin legítimo de la restricción”⁴⁷ situación en la que el acto administrativo carecería de idoneidad teleológica.

Izquierdo y Valdivia han ofrecido una aproximación interesante al subprincipio de necesidad, en el cual es posible establecer ciertos vínculos con la motivación del acto administrativo para efectos controlar si la sanción se enmarca dentro de los márgenes admisibles por la proporcionalidad, pero que no precisamente permiten dar respaldo dogmático a la decisión que hemos revisado. Dichos autores, en síntesis, han planteado que, ante igual

⁴⁵ *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁴⁶ *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁴⁷ LEIVA 2018, 134.

infracción, es decir, idénticos presupuestos fácticos, no resulta necesario que la Administración aplique una sanción más gravosa, por lo que resulta aplicable la misma sanción aplicada previamente⁴⁸. Una vez realizado tal ejercicio, resulta procedente al juez revisar si, en caso de una mayor cuantificación, las consideraciones para arribar a tal conclusión han sido especialmente motivadas. Sin embargo, en el presente caso no ha existido una revisión de casos previos idénticos al sometido a la competencia del tribunal, en virtud del cual sea posible justificar un control de la motivación del acto administrativo.

En tal sentido, según se ha señalado, es posible observar que, al momento de analizar el subprincipio de necesidad, el 3TA se remite a evidenciar de qué manera la sanción más gravosa ha sido justificada, sin desarrollar una comparación de las distintas alternativas hipotéticas disponibles que habrían permitido, con una menor intensidad en la restricción de derechos, garantizar la satisfacción del fin legítimo que persigue la restricción efectivamente empleada, a través de la revocación de la RCA del Proyecto.

Finalmente, la discusión acerca del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto supone analizar si la afectación de un derecho fundamental se encuentra justificada, atendiendo a la importancia del fin que se persigue con dicha intervención⁴⁹. En definitiva, un elemento esencial del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto dice relación con la importancia de la finalidad que se ha perseguido con una determinada acción que restringe derechos fundamentales.

En tal contexto, cabe relevar que el 3TA, al analizar la cuestión de la proporcionalidad en sentido estricto, se centra en el análisis de elementos fácticos asociados a las circunstancias modeladoras de la infracción, de conformidad al artículo 40 de la LOSMA que la Superintendencia del Medio Ambiente ha tenido en consideración al momento de fundamentar la sanción propuesta:

“[...] a juicio de estos sancionadores, la revocación de la resolución de calificación ambiental impuesta no resulta acorde a la infracción y las circunstancias del caso. Lo anterior, considerando (a) que no se encuentra acreditada la existencia de daño ambiental; (b) que la infracción

no generó riesgo para la salud de la población;(c) que el beneficio económico (3.956 UTA) de la empresa es inferior al monto máximo de multa aplicable (5.000 UTA), (d) que el elemento de contumacia del titular no se encuentra debidamente fundamentado; y (e) que tal como reconoció la SMA, existen dos factores de disminución que benefician al infractor, cuales son, ‘irreprochable conducta anterior’ y ‘cooperación eficaz’⁵⁰.

Como es posible observar, los elementos analizados por el 3TA dicen relación con la incorrecta ponderación de los antecedentes fácticos que han sido considerados para resolver sancionar a la compañía, los cuales, a juicio del tribunal, debieron haber sido considerados de una manera distinta a la realizada por la Superintendencia del Medio Ambiente. Lo anterior, corresponde a un esquema de argumentación⁵¹ que no obedece al principio proporcionalidad en sentido estricto, en el cual el objeto de análisis dice relación con la relación entre la intervención de los derechos fundamentales que implica la sanción administrativa y el derecho que se interviene.

En este contexto, el razonamiento del 3TA no permite responder la pregunta acerca de si la medida ha sido proporcional ni, en particular, arribar a una conclusión respecto a si, la sanción permite satisfacer o no el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior, toda vez que se ha omitido el cuestionamiento a la importancia de la finalidad que la Superintendencia del Medio Ambiente ha perseguido al momento de proponer la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto. A mayor abundamiento, cabe identificar la referencia explícita al análisis de la motivación del acto administrativo por parte del 3TA al analizar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:

“[...] considerando el mayor estándar de motivación que requiere la imposición de una sanción de revocación de la resolución de calificación ambiental y las circunstancias del caso concreto, la resolución reclamada debió haber realizado un ejercicio suficientemente motivado de las razones que la llevaron a optar por la medida más gravosa que contempla el ordenamiento jurídico ambiental y a

⁴⁸ IZQUIERDO y VALDIVIA 2023.

⁴⁹ LEIVA 2018, 135.

⁵⁰ Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente (2023).

⁵¹ SOTO 2017.

desestimar la aplicación de sanciones de menor intensidad. Por consiguiente, se colige que la resolución sancionatoria carece de una debida fundamentación y, por tanto, la sanción resulta desproporcionada⁵².

A partir del análisis del razonamiento del 3TA, es posible observar que la discusión acerca de la proporcionalidad de la sanción impuesta por la Superintendencia del Medio Ambiente ha tenido lugar, en realidad, respecto al deber de motivación del acto administrativo, argumentación jurídica intrínsecamente vinculada al principio de legalidad. En definitiva, la discusión acerca de la importancia del fin perseguido por la Administración al ejercer su potestad sancionadora, esto es, la finalidad disuasiva y cautelar para la protección del medio ambiente, es una cuestión que no ha sido revisada al alero del subprincipio en revisión, por lo que no es posible hablar de proporcionalidad en sentido estricto ante la ausencia del análisis de las ventajas y desventajas de la aplicación de la sanción.

Conclusiones

El principio de proporcionalidad como estándar de escrutinio de los actos de la Administración tiene un rol fundamental en la actividad sancionadora. Como señalamos en el desarrollo de este trabajo, la proporcionalidad al ser un principio general de derechos fundamentales, necesariamente se vincula con la Constitución y una de sus funciones asociadas a la limitación del poder del Estado en relación al debido respeto de las garantías fundamentales⁵³.

De este modo podemos concluir que el principio de proporcionalidad articula un "círculo virtuoso" de protección del individuo ante la intervención de la actividad administrativa. La ausencia del principio en estudio, permitiría una administración excesivamente eficaz, pero proporcionalmente, excesivamente ilegal e irrespetuosa con los derechos del regulado. Lo anterior acarrearía consecuencias indeseadas para la coherencia del sistema jurídico, provocando una "Constitución de papel" inoperante, encontrándose constantemente vulnerada en la consagración de derechos y libertades.

En relación a la aplicación del principio de proporcionalidad al caso "Centro de Engorda de Salmónidos Cockburn 23", se considera relevante distinguir principio de legalidad y el deber de motivación de los actos administrativos que conlleva, respecto del principio de proporcionalidad, cuya aplicación pretender resguardar una prohibición de exceso a través de garantizar la satisfacción de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, es posible observar que el 3TA, al momento de analizar la idoneidad de la, se limita a revisar si la sanción satisface el principio de legalidad. En tal sentido, la sentencia no revisa si la revocación es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo que, en el presente caso corresponde a la protección del medio ambiente como una posición ius fundamental.

En relación al subprincipio de necesidad, es posible observar que el 3TA se remite a evidenciar de qué manera la sanción más gravosa ha sido justificada, sin desarrollar una comparación de las distintas alternativas hipotéticas disponibles que habrían permitido, con una menor intensidad en la restricción de derechos, garantizar la satisfacción del fin legítimo que persigue la restricción efectivamente empleada, a través de la revocación de la RCA del Proyecto. Al respecto, el análisis nuevamente recae en la motivación y no en el abanico de alternativas hipotéticas aplicables.

Finalmente, en relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, los elementos analizados por el 3TA dicen relación con la consideración de antecedentes fácticos tenidos en cuenta por la Superintendencia del Medio Ambiente al sancionar a la Compañía, los cuales, a juicio del tribunal, debieron haber sido ponderados de una manera distinta a la realizada por la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin perjuicio, dicho análisis no tiene relación con la proporcionalidad de la medida, ni tampoco permite concluir si la sanción permite satisfacer o no el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al no cuestionar la importancia de la finalidad que la Superintendencia del Medio Ambiente ha perseguido al momento de proponer la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto.

Bibliografía citada

ALEX, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ªed.

⁵² *Nova Austral S.A con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023).

⁵³ LANDÍVAR 2011.

- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales* 10 (1), 65-116.
- BARAK, Aharon (2017). *Proporcionalidad*. Palestra Editores.
- BARNES, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración pública*, (135), 495-538.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Fundamentos del Derecho Ambiental*, 2º Ed. Editorial Universitaria de Valparaíso.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2014). *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4ª Edición. Universidad del Externado.
- CLÉRICO, María Laura (2009). *Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Ediciones Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal". *Revista de Derecho (Valdivia)* XXV (2), 131-157. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de derecho (Valparaíso)* (39), 337-361. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200013>.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2020). El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad. *Revista chilena de derecho* 47(2), 359-384.
- COVIELLO, Pedro (2011). El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho PUCP* V (67), 149. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.006>.
- GÓMEZ GONZALEZ, Rosa Fernanda (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis* 26 (2), 193-218. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200193>.
- HARRIS MOYA, Pedro (2022). El contencioso administrativo de multas sanitarias en el derecho chileno: ¿es compatible con el principio de proporcionalidad? *Revista Derecho del Estado* (53), septiembre-diciembre de 2022, 317-340. <https://doi.org/10.18601/01229893.n53.11>.
- IZQUIERDO SERRANO, Tomás y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2023). Hacia una objetivización del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (37), 225- 253. <https://doi.org/10.7764/redae.37.8>.
- LANDÍVAR MOSIÑO, Eric Cícero (2011). El límite al poder político como función primordial de la Constitución. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (11), 24-53.
- LEIVA RABAEI, Antonio (2018). *Proporcionalidad y Justicia Constitucional*. Libromar.
- MAURIER HELMUT (1995). *Droit administratif allemand*. Dalloz.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2017). El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional en Chile. *Revista Académica de la Facultad de Derecho* XIV (29), 93-107.
- RAMÍREZ-TORRADO, María Lourdes (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano. *Estudios Socio-jurídico* 12 (1), 155-172.
- SAPAG, Mariano (2008). "El Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad como límite al poder del Estado". *Revista Dikaion* V (17), 170.
- SOTO DELGADO, Patricio (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. *Anuario de Derecho público* (1), 287-332.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [CPR] de 1980. 21 de octubre de 1980.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 26 de enero de 2010. D.O. N° 39.570.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 28 de junio de 2012. D.O. N° 40.299.

Jurisprudencia citada

- Centro de ex cadetes y oficiales de la Armada Caleuche con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023): Corte Suprema, 02 de octubre de 2023 (Rol N° 162.139-2022). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Nova Austral S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023): Tercer Tribunal Ambiental, 16 de noviembre de 2023 (Rol N° R-49-2022).
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Centro de Manejo de Residuos Orgánicos Colhue S.A. respecto del inciso primero del artículo único de la Ley N° 20.473 en los autos Rol N° 3354-2015 Civil (2016): Tribunal Constitucional, 27 de diciembre de 2016 (Rol N° 2946-2015). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Revisión jurisprudencial sobre la eficacia internacional de derechos mineros constituidos en Chile

Jurisprudential review on international effectiveness of mining rights constituted in Chile

Pía M. Moscoso Restovic*

En el 40° Aniversario de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, este trabajo, busca desde una perspectiva descriptiva, explicar los alcances de las principales instituciones que rigen a la propiedad minera en Chile, en los casos en los que existen derechos con potencial eficacia transfronteriza.

Para este estudio, se ha hecho una revisión jurisprudencial sobre la eficacia internacional de derechos mineros constituidos en Chile. Se revisaron 1.239 sentencias de la Corte Suprema de Chile, se identificaron 4 fallos de la Corte Suprema recaídos directamente sobre este tema, viniendo a constituir leading cases. Asimismo, se identificaron pronunciamientos sobre esta materia en otras jurisdicciones judiciales y administrativas tales como: una sentencia en el Tribunal Constitucional, 8 sentencias de tribunales civiles de justicia y 6 dictámenes de la Contraloría General de la República; todos ellos abordando directamente aspectos relacionados al tema. Por su importancia, en este trabajo sólo nos referiremos a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

Palabras clave: Derechos mineros, Minería transfronteriza, Derecho Internacional, Derecho Minero, Propiedad Minera.

I. Introducción

En el 40° Aniversario de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, este trabajo, busca desde una perspectiva descriptiva, explicar los alcances de las principales instituciones que rigen a la propiedad minera en Chile, en los casos en los que existen derechos con potencial eficacia transfronteriza. En Chile, hablamos de minería internacional, para referirnos a la escala de producción, sin

On the 40th Anniversary of the Constitutional Organic Law of Mining Concessions, this work seeks, from a descriptive perspective, to explain the main institutions that govern mining property in Chile in cases with potential cross-border effectiveness.

A jurisprudential review has been carried out on the international effectiveness of mining rights established in Chile. 1239 rulings from the Supreme Court of Chile were reviewed, 4 Supreme Court rulings were identified as leading cases. Likewise, rulings on this matter were identified in other judicial and administrative jurisdictions such as: Constitutional Court, civil courts of justice and opinions from the Contraloría General of the Republic. Due to its importance in this work, we will only refer to the jurisprudence of the superior courts of justice.

Keywords: Mining rights, Cross-border mining, International Law, Mining Law, Mining Property.

embargo, cuando el potencial geológico está ubicado principalmente en la Cordillera de los Andes hablamos de proyectos multinacionales asociados a operaciones transfronterizas, de modo tal que el área de operaciones se encuentra localizado en un polígono que cruza la cordillera y extraordinariamente cuando el área de influencia ambiental es transfronteriza. Los 40 años de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras nos entregan una perspectiva sobre el camino normativo recorrido en esta materia y su evolución interpretativa, tanto desde una perspectiva nacional o territorial, como también en razón de los desafíos normativos en la era de la minería a escala global y la responsabilidad internacional.

Para este estudio, se ha hecho una revisión jurisprudencial sobre la eficacia interna-

* Profesora Universidad de Atacama. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Doctora en Derecho Internacional y RR.II. Magister en Derecho de Minería. Dirección postal: Copayapu 485. Campus Sur. Oficina 7. Derecho. Universidad de Atacama. Copiapó. 1530000. Chile. Correo electrónico: pia.moscoso@uda.cl ORCID: 0000-0001-8796-7449.

Artículo recibido el 14 de abril de 2024 y aceptado el 26 de junio de 2024.

cional de derechos mineros constituidos en Chile. Se revisaron 1.239 sentencias de la Corte Suprema de Chile, se identificaron 4 fallos de la Corte Suprema recaídos directamente sobre este tema, viniendo a constituir *leading cases*. Asimismo, se identificaron pronunciamientos sobre esta materia en otras jurisdicciones judiciales y administrativas tales como: una sentencia en el Tribunal Constitucional, 8 sentencias de tribunales civiles de justicia y 6 dictámenes de la Contraloría General de la República; todos ellos abordando directamente aspectos relacionados al tema. Por su importancia, en este trabajo sólo nos referiremos a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

II. Análisis jurisprudencial temático

1. Tribunal Constitucional

Comenzamos esta revisión jurisprudencial con el máximo Tribunal de Justicia constitucional en Chile, a efecto de determinar la eficacia de los derechos mineros transfronterizos constituidos en Chile en base al Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado entre Chile y Argentina, alcances y limitaciones respecto de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras en Chile.

A. *De la constitucionalidad del tratado minero y su jerarquía en relación con otras leyes orgánicas constitucionales y en especial la propiedad minera.*

En sentencia de fecha 3 de octubre del año 2000¹ el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del entonces proyecto de Tratado Minero de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina². El proyecto se declaró finalmente constitucional, se convirtió en ley y entró en vigencia en Chile desde el 7 de febrero del 2001.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional tenía como trasfondo el debate sobre la política minera chilena y su complementariedad o competencia económica en relación con la política minera argentina. Los parlamentarios chilenos manifestaron su preocupación por una eventual sobreoferta en el mercado de metales, el impacto en el valor de recursos y reservas, así como el hecho de que Chile jugaba un rol clave en la entrada de un nuevo actor con alto potencial económico sobre la Cordillera de los Andes.

¹ Sentencia TC Rol N° 312 (2000).

² Ver Anexo 1. Decreto N° 2275 de 2001.

Ante el Tribunal Constitucional, el debate abordó el problema de la jerarquía de las normas aplicables a la actividad minera en Chile; en efecto, se debatió ampliamente si el Tratado Minero se superponía a la Ley Orgánica de Concesiones Mineras, a la Ley Orgánica de los Tribunales de Judicial y la Ley de Procedimientos Civiles en lo relativo al derecho de propiedad minera, constitución de derechos mineros, procedimientos y competencias judiciales referidas en el Tratado Minero.

El Tribunal Constitucional declaró que “no toda la regulación en materia minera es propia de leyes orgánicas constitucionales” haciendo referencia a la regulación de rango legal en el Código de Minería. Asimismo, señaló que cumpliéndose con el quórum que establecía la Constitución para la aprobación de este tratado bastaba la tramitación propia de una ley ordinaria.

Como podemos observar, el Tribunal Constitucional se pronunció básicamente sobre la forma jurídica necesaria para la adopción de un cuerpo normativo de ámbito internacional, pero no resolvió el fondo de la controversia sobre la jerarquía de los derechos mineros. El asunto revestía importancia, y hoy 20 años después sigue siendo importante por referirse a procedimientos con efectos mineros.

El Tratado Minero incide sobre materias reguladas por la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. En efecto, el Tratado Minero regula derechos y facultades que se reconocen al titular de un proyecto minero ubicado en una zona internacional especial llamada “zona de operaciones”. En mérito del Tratado Minero se reconocen derechos mineros, se regula la doble tributación, se establecen normas de competencia judicial y leyes aplicables a conflictos de leyes laborales, conflictos medioambientales y asuntos sanitarios. De esta manera, el Tratado Minero creó un nuevo estatuto normativo aplicable para proyectos mineros específicos, en base a un Protocolo adicional específico para cada caso particular, vinculante para ambos Estados.

En este marco normativo, nos encontramos con una norma binacional que, en opinión de algunos parlamentarios, podía superponerse a las normas establecidas en la Ley chilena Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, siendo esta última una ley anterior y de mayor jerarquía en Chile. No ocurría lo mismo en Argentina, donde el estatuto de propiedad minera era y sigue siendo completamente de rango legal, administrado

por las autoridades de aplicación de cada Provincia en base a competencias administrativas descentralizadas sobre los recursos naturales situados en la Provincia.

En Chile, por su parte, el Tribunal Constitucional reconoció que el Tratado Minero consagraba derechos *self executing* o derechos directamente aplicables a la actividad minera, los que se incorporaban directamente al bloque de legalidad o marco normativo aplicable a la actividad minera. De esta forma, el año 2001 Chile incorporó nueva normativa al régimen de propiedad minera: derechos mineros fundados en el Tratado Minero y en su Protocolo Adicional Específico establecido para cada proyecto en particular. Tales derechos mineros vinieron a ser válidos y no podrían generar derechos inconstitucionales o incompatibles con la Ley Orgánica de Concesiones Mineras; este era el espíritu del fallo.

Esta situación obligó y obligará en adelante a los Ministerios de Minería y de Relaciones Exteriores a actuar coordinadamente como administradores del Tratado Minero a través de la Comisión Administradora del Tratado Minero, órgano de naturaleza internacional con funciones establecidas en un Reglamento otorgado a sí misma³.

Asimismo, los servicios públicos competentes intervinientes en la aprobación y ejecución de los protocolos adicionales específicos deberán poner especial atención al momento de aplicar el Tratado Minero, observando el cumplimiento estricto de la Constitución Política chilena, la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras y de la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, entre las normas más importantes jerárquicamente superiores en Chile al Tratado Minero.

Por otra parte, los tribunales de justicia aplicando la Ley Orgánica de Concesiones Mineras deberán considerar que su aplicación debe ser armónica con el reconocimiento de derechos mineros *self executing* establecidos en el Tratado Minero.

Como puede observarse, a 40 años de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Constitucional de concesiones mineras y del Código de Minería, la normativa minera vigente en Chile no se ha modificado, ni aún en caso de existir Protocolos internacionales específicos para un proyecto binacional. En este sentido, la ejecución de un proyecto minero binacional

podría someterse a control preventivo u obligatorio de constitucionalidad, en la medida que afecte normas de la Ley Orgánica Constitucional de concesiones mineras.

En otras palabras, el riesgo de inconstitucionalidad formal no está referido ya al Tratado Minero, el cual ha sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional. El riesgo de inconstitucionalidad es material y se refiere a los derechos mineros potencialmente establecidos en los protocolos adicionales específicos que se dicten para cada proyecto minero. Este marco normativo internacional podría efectivamente generar responsabilidad internacional entre los Estados.

La Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras establece el régimen aplicable a la propiedad minera en Chile; sin embargo, el Tratado Minero de rango legal, ha venido a establecer una variante en materia de régimen de propiedad aplicable a los yacimientos mineros ubicados en zonas fronterizas. En efecto, el Tratado Minero elimina la calidad de extranjero y de nacional chileno o de nacional argentino⁴.

Esta posibilidad reconocida a los proyectos mineros binacionales es de tal amplitud que no sólo se aplica a los titulares de proyectos mineros, sino también en forma indirecta a todo el proyecto minero. En efecto, en el área de operaciones autorizado por el protocolo adicional específico rige una norma de rango internacional que viene a regular temas tan variados como: la doble tributación, la circulación de personas, derechos de trabajadores que se desempeñan en el área de operaciones, aspectos de seguridad minera y sanitaria, cuestiones medioambientales y cuencas hídricas en el área de operaciones.

En el 40 aniversario de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras podemos decir en base al análisis de la experiencia chilena, que el Tratado Minero abre nuevos desafíos no considerados en 1983 al entrar

³ Resolución O-1 de 2001, Ministerio de Minería.

⁴ Tratado Minero. Artículo 1° Alcances y Objeto del Tratado: "El Tratado constituye un marco jurídico que regirá el negocio minero dentro de su ámbito de aplicación y tiene por objeto permitir a los inversionistas de cada una de las Partes participar en el desarrollo de la integración minera que las Partes declaran de utilidad pública e interés general de la nación (inciso 1°) Las prohibiciones y restricciones vigentes en las legislaciones de cada Parte, referidas a la adquisición de la propiedad, el ejercicio de la posesión o mera tenencia o la constitución de derechos reales sobre bienes raíces, o derechos mineros, establecidas en razón de la calidad de extranjero y de nacional chileno o argentino, no serán aplicables a los negocios mineros regidos por el presente Tratado (inciso 2°)".

en vigencia la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras ni tampoco por el Código de Minería del año 1983. En efecto, el Tratado Minero ha venido a afectar diversos ámbitos normativos, los que en adelante deberán considerar que la integración minera es de utilidad pública e interés general de la nación, según lo declara el artículo 1° del Tratado.

Para contextualizar la eficacia de los derechos mineros transfronterizos podemos comenzar indicando que la explotación de yacimientos limítrofes y/o yacimientos transfronterizos necesita una autorización especial que permite ejercer facultades legales y derechos mineros emanados de la concesión minera. Cuando la pertenencia está completamente en territorio chileno pero ubicada en un lugar cercano o aledaño a la zona fronteriza, en los casos en los cuales no exista un Protocolo Adicional específico, dicho proyecto minero no será binacional. Sin embargo, el área de influencia ambiental, la circulación de bienes, servicios, personas y capitales puede aconsejar iniciar un Protocolo Adicional específico a instancia de la Comisión Administradora del Tratado Minero para prevenir y cautelar los efectos internacionales de acciones desarrolladas en un lado de la frontera sobre el territorio del otro Estado.

Cuando el proyecto minero no es binacional, pero cuando se encuentra cercano a una zona internacional se necesita un permiso especial otorgado conforme al artículo 15 del Código de Minería, por la Dirección de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores DIFROL, consistente en un decreto supremo conjunto con el Ministerio de Minería. Este decreto debe incorporar los vértices de la concesión minera, a fin de salvaguardar que la pertenencia minera esté completamente ubicada en territorio nacional, de modo que no sea necesario dictar un Protocolo Adicional internacional que regule los derechos mineros transfronterizos.

Este permiso no será necesario cuando un proyecto esté bajo el marco normativo del Tratado Minero entre Chile y Argentina, en cuyo caso el propio Tratado elimina la calidad de extranjero, nacional chileno o nacional argentino para efectos de la adquisición y ejercicio de facultades y derechos mineros. La calidad de nacional chileno o de nacional argentino es un status que puede tener efectos no sólo en la constitución de derechos mineros, sino también en el alcance de normas tributarias, laborales, migratorias o estatutos normativos internacionales de naturaleza personal.

Desde luego, el proyecto minero ubicado completamente en un territorio nacional cercano o no a la zona limítrofe, debe respetar completamente las normas de jurisdicción y competencia judicial nacional, por ser normas de orden público, compuesto por normas jerárquicamente superiores, de naturaleza imperativa, las que no admiten analogía y por tanto son de interpretación restrictiva.

Los proyectos mineros que sí exceden el territorio nacional, no sólo en cuanto propiedad minera sino en el desarrollo de la actividad minera en cuanto área de operaciones internacional deberán delimitar el polígono transfronterizo, sin exceder las competencias judiciales y estableciendo coordinaciones necesarias entre servicios públicos implicados en ambos lados de la frontera para el desarrollo de los proyectos mineros. En este sentido, es útil que los servicios público-administrativos competentes en Chile y Argentina revisen las obligaciones de coordinación internacional abordadas por esta autora anteriormente⁵.

Por otra parte, la Comisión Administradora del Tratado Minero es un órgano de naturaleza político-administrativa, regida por un Reglamento otorgado por sí misma, conforme al cual ejerce poderes soberanos en materia de fronteras y límites, para efectos de autorizar el desarrollo de la actividad minera en forma autónoma. De aquí que una de las recomendaciones de este trabajo está dirigida a la Comisión Administradora del Tratado Minero, a objeto de que incorpore como órgano de autorización y consulta técnica a la Dirección de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile DIFROL, así como a diversos servicios con competencia minera a nivel regional y nacional, siendo el más importante de ellos el Servicio de Geología y Minería de Chile (SERNAGEOMIN).

En otro ámbito de temas, la sentencia del Tribunal Constitucional vino a modificar también otro ámbito del Código de Minería. En efecto, según el Código de Minería, las zonas de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros se rigen por leyes especialmente dictadas para este efecto. Luego del fallo del Tribunal Constitucional, las futuras leyes que se dicten para resguardar zonas de seguridad nacional no podrán afectar la eficacia del Tratado Minero.

En efecto, de la parte considerativa del Tratado Minero se lee:

⁵ Moscoso 2019, 50-58.

"(...) Reconociendo que el desarrollo de la integración minera entre Chile y Argentina cumple un propósito que ambas Partes consideran de utilidad pública e interés general de la nación, de acuerdo con sus respectivos ordenamientos jurídicos;

(...) Procurando asegurar el aprovechamiento conjunto de los recursos mineros que se encuentren en las zonas fronterizas de los territorios de ambas Partes, propiciando especialmente, la constitución de empresas entre nacionales y sociedades de ambos países y la facilitación del tránsito de los equipamientos, servicios mineros y personal adecuado a través de la frontera común;

Reconociendo que la exploración y explotación de las reservas mineras existentes en las zonas fronterizas, por los inversionistas de cualquiera de las Partes deberá sin duda ampliar y diversificar eficazmente el proceso de integración bilateral;

Conscientes del interés común de establecer un marco jurídico que facilite el desarrollo del negocio minero por nacionales de ambas Partes en el Ámbito de Aplicación del Tratado, y

Considerando que un Tratado constituye el instrumento jurídico más idóneo para crear y establecer un marco legal común, destinado a aplicarse en ambas Partes y circunscrito, en la especie, al desarrollo de todas las actividades propias y vinculadas al negocio minero (...)"

En este sentido, la ley que declara una zona de interés para la seguridad nacional con efectos mineros viene a justificar plenamente su existencia y necesidad en las zonas limítrofes con los Estados de Perú y Bolivia, pero no con Argentina, debido a la eficacia del Tratado Minero celebrado entre ambos países.

Hasta esta fecha no existen leyes de interés para la seguridad minera con efectos mineros, cuestión que convendría plantearse por dos razones: la primera, en atención a potenciales diferendos limítrofes conocidos ante la Haya; y la segunda, en atención a metales, sustancias no metálicas, sales, nitratos, gas y petróleo estratégicos para Chile.

b. Zonas de importancia para la seguridad para efectos mineros y zonas simplemente limítrofes

Por las razones anteriormente señaladas, las leyes que establecen zonas de seguridad na-

cional para efectos mineros, han venido a ser superpuestas o derogadas por el ámbito de aplicación territorial del Tratado Minero.

El área de operaciones aprobado por un Protocolo Adicional específico para el desarrollo de un determinado proyecto no necesariamente coincide con el área de la propiedad minera solicitada, constituida o en trámite en uno u otro país⁶.

La superposición entre las zonas de seguridad nacional para efectos mineros, el Área de Operaciones y la propiedad minera, puede evidenciarse en los Protocolos adicionales específicos celebrados entre Chile y Argentina, los cuales regulan aspectos importantes como la operación, circulación de bienes y personas a través de pasos y controles fronterizos que deben estar debidamente individualizados en cada Protocolo.

Los Protocolos Adicionales Específicos más importantes celebrados por Chile hasta ahora son 4: Vicuña, Las Flechas, Pascua-Lama y Amos-Andrés⁷, a los que debiera unirse el proyecto El Pachón⁸. Todos los anteriores son gestionados en base a un protocolo de administración de gastos establecido por el Decreto 11 del año 2002⁹.

Las leyes que declaren zonas de importancia para la seguridad con fines mineros no necesariamente se refieren a zonas fronterizas. Desde esta perspectiva, no existe inconstitucionalidad ex ante en razón del marco amparado por el Tratado Minero. Debe considerarse que las leyes que declaran una zona de importancia para la seguridad nacional pueden formar parte del marco normativo existente para la actividad minera que pretenda desarrollarse en Chile, en las inmediaciones del lugar declarado de importancia para la seguridad nacional.

No existe un pronunciamiento sobre la temporalidad que debe tener la ley que declara una zona de importancia para la seguridad con efectos mineros. Por tanto, dicha norma puede dictarse antes o después de haberse otorgado una concesión minera; desde esta perspectiva, las operaciones en zonas de importancia para la seguridad con fines mineros

⁶ Véase Plano del Protocolo Adicional del proyecto Vicuña, donde se evidencia la demarcación del área de operaciones y las propiedades mineras constituidas en ambas partes de la cordillera.

⁷ Decreto N° 38, de 2008. Decreto N° 19, de 2006. Decreto N° 179, de 2004. Decreto N° 18, de 2006.

⁸ Decreto 321 de 7, de 1997. Decreto N° 761, de 1998.

⁹ Decreto N° 116, de 2002.

se refieren a derechos mineros sujetos a limitaciones especiales establecidas por ley.

Un problema recurrente en materia de marco normativo aplicable a la inversión minera es la cláusula de invariabilidad normativa que pueda negociarse en el contrato de inversión extranjera; asunto que, en materia de derechos mineros fronterizos, podría dar lugar a un diferendo por expropiación regulatoria posterior. En efecto, si el inversionista ha negociado esta cláusula de invariabilidad normativa y con posterioridad una ley declara que la zona donde se encuentra establecida la actividad minera es de seguridad nacional para efectos mineros, esa ley es expropiatoria si logra afectar el ejercicio de derechos mineros garantizados por el contrato de inversión extranjera y amparados por un Protocolo Adicional específico dictado en el marco del Tratado Minero celebrado entre Chile y Argentina. En otras palabras, una ley que declara una zona de seguridad nacional para efectos mineros no es inconstitucional, pero ha quedado parcialmente superada por el Tratado Minero, respecto de la zona que declare el área de operaciones de un proyecto minero, en la medida en que la actividad minera al amparo del Tratado Minero es considerada de interés nacional. Si una ley posterior declara una zona de interés para la seguridad nacional con fines mineros, sin afectar ningún proyecto que se haya aprobado anteriormente mediante Protocolo Adicional específico, y localizada completamente en territorio nacional, dicha ley es válida y constituye el marco normativo aplicable a todo proyecto de inversión minera que sea posterior a su entrada en vigencia.

Otro aspecto interesante a este respecto es el hecho de que tanto la Constitución, la Ley Orgánica de Concesiones Mineras y el Código de Minería señalan que la norma que declara una zona de seguridad nacional para efectos mineros tiene naturaleza jurídica de ley¹⁰.

La ley que declara una zona de seguridad nacional para efectos mineros no impide la aplicación del Código de Minería artículo 17°

¹⁰ LOC de Concesiones Mineras. Artículo 3° inciso 4° y Código de Minería. Artículo 7°: "No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional".

que, al establecer las autoridades que otorgan permisos para ejecutar labores mineras, señala que el acto administrativo habilitante tiene la naturaleza de Decreto Supremo.

"Artículo 17 Código de Minería. Sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15, para ejecutar labores mineras en los lugares que a continuación se señalan, se necesitará el permiso o permisos escritos de las autoridades que respectivamente se indican, otorgados en la forma que en cada caso se dispone:

2°. Del Intendente respectivo, para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales;

3°. De la Dirección de Fronteras y Límites, para ejecutar labores mineras en zonas declaradas fronterizas para efectos mineros;

6°. Del Presidente de la República, para ejecutar labores mineras en covaderas o en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico.

Al otorgarse los permisos exigidos en los números anteriores, se podrá prescribir las medidas que convenga adoptar en interés de la defensa nacional, la seguridad pública o la preservación de los sitios allí referidos.

Los permisos mencionados en los números 2°, 3° y 6°, excepto los relativos a covaderas, sólo serán necesarios cuando las declaraciones a que esos mismos números se refieren hayan sido hechas expresamente para efectos mineros, por decreto supremo que además señale los deslindes correspondientes. El decreto deberá ser firmado, también, por el Ministro de Minería.

Será aplicable a los funcionarios o autoridades a quienes corresponda otorgar los permisos a que se refiere esta disposición, lo prescrito en el artículo 162 del decreto con fuerza de Ley N° 338, de 1960".

Como puede observarse, es necesario distinguir entre "zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional para efectos mineros" de "zonas fronterizas para efectos mineros". Ambas categorías pueden coincidir, pero no necesariamente ser las mismas.

En el caso de las zonas simplemente limítrofes, esto es, aquellas que no guardan relación con la seguridad nacional, bastará un decreto supremo emanado de DIFROL y firmado también por el Ministerio de Minería. Este decreto deberá declarar una "zona fronteriza

para efectos mineros” de modo que las labores mineras que coincidan en todo o en parte con esa demarcación cuenten como requisito previo a su ejecución de una autorización especial.

Los derechos a los que se refiere esta autorización están establecidos en los artículos 14, 15, 16 y 17 del Código de Minería y se refieren a derechos mineros emanados de la concesión y a las facultades de catar y cavar.

En este contexto, es conveniente aclarar que conforme al artículo 34, inciso primero del Código de Minería: “Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona”. La sentencia que otorga una concesión minera constituye un título de propiedad originario de dominio y posesión¹¹.

El mérito de la sentencia constitutiva de concesión minera es purgar los vicios del procedimiento judicial y otorgar un título de dominio originario exento de vicios. Por esta razón, las causales de nulidad de la concesión minera son taxativas, de derecho estricto y no admiten analogía.

Por su parte, los permisos que prescriben los artículos 14, 15, 16 y 17 del Código de Minería, referidos anteriormente están directamente asociados a la eficacia del título minero, en la medida que el ejercicio de las facultades que emanan del título minero están condicionadas a normas imperativas. En otras palabras, el ejercicio de las facultades que otorga la concesión minera está limitado, en ciertos casos, al cumplimiento de autorizaciones previas a la ejecución de estos derechos, emanadas de las autoridades que indican los referidos artículos.

La concesión minera, en cambio, se constituye forma y prueba en base a un procedimiento judicial, con su propio sistema recursivo, en el que la participación de SERNA-GEOMIN no condiciona el otorgamiento, sino que está dirigido a informar y abrir términos de emplazamiento dirigidos a otros concesionarios, eventualmente afectados, a fin de que ejerzan sus derechos de oposición, caducidad y nulidad minera, según los casos.

¹¹ Vid. Artículo 91 Código de Minería: “La sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión (inc. 1°). Inscrita la sentencia, la concesión quedará sometida al régimen de posesión inscrita (inc. 2°)”.

Finalmente, el mérito del sentido y alcance de los artículos 15 y 17 en lo respectivo a DIFROL corresponde observar cómo la autorización de este organismo cumple una doble finalidad: a) es un control dirigido al concesionario sobre el ejercicio de sus derechos mineros y b) es un acto de autoridad administrativa *iure gestionis* dirigida a velar por el ejercicio del poder público. En este último caso, y correspondiendo a la finalidad natural de este Servicio, se está velando que un acto de autoridad pública (la concesión minera judicial) no afecte la jurisdicción extranjera o genere responsabilidad internacional para Chile.

2. Corte Suprema

Revisadas 1.239 sentencias del máximo tribunal de justicia, 4 de ellas informan un pronunciamiento expreso sobre los temas expuestos anteriormente.

a. *Sentencia rol 4431-2006. Competencias de la dirección de fronteras y límites (DIFROL)*

A propósito de un recurso de protección en contra de la autorización del proyecto minero binacional Pascua Lama, de propiedad de la multinacional Barrick; la sentencia Rol 4431 de 2 de octubre de 2006 de la Exma. Corte Suprema tuvo en consideración las competencias de DIFROL en materia de otorgamiento de permisos, concesiones o autorizaciones respecto a bienes nacionales de uso público o fiscales que se encuentren situados total o parcialmente en zonas fronterizas del territorio nacional fijadas conforme al N° 4 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2 de agosto de 1967.

Analicemos las competencias de DIFROL en razón de este fallo.

La competencia de DIFROL para el otorgamiento de permisos, concesiones o autorizaciones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales que se encuentren situados total o parcialmente en zonas fronterizas del territorio nacional, es una competencia exclusiva que se ejerce respecto de toda autoridad pública o privada, la cual no podrá ni aún en ejercicio de sus propias competencias eludir este permiso, autorización o informe, en el entendido que se ejerce sobre los bienes situados total o parcialmente en zonas fronterizas del territorio nacional; estos bienes son administrados por tanto, en razón de una ley especial habilitante.

El artículo 2 del DFL 7 de 1968 que fija normas para el otorgamiento de concesiones, permisos o cualesquiera autorizaciones que

podiera otorgarse en bienes nacionales, es categórico al señalar: "Artículo 2°.- Toda petición que se formule para obtener una concesión, permiso, autorización o celebración de un contrato que diga relación a los bienes antes mencionados y que se encuentren situados en todo o parte dentro de una zona fronteriza, una vez efectuados los estudios y evacuados los informes que exigen las actuales disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro, será enviada con todos sus antecedentes a la Dirección de Fronteras y Límites del Estado".

De esta norma se desprende que todo servicio público o persona privada que desarrolle actividades o pretenda desarrollar actividades sobre bienes nacionales o fiscales, debe cumplir con la obligación de enviar todos los antecedentes a la Dirección de Fronteras y Límites cuya competencia es privativa, permitiéndole concluir si procede o no constituirse una concesión, otorgarse el permiso o autorización que se trate.

El Decreto Ley N° 7 de 1968 es anterior a la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras que entró en vigencia el 21 de enero de 1982 y es anterior también al Código de Minería que entró en vigencia el 14 de octubre del año 1983.

No existe una referencia directa en estos cuerpos normativos que derogue o limite la competencia de DIFROL en materia de concesiones mineras. El Código de Minería, en el artículo 17 trata los permisos especiales para ejecutar labores mineras, señalando:

"Artículo 17 Código de Minería. Sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15, para ejecutar labores mineras en los lugares que a continuación se señalan, se necesitará el permiso o permisos escritos de las autoridades que respectivamente se indican, otorgados en la forma que en cada caso se dispone:

3°. De la Dirección de Fronteras y Límites, para ejecutar labores mineras en zonas declaradas fronterizas para efectos mineros;

Al otorgarse los permisos exigidos en los números anteriores, se podrá prescribir las medidas que convenga adoptar en interés de la defensa nacional, la seguridad pública o la preservación de los sitios allí referidos.

Los permisos mencionados en los números 2°, 3° y 6°, excepto los relativos a covaderas, sólo serán necesarios cuando las declaraciones a que esos mismos números se refieren hayan sido hechas expresamente para

efectos mineros, por decreto supremo que además señale los deslindes correspondientes. El decreto deberá ser firmado, también, por el Ministro de Minería".

Por aplicación del Código de Minería no podrán ejecutarse labores mineras en zonas fronterizas declaradas así para efectos mineros, sin autorización de la Dirección de Fronteras y Límites.

Los permisos a los que se refiere el Código de Minería incluyen las facultades de catar de cavar (por aplicación del artículo 15° del Código de Minería), servidumbres mineras (por aplicación del artículo 19° del Código de Minería), calicatas y labores de exploración propias de la concesión de exploración (por aplicación del artículo 113° del Código de Minería) y los derechos exclusivos de explorar y explotar libremente la pertenencia propia en la concesión de explotación (por aplicación del artículo 116° del Código de Minería).

De todo lo anterior, podemos concluir que con la llegada de un nuevo marco aplicable a la propiedad minera desde 1983, cambió la naturaleza del permiso que se solicitaba a la Dirección de Fronteras y Límites por derogación tácita, pasando de ser una competencia privativa que condicionaba el nacimiento de la concesión a ser una competencia que condiciona el ejercicio de labores mineras sobre concesiones eventualmente constituidas.

Del espíritu del constituyente y legislador de 1983 pareciera desprenderse que nada altera la propiedad minera válidamente constituida, de modo que los permisos obligatorios a los que hacen referencia los artículos 15 y 17 del Código de Minería no afectan el derecho real del concesionario, sino la forma cómo se ejercerán sus facultades de concesionario.

En efecto, el régimen de caducidad minera y el régimen de nulidad minera son de derecho estricto, y por tanto de interpretación restrictiva. No existen otras causales que puedan afectar el régimen de la propiedad minera constituida.

De aquí la importancia de analizar si las competencias de la Dirección de Fronteras y Límites al amparo de las normas de 1968 pueden afectar la validez de la constitución de una concesión minera.

Según el íter temporal de las normas actualmente vigentes, encontramos:

a.- El 21 de diciembre de 1966 entra en vigencia la ley N° 16592 que crea Dirección

de Fronteras y Límites del Estado. Esta ley entrega competencias amplias en política fronteriza, demarcación y conservación de límites y archivo de mapas y documentos, entre los más importantes. Esta ley sigue vigente.

b.- El 21 de noviembre de 1968 entra en vigencia el DFL N° 7 que fija normas para el otorgamiento de concesiones, permisos o cualquiera autorización que pudiera otorgarse en bienes nacionales. Este DFL es directamente aplicable a los Ministerios y Servicios de la Administración Pública, Fiscal, Semifiscal, Empresas Autónomas del Estado y Municipalidades, respecto de bienes nacionales de usos públicos o fiscales. Este DFL está actualmente vigente y es sin duda aplicable a SERNAGEOMIN, como Servicio del Estado. Si bien SERNAGEOMIN no tiene dentro de su propiedad los bienes nacionales de uso público o fiscales sobre los cuales informa, si interviene directamente en el otorgamiento de la concesión minera para informar sobre la forma, orientación, dimensiones o cabida, superficies mínimas con arreglo a la ley para la constitución de una concesión y ubicación de la concesión entre las más importantes. El juez no puede autorizar una división de pertenencia, acta o plano sin previo informe de SERNAGEOMIN.

c.- El 21 de enero de 1982 entró en vigencia la Ley N° 18097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. Esta Ley estableció el régimen de propiedad minera que posteriormente desarrollaría el Código Minero. La Ley Orgánica Constitucional de concesiones mineras no se refiere a permisos especiales para la constitución de concesiones mineras. Esencialmente se limita a establecer el régimen de propiedad con garantía constitucional, estableciendo el régimen de amparo en base al pago de una patente y el régimen de cargas e indemnizaciones que deberán sufrir los propietarios de terrenos superficiales.

d.- Finalmente, el 14 de octubre de 1983 entra en vigencia el Código de Minería (Ley N° 18.248 cuya última modificación fue el 10 de octubre de 2014) El Código de Minería, sí se pronuncia sobre las competencias de DIFROL haciéndolas aplicables en los artículos: 15, 17, 19, 113 y 116 de dicho Código, según el sentido y alcance anteriormente expuesto.

La omisión sobre competencias de otros servicios en la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras de 1982 se explica porque esta ley de rango constitucional tuvo como principal objetivo modificar el régimen normativo anterior en lo que esencialmente

contraviniera la Constitución de 1980 y sus predecesoras sobre la materia. En efecto, el régimen de la propiedad minera y su amparo sufrieron importantes modificaciones mediante Ley N° 17450 de 1971 que reformó la Constitución Política del Estado, también llamada Nacionalización del Cobre. Derogada esta norma fue reemplazada por el estatuto que inauguró el Decreto Ley N° 1759 de 1977 que aumentó el valor de las patentes mineras y modificó disposiciones del Código de Minería, también derogada.

En otro fallo recaído sobre esta materia, la Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso de protección presentado en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 24, de 15 de febrero del año 2006, que aprobó "Modificaciones del proyecto Pascua Lama". Esta sentencia, confirmada por la Corte Suprema, reprodujo los siguientes argumentos:

a.- En lo relativo a la autorización de la Dirección de Fronteras y Límites por encontrarse el Proyecto Pascua Lama en una zona fronteriza; la Corte de Apelaciones de Copiapó consideró que el proyecto siempre estuvo ubicado en el mismo lugar de modo que siendo efectivo que se requería autorización previa de la Dirección de Fronteras y Límites del Estado, esta autorización "debió recabarse en el Proyecto original y no en una modificación del proyecto" (Segundo Considerando).

La Corte de Apelaciones de Copiapó concluyó que, aun acogándose el presente recurso de protección, "no se impediría la realización del Proyecto Pascua Lama, en los términos que originalmente fue otorgado aun existiendo la supuesta ilegalidad que arguye el recurrente, de manera que el recurso carecería así de sentido, resultando una mera declaración carente de valor práctico".

En este fallo, confirmado por la Exma. Corte Suprema, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó argumenta una finalidad práctica que no se alcanza por la vía del Recurso de Protección, como si con el recurso de nulidad de derecho público, por falta de autorización de DIFROL, el que debió haberse interpuesto en tiempo y forma.

b.- En lo relativo al alcance de los artículos 4 y 5 del Decreto con Fuerza de Ley N° 7 de 1.968 y del artículo 5 del Decreto con Fuerza de Ley N° 83 de 1.979, la sentencia en comento señala que dichas normas "no constituyen restricciones legales destinadas a proteger el medio ambiente". Evidentemente

el fin de dichas normas in abstracto no tiene como objeto de protección directa el medio ambiente, de aquí que haya sido desechado este argumento como fundante de un recurso de protección. Sin embargo, el recurso de protección estaba dirigido en contra de la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó "Modificaciones del Proyecto Pascua Lama", una de cuyas autorizaciones, según la recurrente, debió ser otorgada por la Dirección de Fronteras y Límites.

La Corte de Apelaciones de Copiapó, no consideró que las competencias de la Dirección de Fronteras y Límites tuvieren mérito para convertirla en un organismo sectorial con competencia ambiental, para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

c.- Según la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó confirmada por la Corte Suprema, las competencias de la Dirección de Fronteras y Límites del Estado se refieren "a la custodia de la soberanía territorial e integración con los países limítrofes y en nada se relaciona con la normativa e instituciones medio-ambientales". Según los más altos tribunales del país, la competencia de DIFROL se refiere "exclusivamente a los organismos del Estado, en relación con bienes nacionales de uso público o fiscales, para requerir las autorizaciones de la Dirección de Fronteras y Límites mas no con personas privadas, respecto de bienes de la misma naturaleza".

En esta última parte, ambas Cortes hacen una interpretación restrictiva de las competencias de DIFROL extendiéndola solamente a servicios públicos, centrales, descentralizados y aún autónomos territorialmente; pero excluye competencias de la Dirección de Fronteras y Límites que puedan ser demandadas o aplicadas directamente por particulares.

b. *Sentencia rol 2651-2007. Nulidad de concesión minera*

La sentencia presentada de 24 de noviembre del 2009¹², discurre sobre una reclamación de nulidad minera, causales de nulidad, prescripción extintiva e interpretación y aplicación de los contratos especiales de operación respecto de pertenencias mineras salitrales superpuestas. La solicitud de declaración de prescripción de la acción de nulidad se reconoce en todas las instancias, quedando la pertenencia salitral superpuesta con el único derecho de corregir la mensura del resto de polígono no superpuesto.

En relación con la nulidad de la concesión minera, la sentencia confirma el sentido y alcance del artículo 96 del Código de Minería:

"Artículo 96 Código de Minería. Las acciones de nulidad establecidas en los números 1° a 7° del artículo anterior, se extinguen por prescripción en el plazo de cuatro años, contado desde la fecha de la publicación de extracto a que se refiere el artículo 90.

Transcurrido el mismo plazo, tampoco podrán impugnarse la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90 ni la inscripción de la sentencia constitutiva de la concesión.

Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que, para cada una de éstas, señala el artículo 91. La sentencia que, en los casos de los números 6° y 7° del artículo anterior, declare la prescripción de la acción de nulidad a que dichos números se refieren, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición.

La acción de nulidad establecida en el número 8° del artículo anterior se extingue si, debiendo deducir la oposición a que se refiere el N° 1° del artículo 61, el interesado no lo hace.

Sin embargo, esta prescripción no provocará la extinción de la concesión del titular de la acción prescrita, en la parte no superpuesta y se aplicará lo previsto en el artículo 98, en lo que sea pertinente".

De esta disposición se colige que el demandante de una declaración de prescripción de la acción de nulidad minera tiene como objetivo conseguir una decisión jurisdiccional que otorgue certeza a dos hechos inciertos preexistentes: a) la prescripción extintiva de la acción de nulidad del titular de la pertenencia que ha sufrido superposición y b) la extinción de esa concesión, requiriendo sólo el transcurso del tiempo para provocar el saneamiento de la concesión superpuesta con eficacia retroactiva a la fecha de la sentencia constitutiva e inscripción.

Si no fuere así sobrevivirían dos concesiones en la misma área vigentes y saneadas por el transcurso del tiempo, lo que contradice el sentido del ordenamiento jurídico minero; llevando como en el caso en comento a un conflicto de derechos.

Esta finalidad se consigue también reconociendo que la prescripción extintiva de la acción de nulidad puede ser ejercida en cual-

¹² *Inversiones Dominga S.A. con S.C.M. Virginia* (2009).

quier tiempo, sin sujeción a plazo alguno, por cuanto el ordenamiento jurídico minero no ha establecido un plazo de prescripción. No existe, por tanto, asimilación al régimen aplicable a la prescripción adquisitiva civil ordinaria en esta materia.

Lo contrario significaría que el inciso 3° del artículo 96 del Código de Minería, perdería toda eficacia con el absurdo de prolongar infinitamente la indefinición de derechos involucrados.

La nulidad minera es una institución especial que sanciona la constitución de pertenencias mineras superpuestas, de modo tal que el titular de la concesión antelada o superpuesta tiene el derecho y el deber de ejercer una acción de nulidad por superposición.

Sin embargo, conforme al artículo 96, la acción de nulidad por superposición se extingue en el plazo de 4 años, al cabo de los cuales "queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que, para cada una de éstas, señala el artículo 91".

En este sistema la ley concede al titular de la pertenencia superpuesta saneada, poder ejercer el derecho a accionar judicialmente para que se declare la prescripción de la acción de nulidad por superposición. De esta forma queda saneado el vicio y se consolida la pertenencia posterior. La sentencia que declara la prescripción de la acción de nulidad "también declara extinguida la pertenencia afectada por la superposición", como expresamente lo dispone el inciso tercero del artículo 96, recién citado, quedando a salvo sólo la posibilidad de corregir la mensura. En el régimen concesional, la firmeza de los derechos mineros tiene por objeto conciliar el interés propio y el desarrollo o fomento de la actividad minera, promoviendo la efectiva explotación de la riqueza minera.

Para nuestros efectos la importancia de este régimen radica en el hecho de que la normativa minera sobre caducidad y prescripción se interpreta en el sentido especial que le destina la legislación minera, de modo tal que una acción declarativa de prescripción no tiene plazo para interponerse, cruzando así las reglas clásicas de 4 años del Derecho Civil, sobre prescripción de las acciones que le pudieren ser aplicables.

El objetivo de la legislación minera es la consolidación de la propiedad minera.

La cesación de la posibilidad de impugnación de la concesión superpuesta demuestra que el vicio de nulidad se vuelve inatacable, produciéndose el saneamiento de la concesión minera. Este saneamiento opera por el sólo ministerio de la ley una vez transcurrido el plazo de 4 años para ejercer la acción de nulidad por superposición, otorgándose eficacia retroactiva hasta la sentencia de constitución e inscripción.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96 inciso final del Código de Minería, una interpretación armónica de sus incisos tercero y final conduce a concluir que, sin perjuicio de la extinción de la pertenencia antelada superpuesta, su titular tiene la facultad de corregir la mensura conforme al artículo 98 del mismo Código. De esta forma, y no obstante la pertenencia superpuesta se extinga, "sobrevive parcialmente" para el sólo efecto de que su titular corrija la mensura. De lo contrario, la remisión al artículo 98 sería inútil¹³.

La diferencia entre esta nulidad minera y la nulidad de Derecho Público, radica en que esta última no es un sustituto jurisdiccional válido a las acciones de nulidad minera. En efecto, la norma que prohíbe la superposición no es una norma de Derecho Público. No obstante, su infracción es insubsanable e imprescriptible.

El legislador asoció el desinterés del dueño de una concesión a una sanción consistente en la extinción de los derechos que no fueron defendidos en tiempo y forma. El estatuto de nulidad minera demuestra que la lesión que sufre el dueño de la concesión minera es de interés particular y no de interés público; por tanto, no es reclamable por vía de la nulidad de Derecho Público. La acción de nulidad del artículo 95 del Código de Minería requiere ser ejercida por su titular y no puede ser declarada de oficio. Asimismo, la acción penal contra

¹³ Artículo 98.- En los casos de los números 1°, 3° y siguientes del artículo 95, el demandado cuya concesión fue anulada tendrá derecho a corregir la solicitud de sentencia y el plano de la concesión de exploración o el acta y el plano de mensura de la pertenencia, según se trate, cuando los fundamentos de hecho de la sentencia que haya declarado la nulidad así lo permitan (inciso 1°). Al efectuar las correcciones a que se refiere el inciso anterior, no se podrá contrariar la sentencia de nulidad y, además, se deberá respetar el perímetro de la cara superior de la concesión de exploración indicado en la solicitud de sentencia, o el de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas, en su caso (inciso 2°). Hechas las correcciones relativas a la concesión de exploración, se aplicará lo dispuesto en los artículos 57 y 86 a 90; hechas las referentes a la pertenencia, se aplicará lo prescrito en los artículos 71, incisos segundo y tercero, 72 a 77, 79, 81, 82 y 85 a 90 (inciso 3°).

el perito que abarca con su mensura otras pertenencias es privada, no pudiendo ejercerse de oficio y siendo susceptible de transacción, renuncia y abandono.

c. *Sentencia 5.219-2013. Tribunal competente*

La sentencia en comentario¹⁴ aborda la competencia del tribunal ordinario correspondiente al domicilio de la sociedad minera, preguntándose si; por el hecho de tratarse de un asunto que se refiere a la sociedad minera y no a la pertenencia, puede ser competente otro tribunal, según las reglas civiles generales establecidas al efecto en el Código Orgánico de Tribunales.

En este caso se observa como el Código de Minería ha remitido la competencia al juez del domicilio social y no al juez donde se encuentra ubicada la concesión, en diferentes temas relacionados con los artículos 183, 189 y 195 del Código de Minería.

Sin embargo, la aplicación analógica de las normas procesales de competencia es impropio, atendida la naturaleza de orden público de las normas de competencia judicial, máxime cuando en Derecho Minero no existe vacío legal en esta materia. En efecto, el tribunal competente tiene una regla general contenida en el artículo 146 del Código Orgánico de Tribunales que vino a zanjar el asunto de manera clara al disponer: "Art. 146 del Código Orgánico de Tribunales. Conocerá de todos los asuntos a que se refiere el Código de Minas, el juez letrado que tenga jurisdicción en la comuna o agrupación de comunas en que esté ubicada la pertenencia. Lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales que se establecen en el mismo Código de Minas, en este Código y en el de Procedimiento Civil".

El fallo de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la casación de fondo, señala que salvo que exista una regla especial en contrario, es competente para conocer de todos los asuntos a los que se refiere el Código de Minas el juez del lugar donde está ubicada la pertenencia minera.

d. *Sentencia rol N° 3.773-2015 Y sentencia rol N° 6.928-2015. Nulidad de derecho público*

Las sentencias en comentario¹⁵ abordan la nulidad de Derecho Público de concesiones

mineras por presunto traspaso de los límites fronterizos. Observaremos que son sentencias contradictorias.

En la Sentencia de la C.S. Rol N° 3.773-15, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en la forma, por inadmisibile, y el recurso de casación en el fondo, por no haberse logrado probar que se había vulnerado alguna norma reguladora de la prueba. Asimismo, La Corte Suprema consideró que la valoración de la prueba era una facultad privativa de los jueces de grado, no pudiendo entrar la Corte Suprema a pronunciarse sobre ese tema, por medio del Recurso de casación en el fondo. Descartando un vicio en las normas reguladoras de la prueba, la Corte Suprema estimó que los hechos habían quedado fijados en las sentencias de los tribunales de grado, entre los cuales el más importante era no haberse podido acreditar que las pertenencias mencionadas habían cruzado el límite fronterizo. De esta forma, perdieron relevancia las otras reclamaciones.

En lo relativo a la aplicación de la prescripción en materias de acción de nulidad de Derecho Público, la Corte Suprema ha seguido dos sentidos: a) la nulidad de Derecho Público es impropio contra resoluciones judiciales y b) el procedimiento de la nulidad de Derecho Público no tiene por objeto el reconocimiento o la impugnación de derechos mineros.

De esta forma podemos concluir que la Corte Suprema establece, según el Considerando 13° de la sentencia en comentario, que la impugnación de una situación jurídica como la existencia de una concesión con uno o más vértices fuera del territorio nacional, no puede tener por objeto discutir la propiedad minera, ni para consolidarla, ni para negarla.

Una vez más queda asentada la doctrina sobre la estabilidad de la propiedad minera en la legislación chilena¹⁶.

Ni aún un procedimiento viciado puede alterar la propiedad minera constituida saneada y consolidada, hasta los límites donde la sentencia judicial ha podido producir sus efectos¹⁷.

Esta solución no es pacífica porque confunde jurisdicción con competencia. En efecto, si reconocemos en cambio que la nulidad de Derecho Público se funda en la falta de juris-

¹⁴ *Sociedad Legal Minera Litio 3D de la Sierra Hoyada de Maricunga con Serrano Parot Valeria* (2013).

¹⁵ *Minera Limite S.A. con Consejo de Defensa del Estado* (2015).

¹⁶ Cfr. ANSALDI 2017. CASTÁN 1996. Gómez 1991. LIRA 2009. OSSA 2007. VERGARA 2010. VERGARA 2013, 346-384.

¹⁷ Cfr. NAHARRO 1991, 165-203. RICAURTE 2017. URIBE 1948. VERGARA 1992. VERGARA 2018.

dicción y no en la falta de competencia judicial concluiremos que los tribunales chilenos no tienen jurisdicción y por tanto su competencia judicial no se extiende a conocer asuntos que produzcan efectos en otros territorios que no sea territorio chileno. En este razonamiento, no habría infracción al artículo 37° del Código de Minería, que determina la competencia judicial o punto de conexión territorial de un tribunal con el asunto llamado a su conocimiento; la infracción en la que se funda la nulidad de Derecho Público, en cambio, se refiere a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado vigente, por otorgar derechos reales en territorio de otro Estado, con violación a los límites de la soberanía nacional. Así lo entendió precisamente la misma Corte Suprema, en la sentencia autos Rol N° 6.928-2015 de 7 de marzo del 2016, sobre casación en el fondo.

Estos fallos nos remitirán a revisar otros temas relacionados; los que podemos sistematizar de la siguiente forma: a) la competencia de un tribunal para constituir una concesión minera, cuando la concesión cruza el límite fronterizo, b) naturaleza del recurso de casación c) la valoración de la prueba pericial, d) el objeto y forma de la concesión minera y e) la competencia judicial civil internacional.

i.- Competencia del Tribunal para constituir una concesión minera

Comenzamos a abordar este tema en el acápite anterior, analizando la sentencia N°5.219-2013, para poner de manifiesto que las normas sobre competencia de los tribunales en materia de concesiones mineras son especiales y priman por sobre las normas de competencia civil.

En este acápite nos referiremos a la competencia judicial para constituir una concesión minera cuando uno o más de sus vértices se encuentran fuera del territorio de la República, y los efectos de esa sentencia.

Por otro lado, al acreditarse que los puntos medios y puntos de interés de las concesiones mineras se encuentra dentro del territorio chileno y dentro del espacio geográfico donde el juez desempeña su competencia territorial, entonces se debe dar cumplimiento al artículo 37 del Código de Minería, en relación con los artículos 5°, inciso 1° y 7° del Código Orgánico de Tribunales¹⁸.

¹⁸ Artículo 37° Código de Minería.- "Será competente para intervenir en la gestión de constitución de las concesiones el juez de letras en lo civil que tenga jurisdicción

De esta forma el tribunal que ejerce jurisdicción tiene competencia para otorgar concesiones mineras. La posibilidad de comprender la facultad de constituir concesiones mineras, como parte de una potestad económico-administrativa entregada a los tribunales chilenos, en contraste al régimen de concesión administrativa de la propiedad minera vigente en otros países, o aún en contraste en Chile para otros regímenes especiales como los contratos especiales de operación minera, no altera la naturaleza jurisdiccional de la decisión judicial, en la medida que siendo *sui generis* por su finalidad, está inserta en un sistema recursivo procesal y en un sistema de valoración de la prueba que sigue los estándares de razonamiento y silogismo judicial¹⁹. La existencia de un eventual contencioso administrativo especial aplicable a estas materias no cambia la naturaleza de la sentencia como un acto de potestad jurisdiccional, dotado de la eficacia de cosa juzgada. Por lo demás, tal es la naturaleza de los asuntos judiciales no contenciosos.

El reconocimiento de la función jurisdiccional en la constitución de la propiedad minera dota a la sentencia de estabilidad de cosa juzgada y la hace inatacable por vía de una acción de nulidad de Derecho Público.

ii.- Naturaleza del Recurso de Casación

El debate anterior llega por regla general a la Corte Suprema en razón del conocimiento de los recursos de casación en el fondo y en la forma. Estos son recursos de nulidad procesal que tienen por objeto declarar la nulidad de la sentencia por sus propias causales.

Nos encontramos así ante un hecho (la eventual ubicación de uno o más vértices de una concesión fuera del territorio nacional) que puede fundar 3 vías de nulidad: la nulidad minera, la nulidad de Derecho Público y la nu-

sobre el lugar en que esté ubicado el punto medio señalado en el pedimento, o el punto de interés indicado en la manifestación". Art. 5° Código Orgánico de Tribunales: "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes". "Art. 7° Código Orgánico de Tribunales. " Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado (inciso 1°). Lo cual no impide que en los negocios de que conocen puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio (inciso 2°)".

¹⁹ Vid Art. 34 Código de Minería: "Artículo 34, inciso 1°.- Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona".

lidad de la sentencia por la vía de la casación en el fondo o en la forma.

La sentencia Rol N° 3773 del año 2015 de la Excm. Corte Suprema no entró sobre el fondo del asunto por falta de preparación procesal del recurso de casación en la forma, declarándolo inadmisibile, desestimó el recurso de casación en el fondo porque las leyes regulatorias de la prueba no habían sido vulneradas, en la medida en que: a) los sentenciadores de grado los sentenciadores no invirtieron el onus probandi, b) no rechazaron pruebas que la ley admitía en este caso, c) no aceptaron pruebas que la ley rechaza, d) no desconocieron el valor probatorio de las pruebas que se produjeron en el proceso según el carácter obligatorio que la ley les asigna, y e) no alteraron el orden de precedencia que la ley otorga a la prueba.

iii.- Valoración de la Prueba Pericial

Los artículos 353 y 355 del Código de Procedimiento Civil²⁰, relativos al cotejo de documentos y al valor probatorio de los informes periciales, constituyen según la Excm. Corte Suprema: "facultad privativa de los jueces del grado, y, por lo tanto, no controlable por medio de este recurso"²¹.

iv.- Objeto y Forma de la Concesión Minera

El artículo 28 del Código de Minería²² en relación con el artículo 37 del mismo cuerpo,

imponen dar estricto cumplimiento a la cabida y a la competencia del juez.

La cuestión sobre la forma, dimensiones, orientación y cabida de la concesión minera cobra importancia cuando uno o más vértices de una concesión se encuentran fuera del territorio nacional, con la eventual amenaza de no cumplir con la cabida mínima establecida en el artículo 28° del Código de Minería.

El precedente establecido por la Corte de Apelaciones de Copiapó con fecha 10 de Noviembre de 1998, en autos sobre pedimento minero "Seca 7", caratulados "Hernández González Josefa", Rol N° 47.749-1997 indica: "aun cuando una parte de la concesión minera se pueda encontrar fuera del territorio nacional, la concesión es válida, con la única limitación que los derechos y obligaciones que para el concesionario minero nacen, sólo se pueden ejercerse, dentro del área que haya abarcado la potestad jurisdiccional de los tribunales". "Si una persona desea constituir una concesión minera de exploración debe ajustarse a condiciones de forma, dimensiones y orientación de la cara superior de la concesión, lo que sumado a la circunstancia que nuestra legislación minera desincentiva superposiciones, habría espacios del territorio en los cuales no sería posible constituir concesiones de exploración, ya que muy probablemente, no quedaría el terreno suficiente como para solicitar válidamente una concesión de este tipo, bastando para ello analizar los artículos 28 inciso final del Código de Minería y artículo 8° inciso cuarto del reglamento de este Código, estableciéndose, en esta última norma, que la superficie mínima que puede comprender una concesión de exploración es de 100 hectáreas".

Según este razonamiento, si consideramos que las fronteras son terrenos sinuosos e irregulares que no obedecen a líneas rectas, para que el paralelogramo quede completamente en territorio chileno existen dos alternativas: alternativa a) que la cabida mínima, orientación o dimensiones señalados en el artículo 28° del Código de Minería no se aplican a concesiones que cruzan el límite fronterizo, bastando que el punto medio o el punto de interés estén en territorio nacional, de modo que la concesión sólo se entiende constituida y produce derechos mineros en territorio nacional hasta el límite fronterizo; o alternativa b) que la cabida mínima, dimensión, orientación y características del artículo 28° del Código de Minería son normas de orden público minero, en cuyo caso, no pueden constituirse perte-

²⁰ "Art. 353 Código de Procedimiento Civil. "El tribunal hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y no tendrá que sujetarse al dictamen de éstos". Art. 355 Código de Procedimiento Civil. "En el incidente sobre autenticidad de un instrumento o sobre suplantaciones hechas en él, se admitirán como medios probatorios, tanto el cotejo de que tratan los cinco artículos precedentes, como los que las leyes autoricen para la prueba del fraude (inciso 9)". "En la apreciación de los diversos medios de prueba opuestos al mérito de un instrumento, el tribunal se sujetará a las reglas generales establecidas en el presente Título, y con especialidad a las consignadas en el Párrafo 8° (inciso 2°)".

²¹ *Minera Limite S.A. con Consejo de Defensa del Estado* (2015).

²² Artículo 28 del Código de Minería. "La extensión territorial de la concesión minera configura un sólido cuya cara superior es, en el plano horizontal, un paralelogramo de ángulos rectos, y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan. El largo o el ancho del paralelogramo deberá tener orientación U.T.M. norte sur" (inciso 1°). "A voluntad del concesionario, los lados de la pertenencia, horizontalmente, medirán cien metros como mínimo o múltiplos de cien metros; y los de la concesión de exploración, también horizontalmente, medirán mil metros como mínimo o múltiplos de mil metros" (inciso 2°). "La cara superior de la pertenencia no podrá comprender más de diez hectáreas; ni más de cinco mil hectáreas, la de la concesión de exploración" (inciso 3°).

nencias que tengan uno o más vértices en territorio extranjero.

El precedente de la Corte de Apelaciones de Copiapó autos Rol N° 47.749-1997 se inclina por la alternativa a). Este precedente es también recogido en la sentencia de la Corte Suprema autos Rol N° 3.773-2015.

La alternativa a) recién enunciada genera una colisión lógica entre los artículos 28° y 37° ambos del Código de Minería. Mientras el artículo 37° sobre competencia del tribunal se cumple plenamente, el artículo 28°, en cambio, sobre dimensiones, forma y orientación de la concesión resulta incumplido.

Según esta opción jurisprudencial, el juez llamado a constituir un derecho minero sobre el cual tiene competencia territorial para conocer del asunto; se expone necesariamente a que se alegue una nulidad de Derecho Público (o incluso una acción de responsabilidad judicial) en la medida en que dicte una sentencia constitutiva de concesión minera con efectos extraterritoriales.

Para evitar los efectos extraterritoriales de la sentencia que constituye una concesión con uno o más vértices del polígono fuera del territorio de la república; la sentencia debería declarar expresamente su eficacia estricta al territorio nacional, fundándose en un proceso en el cual conste que tanto pedimento, manifestación, mensura, acta y plano individualizaron la zona fronteriza colindante.

Habiendo hecho esto el propio peticionario y aún con su omisión, será SERNAGEOMIN el llamado a informar al tribunal de la ubicación, orientación, dimensiones y cabida de las concesiones peticionadas previo Informe de DIFROL, a fin de que conste en el proceso el área máxima de constitución de la propiedad minera.

Por otro lado, la falta de cabida es una posibilidad que el Código de Minería ha previsto en la institución especial denominada Demasías, a cuyo título se habilita a constituir una pertenencia en un área comprendida entre 3 o más concesiones cuya cabida o forma no cumple el mínimo o condiciones establecidos por el artículo 28° del Código de Minería²³.

²³ "Artículo 31 Código de Minería.- El terreno encerrado por tres o más pertenencias constituidas, en que no sea posible constituir otra de la forma y cabida mínima indicadas en el artículo 28, será una demasía y accederá por ministerio de la ley, en el momento en que se constituya la pertenencia que dé origen a la demasía, a aquella que haya sido o se tenga por manifestada primero".

Las Demasías no resuelven el problema del límite fronterizo sinuoso, pero se acercan bastante al máximo territorial de aprovechamiento minero. Sin procedimiento especial para su otorgamiento, las demasías constituyen derechos mineros que benefician a la concesión minera a la que acceden, en base a un procedimiento simplificado. Son aplicación de la teoría de la accesión en materia de propiedad minera²⁴.

La posibilidad de constituir demasías demuestra que el artículo 28° del Código de Minería es de orden público minero²⁵.

v.- Competencia Judicial Civil Internacional

En esta materia, debe advertirse en primer lugar que no puede confundirse la falta de jurisdicción con falta de competencia respecto del tribunal llamado a constituir concesiones mineras. Mientras la falta de jurisdicción se refiere a la falta de eficacia de la potestad jurisdiccional, legislativa y administrativa del Estado; la falta de competencia, en cambio, se refiere a un factor de conexión entre los hechos y el tribunal llamado a conocer de ellos²⁶.

En los acápites anteriores se ha desarrollado la ratio legis en normas de orden público minero, para concluir que toda interpretación teleológica de las normas de propiedad minera busca otorgar certeza, determinación y estabilidad a la propiedad minera. Por tanto, sea que la concesión tenga uno o más vértices que se extiendan fuera del territorio de la república o sea que la concesión esté íntegramente ubicada en territorio nacional, la eficacia de la sentencia constitutiva sólo se extiende al territorio nacional.

Este estatuto no cambia ni aún con las tendencias que existen en materia de territorialismo, las que han ido evolucionando hasta configurar un sistema que protege la continuidad espacial a las relaciones privadas internacionales, en un mundo cada vez más in-

²⁴ Jurisprudencia en materia de Demasías: Corte de Apelaciones de Santiago, 27 marzo 1896, Gaceta de los Tribunales, 1896, tomo I, N° 4763, p. 279. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 12.116 fecha 1 octubre 1986,. Corte Suprema Rol N° 6774-724, marzo 2009. MJJ N° 19719. Corte Suprema Rol N° 2619-2011 14 noviembre 2012, disponible en Portal del Poder Judicial. Corte de Apelaciones de Copiapó, autos Rol 157-2016, 24 de mayo de 2016. Tercer Juzgado de Letras de Copiapó, Rol V-1352-2015, 12 julio 2016, disponible en Portal del Poder Judicial. Corte Suprema Rol N° 1245-2018, 13 agosto 2019. MJJ N° 288547.

²⁵ Para revisar doctrina sobre Demasías ver: AEDO 2019. VALDÉS 1962. FUENTES 1955.

²⁶ Cfr. ÁLVAREZ 2013. ANABALÓN 2016. CASARINO 2005.

terdependiente, promoviendo la competencia judicial internacional y la aplicación del Derecho extranjero.

En efecto, actualmente la nulidad de los pactos de sometimiento a otra jurisdicción establecido en el artículo 1462 del Código Civil²⁷, quedó sustituida por aplicación del D.L. N° 2349 de 1978, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público²⁸.

A diferencia del estatuto sobre competencia judicial internacional, el estatuto internacional aplicable a los bienes no ha sufrido modificación, siguiéndose el principio de territorialidad para la adquisición, modificación, uso, goce y extinción²⁹. Los bienes siempre quedan sometidos a la ley del lugar donde están ubicados³⁰, salvo las excepciones legales.

Esta situación es especialmente relevante por aplicación del Tratado Minero chileno-argentino. A diferencia de la situación que se experimenta en el límite con los Estados de Bolivia y Perú, respecto de los cuales rige plenamente el principio de territorialidad, en el límite con Argentina, en cambio por aplicación del Tratado Minero, resulta que el área de operaciones autorizada en el protocolo adicional específico para cada proyecto minero con-

sagra el principio de cláusula de trato nacional y la facilitación fronteriza³¹.

Conclusiones

Según la jurisprudencia analizada a la luz del sentido y alcance de las disposiciones referidas tenemos:

1.- Tipo de poder ejerce el Estado de Chile cuando la concesión minera sobrepasa el límite internacional.- El Estado de Chile no tiene un poder público sobre territorio extranjero. El estatuto en esta materia es de responsabilidad internacional por los daños que pudiere haberse producido. Esta responsabilidad es de Derecho Internacional Público o de Derecho Internacional Privado según los intereses que se encuentren afectados.

En razón de esta responsabilidad internacional nacen para el Estado deberes de cooperación y de coordinación que tienen como objetivo prevenir los daños por riesgos creados en actividades transfronterizas, algunas de ellas sujetas a responsabilidad objetiva como es el manejo de explosivos, transporte de hidrocarburos y transporte de sustancias contaminantes. Las labores de coordinación tienen por objetivo también reconocer que los particulares tienen el ejercicio de derechos de tutela judicial efectiva.

La ley que declara una zona de seguridad para efectos mineros puede haber sido tácitamente derogada por el Tratado Minero celebrado entre Chile y Argentina. Sin embargo, si es una ley posterior al Tratado Minero, se entiende parte del marco normativo aplicable a la zona o territorio al que se refiere. De esta forma el Protocolo Adicional Específico que pretenda dictarse posteriormente para auto-

²⁷ Art. 1462 del Código Civil. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas es nula por el vicio del objeto.

²⁸ Decreto Ley N° 2349, de 1978. Artículo 2°: "Declárase que el Estado de Chile y sus organismos, instituciones o empresas, podrán renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos referidos en el artículo anterior. Con todo, tal renuncia se entenderá limitada al cumplimiento de sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se haya convenido. Tratándose de organismos, instituciones y empresas con personalidad jurídica distinta a la del Estado, la renuncia afectará exclusivamente los bienes del dominio de la entidad contratante (inciso 1°). La renuncia pactada en los contratos a que se refiere este artículo, celebrados con anterioridad a la vigencia de este decreto ley, se entenderá válida con las mismas limitaciones señaladas en el inciso anterior (inciso 2°)".

²⁹ Cfr. PEÑAILILLO 2000. ROZAS 2007. VERGARA 2015, 439-477.

³⁰ Leyes extranjeras revisadas: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984), Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado, Convención Interamericana Sobre Normas Generales De Derecho Internacional Privado, de 1979.

³¹ Artículo 4°. Protocolo Complementario del Tratado Minero: "En el marco de integración que garantiza el Tratado, en especial en lo referente al acceso, desempeño y protección de todas las actividades y servicios que tengan relación con el negocio minero, se entiende que entre ellos se consideran los que contemplan las respectivas legislaciones en favor de las concesiones mineras y las plantas de beneficio, fundición y refinación, incluidos también los depósitos de estériles y tranques de relaves o diques de cola. Atendido que dichos derechos, de acuerdo con el Artículo 1, párrafo tercero literal a) del Tratado se extenderán a las concesiones y plantas del territorio de la otra Parte, éstas considerarán, dentro del área de operaciones que se determinará en el respectivo Protocolo Adicional, la posibilidad de ubicar sus instalaciones en el ámbito espacial más apropiado, concediendo al efecto las facilidades que requieran los inversionistas de una de ellas en el territorio de la otra, para el desarrollo de sus actividades mineras".

rizar un proyecto específico, deberá tener en consideración esta ley anterior.

2.- Consecuencias jurídicas de una concesión minera que se extiende a territorio extranjero y pertinencia de la acción de nulidad de derecho público.- La acción de nulidad de derecho público procede por uno de los siguientes supuestos: primero, no haber actuado la autoridad dentro del ámbito de su competencia; segundo, haber incurrido en vicios de procedimiento o no haber respetado el procedimiento establecido; tercero, haber sido conferido un derecho por persona o autoridad no investiga legalmente para dichos efectos.

En los casos de las concesiones mineras cuyos límites exceden el territorio nacional, no pudiendo dichas concesiones tener una cabida menor a la que establece la ley, pueden declararse nulas o inexistentes, según la teoría que se acoja.

Los espacios entre las pertenencias válidamente constituidas pueden dar lugar a demasías.

3.- Derechos que puede ejercer el titular de una concesión minera dentro del polígono de su propiedad.- Para el ejercicio de las facultades de catar y cavar otorgadas a los titulares de concesiones mineras ubicadas en zonas limítrofes deberá ejercerse siempre previo decreto autorizatorio de la Dirección de Fronteras y Límites, emanado en conjunto con Ministerio de Minería.

La ley no reconoce distinciones para el cumplimiento de este deber, establecido en el código de minería, respecto de las actividades mineras que se encuentren reguladas al amparo del Tratado Minero celebrado entre Chile y Argentina. Sin embargo, en este último caso, el decreto será siempre autorizatorio y deberá determinar los límites de la propiedad minera y el ejercicio de los derechos y facultades que emanan de la concesión minera.

Las servidumbres internacionales otorgadas para las actividades mineras desarrolladas en el área de operaciones de un Protocolo Adicional específico son válidas y deben ser reconocidas por los estados contratantes del Protocolo Adicional Específico.

4.- Competencias de la Dirección de Fronteras y Límites.- Todo servicio público o persona privada que desarrolle actividades o pretenda desarrollar actividades sobre bienes nacionales, deba cumplir con la obligación de enviar todos los antecedentes a la Dirección de Fronteras y Límites, cuya competencia es

privativa. Será la Dirección de Fronteras y Límites el organismo que concluirá si procede o no constituirse una concesión, otorgarse un permiso o autorización que se trate.

El Decreto Ley N° 7 de 1968 es anterior a la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras que entró en vigencia el 21 de enero de 1982, anterior también al Código de Minería que entró en vigencia el 14 de octubre del año 1983, no derogaron o limitaron las competencias de DIFROL. El Código de Minería, en el artículo 17° lo recogió expresamente como permisos especiales para la ejecución de labores mineras.

Es interesante constatar que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó argumentó una finalidad práctica en materia de propiedad minera que no se alcanzaba por la vía del Recurso de Protección, coincidente con el criterio general de la Corte Suprema, en materia de recursos de casación en la forma y en el fondo. En efecto, todas estas vías no alteran la propiedad minera constituida y saneada.

Sin embargo, acogándose el recurso de nulidad de derecho público, es posible impedir la constitución de propiedad minera o declarar nula una concesión por falta de autorización o informe favorable de límites desde la Dirección de Fronteras y Límites, como por errores en la mensura, acta y plano que Servicio Nacional de Geología y Minería no informe.

5.- Confusión entre jurisdicción y competencia.- No puede confundirse la falta de jurisdicción con falta de competencia respecto del tribunal llamado a constituir concesiones mineras. Mientras la falta de jurisdicción se refiere a la falta de eficacia de la potestad jurisdiccional, legislativa y administrativa del Estado; la falta de competencia, en cambio, se refiere a un factor de conexión entre los hechos y el tribunal llamado a conocer de ellos.

6.- Estabilidad de la propiedad minera.- Se reitera doctrina sobre la estabilidad de la propiedad minera en la legislación chilena.

Ni aún un procedimiento viciado puede alterar la propiedad minera constituida saneada y consolidada, hasta los límites donde la sentencia judicial ha podido producir sus efectos.

Sólo por la vía de la nulidad de Derecho Público fundada en la falta de jurisdicción y no en la falta de competencia judicial concluiremos que los tribunales chilenos no tienen jurisdicción y por tanto su competencia judicial no

se extiende a conocer asuntos que produzcan efectos en otros territorios que no sea territorio chileno.

Bibliografía Citada

- AEDO ZAPATA, Milena (2019). Las Demasías. Tesina de Grado para obtener el Grado de magister en Derecho de Minería. Universidad de Atacama.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José y ORELLANA TORRES, Fernando (2013). Actos procesales no contenciosos. Libro-tecnia.
- ANABALÓN SANDERSON, Carlos (2016). Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil. Disposiciones Comunes a todo Procedimiento. De las cuestiones de competencia. Los recursos procesales, reimprenta. El Jurista. Ediciones Jurídicas.
- ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen (2017). Curso de Derecho Minero. Editorial Jurídica Aremi.
- CASARINO VITERBO, Mario (2005). Manual de Derecho Procesal, tomo VI, quinta edición. Editorial Jurídica.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago (1996). Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano. Dykinson.
- FUENTES GUTIÉRREZ, Rolando (1955). Las Demasías en el Derecho Minero. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Concepción.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (1991). Manual de Derecho de Minería. Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA OVALLE, Samuel (2009). Curso de Derecho de Minería, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile.
- MOSCOSO RESTOVIC, Pia (2019). Responsabilidad ambiental internacional en proyectos mineros binacionales: Análisis desde el Derecho Internacional Privado. Aranzadi-Thomson Reuters.
- NAHARRO QUIRÓS, Elena (1991). La búsqueda de metales preciosos y la ordenación legal de la Minería Peninsular en el Reinado de Felipe II. Anuario de Historia del Derecho Español (61), 165-203. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H199110016500204_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%1DOL_La_b%FAsqueda_de_metales_preciosos_y_la_ordenaci%F3n_legal_de_la_miner%EDa_penninsular_en_el_reinado_de_Felipe_II_
- OSSA BULNES, Juan (2007). Tratado de Derecho de Minería, cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2000). Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales, tercera edición. Editorial Jurídica de Chile.
- RICAHURTE DE BEJARANO, Margarita (2017). Código de Minas comentado. Jurisprudencia y doctrina mineras. Universidad de Externado.
- ROZAS VIAL, Fernando (2007). Los Bienes, cuarta edición. LegalPublishing.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). Manual de Derecho de Minería. Editorial Nascimento.
- VALDÉS SOTOMAYOR, Gabriel (1962). Las demasías en nuestro Derecho y legislación. Editorial Universitaria.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). Derecho Minero: Identidad y Transformaciones. Ediciones UC.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2015). La teoría de los Derechos Reales Administrativos: su lento reco-

nocimiento y actual consagración. En M. Barria, B. Caprile, J. Diez, C. Domínguez, C. Pizarro y M. Tapia [Ed.], Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila (pp. 439-477). Thomson Reuters.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (2013). Sistema de Derecho Minero. Legal Publishing - Thomson Reuter.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). Instituciones de Derecho Minero. Abeledo Perrot. Legal Publishing.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). Principios y Sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico-Dogmático. Editorial Jurídica de Chile.

Normativa Citada

- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 30 mayo 2000 D.O. N° 36.676.
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1.552 de 1902. 30 de agosto de 1902. D.O. N° 7840.
- Código de Minería. Ley N° 18248 de 1983. 14 de octubre de 1983. D.O. N° 31.694.
- Decreto N° 2275 de 2001 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Tratado con Argentina sobre Integración y Complementación Minera. Anexos I y II. 20 de diciembre de 2000. D.O. N° 36.882.
- Decreto N° 38 de 2008. Aprueba Protocolo adicional específico al tratado minero para la etapa de prospección y/o exploración del proyecto minero "Las Flechas". 22 de enero de 2008.
- Decreto N° 19 de 2006 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Protocolo adicional específico al Tratado sobre integración y complementación minera con la república Argentina para la etapa de prospección y/o exploración del proyecto minero "Vicuña". 26 de enero de 2006. D.O. N° 38.486.
- Decreto N° 179 de 2004 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Protocolo Adicional Especifico el Tratado sobre Integración y Complementación Minera con la Republica Argentina para el Proyecto Minero "Pascua Lama". 18 de agosto de 2004. D.O. N° 38.033.
- Decreto N° 18 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Protocolo Adicional Especifico al Tratado Sobre Integración y Complementación Minera con la Republica Argentina para la etapa de prospección y/o exploración del proyecto minero "Amos-Andres". 26 de enero 2006. D.O. N° 38.486.
- Decreto N° 321 de 1997 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el decimonoveno Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina N° 16, para facilitar la ejecución del proyecto minero denominado "El Pachón". 07 de marzo de 1997. D.O. N° 35.781.
- Decreto N° 761 de 1998 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el vigésimo segundo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina N° 16, Relativo al proyecto minero "El Pachón". 13 de mayo de 1998. D.O. N° 36.144.
- Decreto N°116 de 2002 [Ministerio de Minería]. Aprueba procedimiento para la administración de los gastos consecuenciales de operación de los protocolos adicionales específicos del tratado minero chileno argentino. 18 de noviembre de 2002. DO. N° 37.454.

Resolución O-1 de 2001 [Ministerio de Minería]. Aprueba Reglamento de la Comisión administradora del Tratado sobre Integración y Complementación minera y su protocolo complementario entre la República de Chile y la República Argentina. 17 de septiembre de 2002. D.O. No. Decreto Ley N° 2349, de 1978 [Ministerio de Hacienda]. Establece normas sobre contratos internacionales para el sector público. 13 de octubre de 1978. D.O. N° 30.201.

Jurisprudencia citada

Inversiones Dominga S.A. con S.C.M. Virginia (2009): Corte Suprema, 24 de noviembre del 2009 (Rol N° 1.338-2008). Cuarta Sala. [Recurso de casación].

Minera Limite S.A. con Consejo de Defensa del Estado (2015): Corte Suprema, 22 de septiembre 2015 (Rol N° 3.773-15). [Recurso de casación].

Minera Panamericana S.C.M. (2016): Corte Suprema, 7 de marzo del 2016 (Rol N° 6.928-2015). [Recurso de casación].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 82, N°2, de la Constitución Política de la República, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del tratado entre la república de Chile y la República de Argentina sobre integración y complementación minera: Tribunal Constitucional, 03 de octubre de 2000 (Rol N° 312). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Sociedad Legal Minera Lito 3D de la Sierra Hoyada de Maricunga con Serrano Parot Valeria (2013): Corte Suprema, 2 de diciembre del 2013 (Rol N° 5.219-2013). [Recurso de casación].

Soquimich S.A. con S.C.M. Virginia (2009): Corte Suprema, 24 de noviembre del 2009 (Rol N° 2651-2007). Cuarta Sala. [Recurso de casación].

El plazo razonable para las decisiones administrativas

The reasonable term for administrative decisions

Rodrigo Céspedes¹
Jaime García²

Resumen: la sentencia comentada aplica la noción de juicio justo de la Convención Americana de Derechos Humanos a un proceso tributario que se extendió indebidamente. La Corte de Apelaciones de Santiago conecta el período máximo de prescripción con el “plazo razonable”, propia del debido proceso, dejando sin fundamento los cargos contra el contribuyente.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, debido proceso, juicio justo, certeza jurídica, plazo razonable, prescripción.

I. Introducción

La aplicación del derecho internacional por los tribunales chilenos es un fenómeno que vino para quedarse. Hoy en día, la práctica efectiva del derecho supone el conocimiento de los principales tratados de derechos humanos, internacionales o regionales. En efecto, nociones como el interés superior del menor o la autonomía progresiva son diariamente aplicadas por los tribunales de familia. La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT 169) es relevante en casos penales y ambientales. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Orga-

Abstract: The analyzed judgment applies the notion of fair trial of the American Convention on Human Rights to a tax trial that was unduly extended. The Court of Appeals of Santiago connects the maximum limitation period with the “reasonable time”, part of the due process of law, considering the charges against the taxpayer groundless.

Keywords: international human rights law, American Convention on Human Rights, due process of law, fair trial, legal certainty, reasonable time, limitations.

nización de Naciones Unidas (ONU) ha incidido en casos sobre el derecho a la salud y las ISAPRES, instituciones privadas que cooperan con el Estado en la provisión de un derecho constitucional. El derecho penal internacional y el humanitario proveen conceptos esenciales para casos de abusos a los derechos humanos tanto en materias como prescripción, amnistía y reparación pecuniaria. Los tratados de libre comercio bajo el amparo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) han repercutido en nuestro sistema impositivo³.

El Pacto de San José de Costa Rica ha jugado también un rol protagónico. Chile ha sido parte en casos muy relevantes relacionados con la discriminación por orientación sexual, la libertad de expresión, el acceso a la información pública, la autonomía de los grupos religiosos, las normas de *ius cogens* sobre violaciones a derechos humanos sólo por mencionar los fallos más emblemáticos. Los tribunales chilenos normalmente aplican un control de convencionalidad, contrastando la legislación interna con el tratado. La garantía del debido proceso ocupa también un rol protagónico en materia penal, aunque también en el ámbito tributario. El caso comentado es un buen ejemplo de la interpretación de normas tributarias a la luz de una garantía fun-

¹ Profesor de Derecho internacional de los Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Pará. Doctor en Derecho, Universidad de Lancaster; Dirección postal: Rua Augusto Corrêa, 01, Ciudad Universitaria Prof. José Silveira Netto, Campus Profissional, Guamá, Belém, Pará, Brasil, PA, CEP: 66075-110, Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com Orcid 0000-0001-9607-3498.

² Profesor de Derecho tributario, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Magister en Economía y Gestión para abogados, Universidad Gabriela Mistral. Doctor en Derecho Tributario Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España. Dirección postal: Cerro Juncal Poniente 6235, comuna de Peñalolén, Región Metropolitana de Santiago, Chile. Correo electrónico: jaime.garcia@jaimegarcia.cl

Artículo recibido el 10 de mayo de 2024 y aceptado el 25 de junio de 2024.

³ MILLÓN Y CÉSPEDES 2015, 83-116.

damental. Reseñaremos los hechos, el fallo y comentaremos sus aspectos más importantes. La sentencia *Muñoz con Tesorería General de la República (2019)*⁴ contempla la aplicación del derecho internacional, la buena fe, el *pacta sunt servanda* y el principio *iura novit curia*. Sobre todo, vincula las normas de prescripción extintiva del derecho común y la garantía del debido proceso, en particular, la extensión temporal de los procesos. En la discusión subyace no sólo la protección al contribuyente, el carácter jurisdiccional o administrativo de determinados procedimientos o los vacíos normativos, sino también la certeza jurídica, ligada a instituciones como la prescripción extintiva o el abandono de procedimiento, y los vaivenes de la jurisprudencia al resolver conflictos similares.

II. Hechos

El contribuyente Mario Muñoz fue demandado por Tesorería, quien embargó administrativamente sus propiedades para obtener el pago de los impuestos adeudados. Muñoz llevó su caso al Tribunal Tributario sin que Tesorería interviniera. Los primeros cargos fiscales expiraron en 2002. El caso fue suspendido por casi seis años. El Tribunal Tributario aplicó la prescripción y falló a favor del contribuyente. Desde el momento en que se formularon los cobros hasta la notificación de la decisión del Tribunal Fiscal, pasaron aproximadamente 14 años, reactivándose el caso en 2008, 2009 y 2017. Tesorería apeló la decisión del Tribunal Tributario.

III. Fallo

La Corte de Apelaciones de Santiago (undécima sala) señala que el principio *iura novit curia* permite aplicar el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aunque las partes no lo hayan citado. La prescripción es una institución de aplicación general y la imprescriptibilidad es excepcional según la Corte. La Tesorería era el ente que debía impulsar el procedimiento y fue la única responsable de la demora de 13 años; al contribuyente no le correspondía asumir la carga del impulso del procedimiento. El Artículo 8.1 de la CADH - las garantías judiciales - se aplica a todo tipo de procedimientos, es de aplicación general; el Artículo 8.1 de la CADH se aplica a todos los procedimientos, sean administrativos y judiciales y el texto literal y el espíritu de esta disposición deben interpre-

tarse a la luz del Artículo 29(c) de la CADH, según el cual ninguna norma puede interpretarse en el sentido de excluir otros derechos. Finalmente, la Corte destaca que varios tratados de derechos humanos reconocen el derecho a un juicio justo, como el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

El derecho a un juicio justo, según la Corte, incluye el derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial, el acceso a la justicia y el derecho a recursos efectivos. El debido proceso legal debe determinarse tomando en cuenta las particularidades de cada procedimiento. El contribuyente debe ser oído en un "plazo razonable" y el procedimiento debe concluirse en un "plazo razonable", dando tiempo a las partes para que presentaran pruebas, impugnen y observen la evidencia presentada por la otra parte y los plazos necesarios para que los órganos jurisdiccionales decidan, sin prorrogar dicho término. Sólo debe descontarse el retraso imputable al contribuyente y considerar la complejidad del asunto. La Tesorería demoró excesivamente los procedimientos, infringiendo la CADH. De acuerdo con la Constitución chilena y el derecho internacional de los derechos humanos, la prolongación indefinida, irrazonable o excesiva de los procedimientos judiciales o administrativos generan el riesgo que los derechos fundamentales se tornen ilusorios. El fisco estuvo inactivo durante ocho años, y el contribuyente no fue responsable de esa inacción. De acuerdo con el Código Tributario y con el derecho común, la demora excedió el plazo máximo de prescripción. Desde el inicio del procedimiento hasta el momento de esta decisión, pasaron más de 14 años. Esta demora claramente, según el Tribunal, no era razonable e infringe el derecho a un juicio justo protegido por la Convención.

Adicionalmente, las disposiciones relativas al derecho a un juicio justo consagradas en los tratados de derechos humanos son obligatorias de conformidad con el *pacta sunt servanda* y la buena fe según lo prescrito en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La CADH fue ratificada por Chile y forma parte del ordenamiento jurídico chileno de acuerdo con el Artículo 5.2 de la Constitución chilena. Consecuencialmente, la demora fue superior al tiempo máximo de prescripción y el procedimiento no puede suspenderse indefinidamente sin violar el Artículo 8.1 de la CADH. Esta norma forma

⁴ *Muñoz con Tesorería General de la República (2019)*.

parte del derecho chileno a través del Artículo 5.2 de la Constitución, los procedimientos judiciales deben ser rápidos y eficaces al dirimir los conflictos. En conclusión, los cargos de Tesorería no tienen fundamento ya que el contribuyente no tuvo un juicio justo debido a su excesiva extensión.

IV. Comentario

Como decíamos en la introducción, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago tiene varios aspectos dignos de comentar. El primero es la aplicación de tratados y principios de derecho internacional por nuestros tribunales. Chile ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y dos de sus principios fundamentales, *pacta sunt servanda* y buena fe, fueron utilizados por la Corte para fundamentar su decisión. *Pacta sunt servanda* ("los acuerdos deben cumplirse") es un principio cardinal del derecho universal aplicable al derecho internacional y el derecho interno, público y privado. En el derecho internacional, todo tratado en vigor es vinculante para las partes, y las obligaciones convencionales deben ser respetadas, como las citadas por la Corte tanto de la Convención Interamericana y las del el Pacto ONU sobre Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, el Artículo 5.2 de la Constitución es la puerta de entrada para los derechos fundamentales internacionales, disposición que ha generado una revolución en la práctica del derecho: las normas internacionales pueden ser esenciales en el resultado de un juicio. El Estado chileno debe cumplir con sus obligaciones convencionales sobre protección de los derechos humanos de manera digna, honesta y justa. La Corte finalmente destacó el espíritu de los tratados internacionales de derechos humanos para interpretar la noción de debido proceso legal: este espíritu prima sobre la letra de las normas y sus detalles.

La Corte se basó en el principio *iura novit curia* para aplicar el derecho internacional, algo cada vez más común en la práctica judicial. El Tribunal determinó qué norma se aplicaba a este caso: los tratados de derechos humanos, sin la necesidad de ser esgrimidas por las partes. La Corte, en otras palabras, aplicó los acuerdos internacionales de oficio, sin estar constreñida por los argumentos y los fundamentos normativos de la defensa del contribuyente. Un juicio justo o un debido proceso legal significa que una decisión judicial o administrativa debe ser producida de manera equitativa, justa y regular por un ente imparcial. La Constitución, en su Artículo

19 Nr. 3, establece que la ley garantiza a toda persona igual protección de los derechos en el ejercicio de sus derechos. Esta disposición otorga varias garantías: (1) el derecho a la defensa letrada y (2) la intervención del juez; (3) derecho al juez natural determinado antes de los hechos que provocan el conflicto, y la prohibición de comisiones especiales; y (4) la legalidad del proceso. Esta disposición se complementa con el Artículo 8.1 de la CADH y el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

El Tribunal decidió que el juicio debía terminar sin demoras procesales innecesarias. Si no se hiciera de esa manera, simplemente no se impartiría justicia. La Corte vinculó esa noción con la certeza jurídica: los derechos y deberes se discuten y se aclaran al finalizar el juicio. Después de la cosa juzgada, los derechos y deberes son estables, ciertos e inamovibles. Más que una norma específica y explícita, la prohibición de dilaciones procesales se basa en la razonabilidad: la extensión de los procedimientos judiciales sólo debe ser el racionalmente necesario y conveniente para que el Tribunal otorgue certeza tan pronto como las circunstancias lo permitan. En este caso, el proceso fue excesivamente largo e irrazonable, según la Corte, implícitamente sosteniendo que "la justicia que es lenta no es justicia". Al parecer, no es bastante aseverar que la justicia tarda, pero llega; la justicia que no se ejerce a tiempo es esencialmente injusta. Esta garantía de "plazo razonable", protege al contribuyente frente a un Estado negligente, que tiene el deber de servir a sus ciudadanos. La servicialidad del Estado es un principio básico de nuestro derecho público. Además, el comportamiento de Tesorería fue decisivo para el resultado del juicio: inició el procedimiento, pero estuvo inactiva durante años. De alguna manera, la inacción negligente del Estado fue castigada (*ex turpi causa*). El comportamiento de Tesorería dio al contribuyente una defensa efectiva porque su demora puso en riesgo la recuperación de los impuestos adeudados. La Corte aplica una forma de teoría de los actos propios: Tesorerías no podía continuar aprovechándose de su propia torpeza.

No hay ninguna regla precisa sobre la duración de un procedimiento judicial o administrativo. Para apreciar esa duración, el Tribunal se basó en las normas generales de prescripción. La prescripción establece el tiempo máximo dentro del cual se puede iniciar un procedimiento judicial. En este caso, Tesorería debía iniciar los procedimientos contra el

contribuyente y, transcurrido un cierto tiempo, ésta no podía exigir los impuestos adeudados. Consecuencialmente, el contribuyente quedaba liberado por la prescripción extintiva. El sistema chileno contempla la suspensión del plazo de prescripción sólo en circunstancias excepcionales; en este caso, la inactividad del Estado fue claramente indolente. El Tribunal estableció una analogía equitativa que vincula el plazo máximo de prescripción y la posible suspensión del procedimiento con el concepto de "período razonable" para emitir un pronunciamiento jurisdiccional, que forma parte del derecho a un juicio justo.

Más específicamente, la aplicación en materia impositiva del Pacto de San José de Costa Rica se relaciona con el Artículo 201 del Código Tributario (CT), norma que establece las causales de interrupción de la prescripción de la acción de cobro son ejercidas por la Tesorería General de la República. De esta forma, en el numeral tercero de la referida norma, se señala que la prescripción se interrumpe por el requerimiento judicial. Éste se verifica a través de la notificación del mandamiento de ejecución y embargo, despachado por el Tesorero Regional o Provincial, en carácter de juez sustanciador, según dispone el Artículo 170 del CT. La referida norma legal no señala un nuevo plazo de prescripción, esto es, un nuevo término dentro del cual la Tesorería General de la República deba ejercer sus acciones de cobro, y es allí donde se genera el problema, toda vez que la mencionada institución, estima que no les corre plazo dentro del cual ejercer sus facultades de cobro, esto es, entendiendo que se genera una situación de imprescriptibilidad.

En el transcurso de los años, la Corte Suprema ha desarrollado diversas teorías, la mayoría de ellas con jurisprudencia dictada incluso durante los últimos años y sin explicar en atención a qué argumentos se altera el sentido de la jurisprudencia. Lo anterior deja entrever cómo el Máximo Tribunal no ha logrado cumplir a cabalidad con una de sus principales funciones: unificar la jurisprudencia. Dependiendo de la sala que dicta el fallo y de los ministros que la integran, se obtienen sentencias en uno u otro sentido. Esto, como era de esperarse, es un riesgo a la seguridad jurídica. De esta forma, los contribuyentes que se enfrentan a la inactividad de la Tesorería General de la República de Chile no saben qué instrumento jurídico utilizar para la debida protección de sus derechos, atendido que la Corte Suprema ha desarrollado diversos criterios al respecto,

como analizaremos. En principio el Máximo Tribunal es claro en señalar que la acción de la Tesorería no es imprescriptible. Muchas de las sentencias dictadas establecen tal aserto y, con ello, la Corte Suprema interpreta correctamente la ley, toda vez que, por regla general, las acciones prescriben por el paso del tiempo, salvo que la propia ley las declare imprescriptibles. Para abordar el problema interpretativo, la Corte Suprema ha ensayado diversas tesis. Presentamos un resumen de ellas:

(i) La primera tesis que sostuvo la Corte Suprema consiste en que la etapa de la cobranza de obligaciones tributarias que se desarrolla ante la Tesorería General de la República no es jurisdiccional sino administrativa⁵. Esta hipótesis es la más antigua y la Corte postula, aproximadamente hasta el año 2009. Consecuencialmente, no sería procedente la interposición del incidente del abandono del procedimiento. La Corte Suprema aborda el problema acogiendo demandas declarativas de prescripción, interpuestas ante tribunales civiles. En esas sentencias, el Máximo Tribunal sostiene que el silencio normativo sobre este punto de ninguna manera autoriza para susentar la hipótesis de que, en lo sucesivo, no

⁵ A fin de aportar una mayor claridad, recordemos a grandes rasgos el desarrollo del procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, contemplado en los Artículos 168 y siguientes del CT. Una vez emitido el giro por el SII, éste 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. Éste posee dos etapas: La primera de ellas se desarrolla ante el Servicio de Tesorerías y la segunda ante el juzgado civil o el juez de letras competente. En la primera etapa, de acuerdo con el artículo 169 del CT, el título ejecutivo lo constituyen las listas de deudores que se encuentren en mora. Con base en estas nóminas de deudores morosos, el tesorero provincial o regional dicta una resolución, denominada "mandamiento de ejecución y embargo", en que ordena requerir de pago al deudor, so pena de proceder a embargarle bienes. 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, incluso con auxilio restringidas, que son sólo las siguientes: pago, prescripción y no empecer el título al ejecutado. Interpuestas las excepciones, el Tesorero sólo 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 que sea competente, caso en el cual el juez 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, con algunas particularidades menores.

puede iniciarse una nueva prescripción, pues equivaldría a consagrar la imprescriptibilidad de la acción de cobro tributario. De esta forma, declara que se inicia un nuevo plazo de prescripción debiendo conservar la naturaleza y caracteres del plazo que establece el Artículo 200 del CT; esto es, tres años. Por lo tanto, si la tramitación de la causa de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias ante la Tesorería se encuentra detenida por más de tres años, la acción está prescrita.

(ii) La segunda tesis de la Corte Suprema consistente en que la etapa de la cobranza de obligaciones tributarias ante la Tesorería General de la República posee naturaleza jurisdiccional y no administrativa. Aproximadamente desde el año 2009, la Corte Suprema cambia su interpretación y comienza a declarar que la etapa de la cobranza de las obligaciones tributarias que se desarrolla ante la Tesorería es jurisdiccional. Lamentablemente, el Máximo Tribunal no posee una hipótesis exclusiva que solucione el conflicto en cuestión; en atención a ello, analizaremos algunas de las diversas alternativas que se postulan:

1.- Nacimiento de un nuevo plazo de tres años. Una de las tesis sustentadas por la Corte Suprema en esta materia es la siguiente: requerido judicialmente de pago el contribuyente por parte de Tesorería, se interrumpe la prescripción. El silencio normativo de la ley en cuanto al nacimiento de un nuevo plazo no autoriza a estimar que la acción es imprescriptible, de forma tal que nace un nuevo plazo de tres años. Si la Tesorería lo deja transcurrir sin cobrar su crédito, la acción prescribe. Muchas sentencias dictadas entre 2009 y 2020 utilizan este criterio. Una decisión la Corte Suprema muy clara en este sentido⁶, es un pleito que se inicia con una demanda ordinaria declarativa de prescripción, interpuesta ante un juez de letras en lo civil y en la que se solicita la declaración de prescripción de la acción relativa al Impuesto Territorial. La Corte de Apelaciones respectiva acogió parcialmente la demanda y, en contra de esta resolución, la demandante interpuso casación en el fondo. El fallo señala que el silencio normativo del Artículo 201 del CT no haya expresado que empieza a correr un nuevo plazo una vez producida la interrupción de la prescripción en virtud de un requerimiento judicial, ni haya señalado la extensión de ese nuevo plazo, de ninguna manera autoriza para sustentar la hipótesis de que,

en lo sucesivo, no pueda iniciarse una nueva prescripción, pues equivaldría a consagrar la imprescriptibilidad permanente de la acción de cobro tributario. Es menester recordar, a este respecto, que la prescripción extintiva, como institución vinculada al interés colectivo implícito en la mantención de la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas y de la paz social, tiene aplicación general dentro del ordenamiento. Bajo tal premisa, la imprescriptibilidad reviste carácter excepcional y debe fundarse en el texto expreso de la ley o surgir de la naturaleza de la materia a que se refiere la acción correspondiente.

Asentado como principio que a la interrupción de la prescripción por el requerimiento judicial puede seguir una nueva prescripción, procede dilucidar en qué circunstancias y condiciones ello habría de ocurrir. En lo que interesa, en aquellos casos donde la interrupción ha producido el efecto que le es propio, a saber, detener el curso de la prescripción, como ocurre en las situaciones en que sólo existe requerimiento judicial al que no sigue actividad alguna del órgano fiscal tendiente a continuar la ejecución –como se observa en la especie–, la prescripción se inicia de nuevo desde la data del requerimiento. La nueva prescripción, que se inicia a partir del tiempo indicado, necesariamente debe conservar la naturaleza y caracteres de la precedente, teniendo en consecuencia su misma duración, por lo que el plazo durante el cual habrá de extenderse no puede ser otro que el señalado en el artículo 201 del Código Tributario, en su remisión al artículo 200 del mismo código.

La Corte Suprema además sostiene un concepto que se repite en muchas sentencias: el silencio del Código Tributario en cuanto a que después del requerimiento judicial no se inicia un nuevo plazo de prescripción, no permite colegir que la acción de la Tesorería es imprescriptible. Ya señalamos que esta situación, siendo de carácter excepcional, requiere de texto expreso de ley, y no es ése el caso. Frente a esta declaración, la Corte Suprema establece que el nuevo plazo que tiene la Tesorería para cobrar su crédito es de tres años, que es el plazo general de prescripción de la acción de fiscalización y de cobro en materia tributaria. Posteriormente, la sentencia aplica lo antes referido, declarando que en el caso comentado, se había interrumpido la prescripción de la acción de cobro del Fisco por el requerimiento de pago los días 3 de abril de 2002, 6 de julio de 2004, 7 de agosto de 2008, 12 de febrero de 2010, 28 de agosto

⁶ *Behrendsen con Tesorería General de la República* (2020).

de 2012 y 28 de agosto de 2013, en los expedientes administrativos números 2002-1030; 529-2004; 552-2008; 2482-2009; 10811-2012 y 10657-2013; por lo que a la época en que se deduce la acción de prescripción, esto es, el 28 de marzo de 2017, ya habían transcurrido íntegramente los plazos de prescripción de la acción de cobro que comenzaron a computarse nuevamente en las fechas indicadas respecto de los años 2002 a 2013, si se considera como plazo extintivo el de tres años establecidos en el Artículo 200 del Código Tributario, pues no se trata de tributos sujetos a declaración.

2.- Abandono del procedimiento. La segunda tesis que sustenta la Corte Suprema, estimando que la etapa de cobro ante Tesorería es jurisdiccional, es la siguiente: Una vez requerido judicialmente de pago el contribuyente, no nace un nuevo plazo de prescripción, sino que, en caso de transcurrir tres años⁷, contados desde la última gestión útil, éste debe alegar el abandono del procedimiento⁸. Esta tesis ha sido sostenida en muchas sentencias de la Corte Suprema, aproximadamente desde el año 2012 (aunque existe una sentencia del 2005 que así lo declara) y manteniéndose hasta el presente. Una sentencia dictada por la Corte Suprema aplicando esta tesis⁹, es digna de comentario: un pleito se inicia con una demanda ordinaria declarativa de prescripción, interpuesta ante un juez de letras de primera instancia, que es acogida. La Corte de Apelaciones respectiva revocó la sentencia de primera instancia. La parte ejecutada interpuso recurso de casación en el fondo. La sentencia declara que no se inicia un nuevo plazo de prescripción a consecuencia del requerimiento de pago, por cuanto ha nacido una relación procesal válida entre el Fisco y el contribuyente que impide que nazca un nuevo plazo de extinción de las acciones de cobro puesto que el Fisco ya optó por perseguir derechamente el pago de la deuda. Una vez ocurrida la interrupción en la hipótesis del Nr. 3 del Artículo 201, ninguna prescripción puede darse en adelante, por cuanto dicha disposición nada dice acerca del efecto de la interrupción de la prescripción mediante el requerimiento judicial, en tanto que éste necesariamente supone que el Fisco/acreedor está

ejerciendo su derecho para exigir el cumplimiento forzado de la obligación tributaria, por lo cual carece de sentido volver a establecer un nuevo plazo para que opere la prescripción extintiva o liberatoria de las acciones judiciales de cobro. Posteriormente la sentencia expresa que la fase del procedimiento ejecutivo seguido ante el tesorero comunal tiene un carácter jurisdiccional y no administrativo, y por tanto no resulta aplicable la institución del decaimiento ni ninguno de los principios que rigen el procedimiento administrativo (cuestión que había dejado entrever el considerando tercero). En particular, cabe señalar que no resulta aplicable en la especie el Artículo 14 de la Ley 19.880, que consagra la "desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento", pues como disponen los Artículos 1 y 2 de ese mismo texto legal, esa ley establece y regula las bases del "procedimiento administrativo" de los actos de la "Administración del Estado", y, además, las disposiciones de esa ley sólo son aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la "función administrativa", junto a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades. De ese modo, la función jurisdiccional que ejerce el tesorero comunal en el procedimiento ejecutivo previsto en el Título V del Libro III del Código Tributario, no se gobierna por la Ley 19.880, ni siquiera de manera supletoria¹⁰.

¹⁰ Como prueba de la errática jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia en el tema que nos convoca, encontramos sentencias de cortes de apelaciones que señalan que el plazo de prescripción es de cinco años. En efecto, se resolvió: "3º) Que, cuando la interrupción del plazo de prescripción se produce por el requerimiento judicial, cesan los términos especiales contemplados en el Código Tributario. Sin embargo, aquí hay que tener presente que las instituciones se regulan íntegramente por las reglas de general aplicación contenidas en el Código Civil, de modo tal que a dicha interrupción sucede la prescripción de largo tiempo del Artículo 2.515 del Código Civil, comoquiera que la interrupción hace perder el tiempo de prescripción que estaba corriendo siendo su contrapartida el hecho que hace nacer un nuevo término de prescripción, lo que es de toda justicia, atendido que desde octubre de 2004 en que se produjo el requerimiento de pago a febrero de 2017 en que se le admitió a tramitación la prescripción alegada por el contribuyente transcurrieron más de doce años sin que la Tesorería General de la República realizara gestiones tendientes a obtener el pago de su acreencia, lo que fluye de los antecedentes aportados por la propia ejecutante, y no puede pretender la actora que por el hecho de no haberse trabado embargo en la oportunidad legal, pueda transcurrir dicho plazo, que excede los límites razonables, sin que se extinga su acción de cobro" (*Vargas Isla con Tesorería Provincial de Los Angeles* (2020)) Por su parte, y como señalábamos, la misma Corte de Apelaciones de

⁷ De acuerdo con los Artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, el plazo para solicitar la declaración de abandono del procedimiento es de seis meses o tres años.

⁸ MARTÍNEZ COHEN 2020, 313.

⁹ *Tesorería Regional de Antofagasta con Mancilla Olivares* (2016).

Finalmente, el Máximo Tribunal señala que el procedimiento de cobro no puede prologarse indefinidamente, ni en la tramitación ante el Tesorero actuando como juez sustanciador ni ante el juez de letras, pues en ambas instancias resulta procedente el instituto del abandono del procedimiento previsto en el Artículo 153.2 del Código de Procedimiento Civil, por remisión de los Artículos 2 y 196.6 del CT.

La Corte Suprema no ha unificado la jurisprudencia en torno a cómo resolver este problema. Como hemos explicado, las tesis son, fundamentalmente, dos: La Tesorería posee tres años para cobrar, contados desde el requerimiento de pago, desde el embargo de bienes, desde que se interponen las excepciones o desde que estas son falladas. Una vez transcurrido dicho término, la acción se extingue por prescripción, la cual debe ser declarada en un juicio ordinario incoado ante los tribunales civiles. La otra alternativa es que, transcurridos los seis meses o tres años contados desde la realización de la última gestión útil en el juicio de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, se produce el abandono del procedimiento. Éste debe ser solicitado por el contribuyente ante la propia Tesorería. Ambas posiciones solucionan el problema que genera la tesis de la Tesorería, en cuanto a que, requerido de pago el contribuyente, la acción no prescribe, y ambas, como hemos señalado, poseen importante cantidad de sentencias dictadas a su favor por la Corte Suprema, pero ¿Cuál debiera preferirse de forma que se cautelen adecuadamente los derechos de los contribuyentes, así como las facultades de la Tesorería? La primera, esto es, que la Tesorería posee tres años para cobrar, transcurridos los cuales la acción prescribe, es susceptible de las siguientes críticas, a juicio de la Tesorería: 1.- Si el contribuyente no opone la excepción una vez requerido de pago, precluye su derecho a oponerla con posterioridad, tanto en el procedimiento de cobro como en cualquier otro

procedimiento, procediendo la interposición de la excepción de litispendencia; 2.- Una vez requerido de pago el contribuyente, la ley no establece que nazca un nuevo plazo de tres años. La segunda tesis, vale decir, que, desde el transcurso de los tres años o seis meses, contados desde la última gestión útil, procede la declaración del abandono del procedimiento, también posee puntos dudosos: 1.- Para que proceda la declaración de abandono del procedimiento, la ley requiere que exista inactividad de las partes y de los terceros que hayan intervenido en el juicio, exigencia que no se cumpliría en el cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, toda vez que ni el juez sustanciador ni el abogado de tesorerías poseen tal carácter; 2.- Estimar que la etapa del cobro ejecutivo que se desarrolla ante Tesorería carece de naturaleza jurisdiccional; 3.- El incidente de abandono del procedimiento no se encuentra expresamente contemplado en el CT; 4.- Si la interposición del incidente de abandono del procedimiento es necesaria para impedir que Tesorería dilate la resolución del asunto, el contribuyente posee el derecho a solicitar que un juzgado de letras en lo civil requiera el expediente para su conocimiento y fallo.

Sopesando todos los argumentos y teniendo en especial consideración la tragedia que sufren día a día los contribuyentes, que debe ser resuelta, nos inclinamos por la segunda alternativa; esto es, la procedencia de la declaración del abandono del procedimiento en el cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, una vez transcurridos tres años o seis meses, contados desde la realización de la última gestión útil en el procedimiento. Nos parece que la Corte Suprema debería, de una vez por todas, unificar su jurisprudencia en torno a la procedencia del referido incidente. Ahora bien, a fin de refrendar lo antes señalado, idealmente, debiera agregarse una norma al CT que expresamente señale que en el procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias procede la declaración de abandono del procedimiento, de acuerdo con las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, resultando apelable la resolución de Tesorería que deniega la citada pretensión del contribuyente. La declaración de abandono del procedimiento, a nuestro juicio, resulta ser una alternativa razonable para el contribuyente y una sanción pertinente para la Administración que deja transcurrir años con expedientes de cobranza abiertos sin realizar gestiones tendientes al embargo y remate de bienes de propiedad del contribuyente. La seguridad jurídica es el

Concepción ha dictado sentencias que dan a entender que el plazo dentro del cual la Tesorería podría ejercer su acción de cobro sería de diez años. En efecto, el considerando cuarto de un fallo señala: "Que, en tal sentido, este tribunal, teniendo presente las normas antes citadas, la garantía al debido proceso, el principio de la certeza jurídica entiende que si bien la norma contenida en el Artículo 201 Nr. 3 del Código Tributario no contempla un nuevo plazo de prescripción, éste en ningún caso puede exceder de diez años, plazo máximo de prescripción establecido en nuestro ordenamiento interno, necesario para satisfacer de manera efectiva el valor de la certeza jurídica, en este caso del deudor fiscal, el que será aplicado en la materia objeto de este pleito" (*Inmobiliaria Constructora e Inversiones El Valle Ltda. con Fisco* (2019)).

fundamento último de esta tesis¹¹, que se ve dramáticamente afectada por la conducta de la Tesorería General de la República, al dejar sin tramitación cobros de impuestos durante años, para intentar luego la realización de bienes en circunstancias en que ha transcurrido un largo tiempo desde que la cobranza quedó detenida. La sentencia comentada cubre una gran gama de temas profundos que no se agotan en este simple comentario.

Bibliografía Citada

- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. Notas sobre la seguridad jurídica, *Anuario Jurídico de la Universidad de Antofagasta* (2001) Vol. 7, 335.
- MARTÍNEZ COHEN, Rafael. *Derechos del contribuyente y medios de fiscalización*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2020. 313.
- MILLÓN LORENS, Paula; CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho doméstico chileno, *Derecho Público Iberoamericano* (2015) N° 7, 83-116.

Jurisprudencia Citada

- Behrendsen con Tesorería General de la República* (2020): Corte Suprema, 11 de agosto de 2020, (Rol 24.994-2019). Primera Sala. "Recurso de casación".
- Inmobiliaria Constructora e Inversiones El Valle Ltda. con Fisco* (2019): Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de diciembre de 2019 (Rol 1464-2019). Sexta Sala. "Recurso de apelación".
- Muñoz con Tesorería General de la República* (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2019 (Rol 2405-2019). Undécima Sala. "Recurso de Apelación".
- Tesorería Regional de Antofagasta con Mancilla Olivares* Corte Suprema (2016): 20 de septiembre de 2016 (Rol 28.371-2016). Segunda Sala. "Recurso de casación".
- Vargas Isla con Tesorería Provincial de Los Ángeles* (2020) Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de marzo de 2020 (Rol 2397-2019). Sexta Sala. "Recurso de apelación".

Normativa citada

- Código de Procedimiento Civil (CPC). Ley N° 1552 de 1902. 28 de agosto de 1902 (Chile)

¹¹ CÉSPEDES 2001, 335

Derecho a defensa de funcionarios públicos y municipales: criterios de la jurisprudencia administrativa

Right to defense council of civil servant: administrative jurisprudence criteria

Tamara Ulloa Eyzaguirre¹

Este trabajo tiene por objeto establecer cuáles son los criterios para que opere el derecho estatutario a defensa, que tiene como propósito proteger a los funcionarios públicos y municipales que ven afectadas su vida, integridad física o su honra al ser objeto de injurias o calumnias. En tal sentido, a partir de la revisión de jurisprudencia administrativa se abordará el contenido, alcance y requisitos del derecho a defensa.

Palabras clave: Derecho funcionario, derecho a defensa, Estatuto Administrativo.

Introducción

Los derechos de los funcionarios públicos y municipales están desarrollados, principalmente, en la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo² y en la Ley N° 18.883, que Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Una de dichas prerrogativas lo constituye el derecho a defensa que tiene como propósito proteger a los funcionarios que ven afectadas su vida, integridad física o su honra al ser objeto de injurias o calumnias.

El artículo 90 de la Ley N° 18.834, establece: *“los funcionarios tendrán derecho, además, a ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones, o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma.”*

¹ Abogada, Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca y Magíster en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: San Francisco 265, Dpto 2315, Santiago, Chile. Correo electrónico: jtulloa7@hotmail.com. ORCID ID. 0009-0006-7977-6531

² Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Artículo recibido el 18 de marzo de 2024 y aceptado el 20 de junio de 2024.

This work aims to establish the criteria for the statutory right to defence council of civil servants, in order to protect civil and city council officials lives, physical integrity or honor in front of insults or slander. In this sense, the content, scope and requirements of the Rights of defence will be addressed based on the review of administrative jurisprudence.

Keywords: Civil servant law, right of defense, Administrative Statute.

La denuncia será hecha ante el respectivo Tribunal por el jefe superior de la institución, a solicitud escrita del funcionario, y cuando el afectado fuere dicho jefe superior, la denuncia la hará el Ministro de Estado que corresponda”.

En similares términos dicha prerrogativa está considerada en el artículo 88 de la Ley N° 18.883: *“Los funcionarios tendrán derecho, además, a ser defendidos y a exigir que la municipalidad a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones, o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma.”*

La denuncia será hecha ante el respectivo tribunal por el alcalde de la municipalidad, tanto si el afectado es él, como si lo fuere cualquier funcionario. En este último caso se requerirá siempre una solicitud escrita del afectado”.

En el caso de este derecho a defensa es necesario determinar los presupuestos para que opere. En primer lugar, se debe considerar los funcionarios a quienes ampara, su contenido y alcance. Estos elementos constituyen el núcleo de este privilegio y han sido determinados, de forma especial, por la jurisprudencia administrativa de la CGR.

En segundo lugar, y para que se genere el deber del respectivo Servicio o Municipalidad de proporcionar defensa es preciso que concurran ciertos requisitos, conforme lo establece el artículo 90 de la Ley N° 18.834 y artículo 88 de la Ley N° 18.883, así como los diversos pronunciamientos del ente contralor.

Como tercer aspecto, es importante establecer la calificación de la procedencia del derecho en comento, en base a criterios y/o requisitos que se encuentran determinados por la jurisprudencia administrativa y, asimismo, la fundamentación que debe considerarse para que la autoridad respectiva justifique que no está obligada a asumir dicha tutela.

Asimismo, corresponde analizar si es o no absoluta la procedencia de este derecho, dadas las funciones o facultades de un determinado servicio público, pues el ejercicio de la defensa podría ser contradictoria con deberes de protección que la legislación define para ciertas instituciones y a favor de determinados sujetos.

Para realizar el anotado análisis se revisan los aspectos generales del derecho a defensa de los funcionarios públicos y municipales (1); a continuación, se examinan los requisitos para que opere (2); y luego, se consideran aspectos de decisión de la autoridad correspondiente (3). Se finaliza con reflexiones a modo de conclusión.

1. Aspectos generales del derecho a defensa

Los funcionarios de la administración del Estado o municipales, se encuentran sometidos a estatutos jurídicos, en los que se regula su respectiva relación laboral, estableciendo derechos y obligaciones³. Así el vínculo del funcionario con un órgano estatal es de naturaleza estatutaria.

Este vínculo estatutario, implica un vínculo legal y de derecho público, en el que predomina el interés general de la comunidad sobre el particular del funcionario. Lo anterior explica que el ejercicio de sus derechos no es absoluto y son sometidos a la decisión previa de la autoridad competente⁴, así por ejemplo, el funcionario solicita su feriado y permisos para ausentarse de sus labores.

Uno de los derechos que tienen los funcionarios públicos y municipales, lo consti-

tuye el derecho a defensa que consiste en la franquicia que le asiste al funcionario público o municipal de ser defendido gratuitamente por el Servicio⁵ o Municipalidad a la que pertenece. Dicho derecho debe ser solicitado por escrito y la jefatura (o Ministro respectivo) o Alcalde decide su aplicación, en base a presupuestos de dicha prerrogativa.

Es necesario hacer notar que este derecho, se contemplaba en anteriores estatutos de funcionarios públicos⁶. El precepto que antecedió a las actuales prerrogativas (y del cual se considerarán dictámenes del ente Contralor en este trabajo) estaba contenido en el artículo 100, del D.F.L. N° 338, de 1960, y señalaba en su inciso primero: *"El empleado tiene derecho a exigir que se persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que, por escrito o de hecho, lo injurien, calumnien o lesionen, en cualquiera forma, con motivo del desempeño de sus funciones. La denuncia será hecha al Tribunal respectivo por el Jefe Superior del Servicio, a solicitud escrita del empleado, y cuando el afectado fuere el Jefe Superior, la denuncia se hará por el Ministro de Estado que corresponda"*.

La interpretación del artículo 100, del D.F.L. N° 338, de 1960, por la jurisprudencia administrativa, en dictamen N° 18.758 de

⁵ SILVA 1993, 189.

⁶ SERVICIO CIVIL 2018, 27. Referencia la normativa histórica que indica en los párrafos siguientes. En 1930 se dictó el D.F.L. N° 3.740 del Ministerio del Interior, que contenía lo que podría identificarse como el primer estatuto orgánico de los funcionarios civiles de la administración pública. En dicha normativa se preceptuaba: *"Todo empleado tendrá derecho a que, previa petición del Jefe Superior del servicio, los tribunales persigan de oficio la responsabilidad criminal de las personas, que de palabra, por escrito o de hecho lo injuriaren, calumniaren o lesionaren con motivo del desempeño de sus funciones"*.

En el año 1945, se aprobó la Ley N° 8.282 ya reconocida bajo el nombre de Estatuto Orgánico de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y en la misma se indicaba: *"A su vez el empleado tiene derecho a que los Tribunales de Justicia persigan de oficio la responsabilidad criminal de las personas que de palabra, por escrito o de hecho lo injuriaren, calumniaren o lesionaren con motivo del desempeño de sus funciones. La denuncia será hecha por el jefe del respectivo servicio a solicitud del empleado"*.

Posteriormente en el año 1953, se dictó el D.F.L. N° 256 del Ministerio de Hacienda que fijó un nuevo Estatuto Administrativo para los Empleados de la Administración Pública y daba cuenta que: *"A su vez, el empleado tiene derecho a que los Tribunales de Justicia persigan de oficio la responsabilidad criminal de las personas que, de palabra, por escrito o de hecho lo injuriaren, calumniaren o lo lesionaren, en cualquier forma, con motivo del desempeño de sus funciones. La denuncia será hecha por el jefe del respectivo servicio, a solicitud del empleado. Cuando el afectado sea el Jefe Superior, la denuncia se hará por el Ministro del ramo"*.

³ CELIS 2020, 11.

⁴ SILVA 1993, 162.

1966, daba cuenta que su incorporación al texto de la Ley Estatutaria responde al espíritu del legislador de velar por la respetabilidad de la función pública, instituyendo para ello un procedimiento especial de acción⁷.

Dicha consideración se mantiene vigente, y se estipula que el principio que fundamenta este derecho es la dignidad de la función pública, por ello corresponde a los jefes superiores de cada entidad pública calificar la procedencia de deducir las acciones judiciales pertinentes resguardando la *"dignidad de la función administrativa"*⁸.

En tal sentido, es necesario considerar lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley N° 18.575, LOCBGAE, que establece precisamente que las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública⁹.

Es pertinente dar cuenta que otros estatutos regulan esta prerrogativa, a modo ejemplar, en artículo 33 bis de la Ley N° 18.961, Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, artículo 32 quáter del Decreto Ley 2460, de 1979, Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile, artículo 210, del D.F.L. N° 1, de 1997, que Establece estatuto del personal de las Fuerzas Armadas, artículo 35 bis en la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

a) Funcionarios a quienes ampara el derecho a defensa

Como primer antecedente, es preciso señalar que este derecho solo ampara a los funcionarios públicos o municipales¹⁰ y no protege a los servidores que prestan sus servicios a la Administración sobre la base de convenios a honorarios, a menos que se haya contemplado en el respectivo contrato¹¹. Ello atendido su naturaleza estatutario, por lo que solo puede ser ejercido por aquellos funcionarios que tienen la calidad jurídica de planta o contrata¹².

Ahora bien, lo preceptuado para este derecho se considera desde la perspectiva de la *"función pública"*, así lo ha expresado la CGR al referir que esta prerrogativa también asiste a los Ministros de Estado ya que ocupan un cargo público y, por consiguiente, pasan a ejercer una *"función pública"* en calidad de *"autoridades de gobierno"*¹³, lo que implica que al desempeñar una labor de esa clase les resulta aplicable el referido derecho¹⁴.

Por ello, conforme lo indicado en primer párrafo de esta apartado, y la vinculación de este derecho con la función pública y la dignidad de la misma cabe preguntarse entonces ¿si es atendible que esta prerrogativa no proteja a los funcionarios a honorarios? Ello por cuanto el ente contralor ha extendido a este personal la observancia del principio de probidad¹⁵ y manifestado que, si bien no son funcionarios públicos, tienen el carácter de servidores estatales y realizan una función pública¹⁶.

Igualmente, corresponde dar cuenta del otorgamiento de la calidad de *"agente público"* a un servidor a honorarios. Al respecto, la CGR ha considerado que los agentes públicos son también funcionarios públicos, con el objeto de hacerles extensivo el régimen de responsabilidad administrativa¹⁷.

En consideración a lo señalado, y teniendo presente la perspectiva del desarrollo de la función pública de los empleados a honorarios, apoyada en que bajo ciertos presupuestos son considerados funcionarios públicos, y lo indicado por la CGR en el sentido que a los organismos corresponde *"otorgar la defensa que fuere necesaria para evitar que sea el funcionario quien sufra personalmente las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública"*¹⁸, se estima podría proteger al grupo descrito en el párrafo anterior, dado que solo hacerles extensivo el régimen de responsabilidad administrativa y no hacer aplicable este derecho sería contrario al principio de igualdad ante la ley.

⁷ PANTOJA 2000, 616.

⁸ Dictamen CGR N° 61.860 de 2009; Dictamen N° 88.493 de 2015.

⁹ HUIDOBRO 2018, 100. Este principio, en cuanto a la protección y salvaguarda de los funcionarios y servidores que se desempeñan en el cumplimiento de la función pública, en los órganos de la administración del Estado, constituye un pilar básico para el adecuado ejercicio de las relaciones funcionariales.

¹⁰ Dictamen CGR N° 62.923 de 2011.

¹¹ Dictamen CGR N° 34.343 de 2009.

¹² CELIS 2020, 346.

¹³ Acorde con lo sostenido, entre otros, por el Dictamen CGR N° 73.040 de 2009.

¹⁴ Dictamen CGR N° 21.400 de 2018.

¹⁵ VALDIVIA 2018, 117

¹⁶ Dictamen CGR N° 204.328 de 2022. Aplica criterio contenido en los Dictámenes CGR Nos 27.856, de 2016; 2.327, de 2017, entre otros; Dictamen CGR N° 42.992 de 2014. Aplica criterio contenido en los Dictámenes CGR Nos 16.360, de 2010 y 50.078, de 2013, entre otros.

¹⁷ VALDIVIA 2018, 117. Asimismo, en Dictamen CGR N° 41.226 de 2017. Aplica Dictámenes CGR N° s 14.138, de 2006 y 67.617, de 2010.

¹⁸ Dictamen CGR N° 46.080 de 2003.

Lo anterior, dado que dicha garantía debe corresponder para todos los funcionarios que se encontrarían en las mismas circunstancias, en principio sujetos a responsabilidad administrativa y solo podría ser excluido este derecho a defensa para aquellos que se encuentren en situaciones diferentes, como serían los demás funcionarios a honorarios¹⁹.

Por otro lado, la circunstancia de que el funcionario público se haya acogido a jubilación, no obsta a su derecho a requerir este derecho, si la denuncia en su contra se realizó en la época en que desempeñaba su cargo²⁰. Igualmente, no obsta a dicha prerrogativa la circunstancia de que el funcionario haya cesado en el cargo, toda vez que tal situación constituye un hecho sobreviniente que no puede afectar su derecho a defensa.

En consecuencia, y si la acción jurisdiccional ha sido interpuesta en contra de un ex-funcionario por sus actuaciones en calidad de servidor público, no obstante haber cesado en sus funciones, y no a título personal, corresponde que el Servicio de que se trate asuma su defensa. Ello por cuanto su derecho se devengó en el instante en que se cumplieron los requisitos correspondientes²¹.

b) Contenido del derecho a defensa

En cuanto a su contenido, es necesario considerar que esta prerrogativa funcionaria considera: i) un derecho a defensa propiamente tal; y ii) la persecución de responsabilidad civil y criminal, mediante interposición de las acciones pertinentes.

i) Derecho a defensa propiamente tal

Esta dimensión considera asumir la defensa del funcionario en contra del cual se han deducido acciones judiciales, ya sean penales, civiles o acusaciones derivadas de otro procedimiento.

Al efecto, la CGR ante la interposición de una *querrela criminal* cuyo fundamento se encuentra en las expresiones consignadas en un documento oficial de un organismo público, suscrito en el legítimo ejercicio de las facultades

que le otorga la ley, estima que efectivamente debe ser el propio servicio quien asuma la defensa de la autoridad que suscribe el acto, a través de sus abogados, en la querrela de que se trata²². Del mismo modo y ante una *querrela interpuesta en contra de un funcionario* con motivo de imputaciones realizadas por un sumario administrativo y conforme al ejercicio de su labor como fiscal instructor del procedimiento disciplinario instruido contra el querellante, se estima que la defensa en juicio y asumir los gastos asociados a ello, por el respectivo Servicio, se encuentran ajustadas a derecho²³.

También un servicio público se encuentra facultado para proporcionar asesoría y defensa legal a sus empleados afectados por una *querrela* interpuesta en juzgado del crimen por el fiscal de la Corte de Apelaciones, por presunta infracción al artículo 148 del Código Penal, en razón de haber decretado una orden de detención ilegal en contra de un abogado durante la tramitación de un antejuicio por fraude aduanero²⁴.

Asimismo, el ente contralor ha considerado que aplica este derecho para una jefatura que ha sido *demandada civilmente* por indemnización de perjuicios por un empleado de su dependencia, a consecuencia del ejercicio de las atribuciones propias, como son las tareas de precalificación y dado que la *demanda judicial* habría tenido su origen en actuaciones derivadas del acatamiento de las obligaciones que le impone la ley y del legítimo ejercicio de las facultades²⁵. Igualmente, el anotado derecho aplica para defensa de una acción judicial interpuesta (eventual transgresión a la Ley N° 20.609), por la no renovación de la contrata de un funcionario, que plantea que esto se debió a un acto de discriminación arbitrario en razón de su origen étnico o racial²⁶ y en una *acción judicial de indemnización de perjuicios* por 'acoso moral laboral'²⁷.

¹⁹ Lo anterior en razón de un criterio de razonabilidad del TC al expresar que "no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares". Con todo, "no se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo" (Sentencia TC Rol N° 7972 (2020), c.40°)

²⁰ Dictamen CGR N° 26.478 de 1965.

²¹ Dictamen CGR N° 58.663 de 2014.

²² Dictamen CGR N° 46.080 de 2003.

²³ Dictamen CGR N° 56.338 de 2016.

²⁴ Contraloría General de la República (2008), 352; Dictamen CGR N° 14.763 de 1998.

²⁵ Dictamen CGR N° 49.547 de 2004; Dictamen CGR N° 22.233 de 2006.

²⁶ Dictamen CGR N° 30.422 de 2016.

²⁷ Dictamen CGR N° 37.633 de 2015. Dictamen consigna criterio que la defensa jurídica en favor de funcionaria aludida resultará procedente una vez que se tome razón del sobreseimiento dispuesto en el proceso disciplinario que se instruyó en ese organismo a requerimiento de esta Entidad Fiscalizadora

En el mismo sentido, y ante la necesaria defensa jurídica que debe operar, la Contraloría también ha estimado que un Ministerio se encuentra facultado para otorgar a un Ministro de Estado el antedicho derecho, ante una *acusación constitucional* interpuesta su contra²⁸.

Así las cosas, corresponde de forma general que la institución ampare a los funcionarios frente a las imputaciones de que son objeto²⁹, en términos que sea necesario que el servidor público deba ejecutar acciones que importen su defensa en tribunales u otro organismo.

ii) *Persecución de responsabilidad civil y criminal*

Esta dimensión comprende interponer acciones judiciales que impliquen hacer efectiva la eventual responsabilidad criminal o civil de quienes atenten contra vida, integridad corporal del funcionario u honor del mismo.

En este sentido, cabe precisar en cuanto a querellas criminales, que el inciso tercero del artículo 111 del CPP señala que "*Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes*". Al efecto y sobre dicho precepto la CGR ha indicado que el mismo no es obstáculo para presentar acciones penales, toda vez que el artículo 52 de dicho código preceptúa que "*Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil*"³⁰. Por lo que estima que un organismo público al contar con personalidad jurídica propia y tener en su normativa particular la facultad de actuar en juicio-, puede interponer las acciones judiciales que estime pertinente su autoridad superior, para perseguir la responsabilidad penal o civil de aquellos que atenten contra la vida, integridad corporal o la honra de los funcionarios en el desempeño de sus tareas³¹.

Asimismo, la CGR ha expresado que, por delitos de injurias y calumnias, la acción penal puede ser iniciada por el propio funcionario

(su propia cuenta) y posteriormente el servicio público puede asumir su defensa (representación)³².

En línea con lo anterior, cabe también iniciar acciones civiles para perseguir dicha responsabilidad, por ejemplo para delitos de lesiones, las que pueden ser deducidas al adherir a la acusación fiscal o acusar particularmente en un procedimiento penal, en el que se hubiese interpuesto querella³³; o presentar recursos de protección contra actuaciones u arbitrarias o ilegales realizadas por particulares, verbigracia, dichos o publicaciones ofensivas en redes sociales, que no constituyan injurias o calumnias.

Así las cosas, el contenido del derecho a defensa, que se traduce en las dos dimensiones descritas, guarda directa relación con garantías constitucionales que le sirven de base y deberían ser el fundamento para su otorgamiento, ya sea el derecho a defensa jurídica, al ser considerado como una de las garantías específicas del debido proceso (al contar con asistencia técnica especializada) y el derecho a la tutela judicial y la garantía específica del derecho a la acción.

c) Alcance del derecho a defensa

En lo relativo a su alcance, es necesario precisar que una vez que la autoridad del respectivo Servicio ha calificado la procedencia del respectivo derecho, y accede a otorgar el mismo, debe ejecutar u ordenar llevar a cabo las acciones o defensa correspondiente. Dicho alcance puede ser considerado desde tres aspectos: i) las acciones que debe comprender; ii) gastos o desembolsos a considerar y iii) su naturaleza judicial o jurídica.

i) *Acciones que debe comprender*

Los preceptos en estudio imponen a la autoridad la obligación de asumir la defensa del afectado, lo que importa ejercer todas las acciones jurisdiccionales tendientes a hacer efectiva la eventual responsabilidad criminal de los involucrados, por lo que el deber antes señalado no se satisface con la sola denuncia a la autoridad competente. Sobre la base de lo anterior, se deben "*realizar las acciones que resulten actualmente útiles para la consecución del fin perseguido por dicho derecho*" y que satisfagan los requerimientos del afectado³⁴.

²⁸ Dictamen CGR N° 21.400 de 2018.

²⁹ Dictamen CGR N° 38.285 de 2010.

³⁰ Dictamen CGR N° 88.493 de 2015.

³¹ A contrario sensu, se considera que, para un organismo centralizado, solo correspondería deducir la correspondiente denuncia y en caso de estimarse plausible deducir una querella criminal o demanda civil o generar acciones de defensa, se debería recurrir al Consejo de Defensa del Estado.

³² Dictamen CGR N° 61.860 de 2009.

³³ Artículo 261 letra d) Código Procesal Penal.

³⁴ Dictamen CGR N° 39.741 de 2011.

Ello por cuanto el inciso segundo del artículo 90 del Estatuto Administrativo, sólo determinar la autoridad que debe efectuarla, sin que ello importe que su presentación sea la forma de perseguir la responsabilidad criminal en los términos prescritos en el inciso primero de dicho precepto³⁵. Lo anteriormente indicado, se hará extensible para la presentación de una denuncia o querrela penal, de una demanda que persiga la responsabilidad civil u otra acción judicial que satisfaga el contenido del derecho en comento.

Considerando que la autoridad decida presentar acciones penales, como denuncia o querrela, debe hacer uso de los derechos que el CPP otorgan a la víctima o querellante, a modo ejemplar: solicitar medidas de protección³⁶; impugnar resoluciones judiciales mediante los recursos procesales dispuestos al efecto³⁷; para el caso de que acción penal deducida fuere una denuncia, analizar la procedencia de interponer una querrela³⁸; procedente que resulte interponer una querrela se deben solicitar diligencias al Ministerio Público³⁹; adherir a la acusación fiscal o acusar particularmente⁴⁰; comparecencia a la audiencia de juicio oral⁴¹, entre otros.

A diferencia del proceso penal, en materia civil, una gestión tendrá utilidad en la medida que signifique un impulso necesario para que avance la tramitación de los autos hasta la dictación de la sentencia⁴², como también la que se realiza para el provecho que signifique para el proceso, en términos de aportar elementos para darle curso progresivo, sin que sea necesario o indispensable que, con ello, se de paso a una nueva etapa procesal⁴³.

Ahora bien, organismos como la CORFO, han justificado ante el ente contralor que la evaluación y realización de todas las acciones judiciales para obtener copias fidedignas de grabaciones que dieran cuenta de los dichos potencialmente injuriosos o calumniosos, vertidos en medios de difusión radial y que

podrían afectar a un Director Regional en el ejercicio de sus funciones, corresponde a una gestión del artículo 90 de la Ley N° 18.834. La CGR entendió que es dable consignar que el Director Regional realizara las gestiones necesarias con respecto al artículo 17 de la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, y que se facultó a un abogado de dicha repartición para la gestiones pertinentes y al no haber sido posible obtener copias de las grabaciones por la vía administrativa, se pidieron por intermedio de los Tribunales de Justicia⁴⁴.

Así las cosas, la obligación debe considerar acciones preparatorias, presentación de acciones o defensa y *toda gestión útil o necesaria para satisfacer la solicitud del funcionario*. Ello no obstante, pareciera, a la luz de los dictámenes, no asegurar un resultado favorable a la pretensión del funcionario, sino más bien realizar una adecuada defensa técnica.

ii) *Gastos o desembolsos a considerar*

Como ha sido señalado, el otorgar la defensa tiene como finalidad *evitar que sea el funcionario quien sufra personalmente las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública*⁴⁵.

Así, es pertinente considerar que la respectiva defensa debe ser prestada por abogados habilitados. Así, el mandato puede ser otorgado a los abogados con que cuente la respectiva institución⁴⁶; jefaturas o directores jurídicos⁴⁷, o proceder al pago de los servicios de defensa judicial prestados por un estudio jurídico ajeno al organismo, mediante modalidad de trato directo⁴⁸.

En este último caso procede la modalidad de contratación de trato directo y se debe considerar que el monto del pago acordado por la prestación de servicios de defensa ju-

³⁵ Dictamen CGR N° 42.855 de 2011.

³⁶ Artículo 109 letra a) Código Procesal Penal.

³⁷ Entre otros, los recursos previstos en los artículos 109 letra f); 117; 120 inciso final; 362 y siguientes; 364 y siguientes, 372 y siguientes, todos del Código Procesal Penal.

³⁸ Artículo 109 letra b) Código Procesal Penal.

³⁹ Artículo 113 letra e) Código Procesal Penal.

⁴⁰ Artículo 261 letra a) Código Procesal Penal.

⁴¹ Artículo 288 letra a) Código Procesal Penal.

⁴² *Morales Castillo con Fisco de Chile* (2016), c. 5°.

⁴³ *Álvarez con Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero* (2019), c. 5°.

⁴⁴ Dictamen CGR N° 13.063 de 2020.

⁴⁵ Dictamen CGR N° 46.080 de 2003; Dictamen CGR N° 49.547 de 2004; Dictamen CGR N° 22.233 de 2006.

⁴⁶ Dictamen CGR N° 46.080 de 2003.

⁴⁷ Dictamen CGR N° 49.102 de 2003.

⁴⁸ Dictamen CGR N° 88.575 de 2014; Dictamen CGR N° 59.690 de 2014; Dictamen CGR N° 37.633 de 2015. Sobre el amparo de la procedencia del trato directo para la adquisición de esos servicios profesionales, cabe indicar que de acuerdo a la letra m) del número 7 del artículo 10 del reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, contenido en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, dicha modalidad de contratación es procedente cuando se trata de servicios especializados inferiores a 1.000 UTM, de conformidad al artículo 107 del mismo.

rídica debe ser proporcional a la naturaleza y complejidad del asunto de que se trate⁴⁹.

Cabe considerar, que los desembolsos específicos en que se incurra con motivo de la mencionada defensa, deben ser asumidos por el propio servicio con cargo a su presupuesto⁵⁰ y en cuanto los costos que involucra este derecho, es pertinente indicar que, tal cual planteó a la CGR un municipio acerca de si podría denegar la defensa en base a falta de recursos *“ello no puede constituir un impedimento para otorgar o financiar la asesoría jurídica que se reclama, atendidos los mecanismos o herramientas jurídicas que contempla la ley para que el municipio se procure los recursos pertinentes, como son: modificar presupuesto y celebrar los convenios que sean procedentes con ese objeto”*.⁵¹

Asimismo, corresponde justificar la ausencia al trabajo del funcionario que debe acudir a las citaciones en que es requerido en calidad de imputado y autorizará los viáticos y reembolsos que así correspondan⁵².

Considerando a su turno, el contenido del derecho, y en caso que no se obtuvieran favorables resultados para la pretensiones o defensa de los funcionarios se debería considerar el pago de eventuales costas procesales o personales de los procesos.

iii) Naturaleza judicial o jurídica

Autores como Silva Cimma⁵³, Celis Danzinger⁵⁴ y Silva Horta⁵⁵ tratan la prerrogativa en análisis como el derecho a “defensa judicial” de los funcionarios públicos. Dicho tratamiento y denominación también es utilizado por el ente contralor en diversos dictámenes⁵⁶. Luego, es preciso señalar que también se utiliza la designación de derecho a “defensa jurídica” por la CGR⁵⁷.

Si bien lo anterior parece dar cuenta de dos denominaciones que no implican mayores consideraciones, es pertinente hacer notar que

tal como se señaló, el asumir la defensa importa ejercer todas las acciones jurisdiccionales tendientes a hacer efectiva la eventual responsabilidad criminal de terceros⁵⁸ o realizar la defensa del funcionario en contra del cual se han deducido acciones judiciales civiles o penales. Ello importa entonces que estamos frente a una “defensa en el contexto judicial” y que no consideraría el amparo en el ámbito administrativo.

La calificación de “defensa jurídica”, supone situaciones que abarcan en la consideración del ente contralor, consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública y por ello corresponde se otorgue en el marco de una acusación constitucional⁵⁹. La defensa jurídica es más amplia que la defensa judicial, ya que ella se actualiza no solo ante el poder judicial, sino frente a cualquier órgano que ejerza jurisdicción y también de cara a autoridades públicas carentes de dicha potestad⁶⁰.

Este derecho a defensa, por tanto, se corresponde con el amparo que se otorga para que los funcionarios tengan la debida asistencia o intervención de un abogado, independiente si es en el ámbito judicial, administrativo o juicio políticos.

2. Requisitos para que opere el derecho a defensa

Para que se genere la obligación del respectivo Servicio o Municipalidad de proporcionar la defensa es necesario que concurren, conforme lo dispone la normativa y los diversos pronunciamientos de la CGR, los siguientes requisitos⁶¹, que pasarán a ser analizados:

a) Funcionario víctima de un atentado contra su vida o su integridad corporal, injuria o calumnia.

b) Que los hechos que afectaron al funcionario ocurrieran con motivo del desempeño de sus funciones.

c) Que el funcionario no haya infringido sus obligaciones.

d) Solicitud por escrito.

e) Que el derecho no se encuentre prescrito.

⁴⁹ Dictamen CGR N° 21.400 de 2018.

⁵⁰ Dictamen CGR N° 49.547 de 2004; Dictamen CGR N° 67.868 de 2010.

⁵¹ Dictamen CGR N° 22.233 de 2006.

⁵² Dictamen CGR N° 38.285 de 2010.

⁵³ SILVA 1993, 161.

⁵⁴ CELIS 2020, 346.

⁵⁵ SILVA de 2022.

⁵⁶ Solo a modo ejemplar: Dictámenes CGR N° 6.015 de 2000; N° 39.741 de 2011; N° 42.855 de 2011; N° 65.924 de 2012; 74843 de 2012; N° 88575 de 2014.

⁵⁷ Solo a modo ejemplar: Dictámenes CGR N° 30.422 de 2016; N° 21.400 de 2018; N° 1.159 de 2019.

⁵⁸ Dictamen CGR N° 316629 de 2023 hace referencia a Dictámenes CGR N° 39.741 y 42.855, ambos de 2011, y 88.493, de 2015

⁵⁹ Dictamen CGR N° 21.400 de 2018.

⁶⁰ CEA 2012, 157.

⁶¹ SILVA 2022.

- a) Funcionario víctima de un atentado contra su vida o su integridad corporal, injuria o calumnia

Es necesario indicar que, en principio, solo se concibe esta prerrogativa por la afectación de ciertos bienes jurídicos, que han sido de forma expresa señalados por el artículo en comento, esto es la vida o integridad corporal del funcionario o su honor.

Así y en dictámenes de antigua data, el ente contralor, señalaba que la denuncia ante la justicia ordinaria, es por incurrir en hechos constitutivos de uno de los delitos⁶² o ataques previstos⁶³, que refería el artículo 100 del D.F.L. 338, de 1960.

Como primera aproximación, podemos indicar que el CP contempla en el párrafo 1° ter y 3° del Título VIII del Libro II, delitos contra la vida: homicidio simple y calificado, artículo 391, y lesiones corporales que afectan la integridad corporal o física, como las mutilaciones y las lesiones (propriadamente tales conforme a su graduación), artículos 395 y siguientes. En cuanto a los delitos de injurias y calumnias (que afectan el honor), se encuentran previstos en los Párrafos 6° y 7° del mismo título y libro del CP, artículos 412 a 420.

De los delitos que afectan el honor, la injuria, se define en el artículo 416 del CP, como: *"toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona"* y la calumnia en el artículo 412 del CP: *"la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio"*.

En relación con el delito de injuria el legislador alude a dos formas: expresión y acción, la primera se refiere a la palabra hablada y la segunda a cualquier sistema de manifestar una opinión (que no sea la palabra hablada), quedan comprendidas en la voz acción formas de expresión como la palabra escrita, caricaturas, movimientos o alusiones⁶⁴. Por su parte, la calumnia requiriere una imputación, que consiste en la atribución subjetiva de una conducta disvalorada penalmente, la cual puede registrarse, a través de cualquier conjunto lingüístico más o menos formalizado, palabras escritas, habladas, caricaturas, y de cualquier sistema de comunicación. Pero debe ser determinada y precisa (categórica), sin empleo de adjetivos o adverbios que atribuyan al

hecho o participación un carácter potencial, eventual o meramente posible⁶⁵.

Así las cosas, no hay duda el derecho a defensa opera frente a las agresiones físicas de que es objeto el funcionario en cumplimiento de un cometido funcionario⁶⁶; agresiones, maltratos (y amenazas de muerte) en contexto de una visita inspectiva a un local comercial en su calidad de fiscalizador⁶⁷; e injurias y calumnias.

Luego, y en concordancia con lo indicado, el ente contralor ha señalado que resulta improcedente que la institución respectiva persiga la responsabilidad de terceros por actos que no consistan en atentados en contra de la vida o la integridad corporal de sus funcionarios, o en injurias o calumnias respecto de ellos, sufridos con ocasión del desempeño de sus labores y no puede extenderse a la representación de intereses de otra índole⁶⁸ o que no deriven directamente de las circunstancias específicas que ha establecido el precepto legal sobre la materia, ni ejercerse sin sujeción a las condiciones que la jurisprudencia administrativa ha indicado⁶⁹.

A modo ejemplar, la CGR considera que es distinta la situación del delito de denuncia calumniosa, tipificado en el artículo 211 del CP⁷⁰, que se corresponde con crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio. Esta figura tiene por objeto proteger la correcta administración de justicia, diferenciándose de los tipos penales de injurias y calumnias, cuyo bien jurídico protegido es el honor de las personas⁷¹. O ha señalado que el antecedente de injurias o calumnias que sufra un alcalde, no concurren en un juicio que, cinco conceja-

⁶⁵ MATUS 2021, 390.

⁶⁶ Dictamen CGR N° 88.493 de 2015.

⁶⁷ Dictamen CGR N° 39.741 de 2011.

⁶⁸ Dictamen CGR N° 18.944 de 2012 la mencionada garantía no puede extenderse a la representación de intereses de una índole diversa a la señalada -esto es, la defensa del derecho a la vida, la integridad corporal o el honor de los funcionarios- o que no deriven directamente de las circunstancias específicas que ha establecido el precepto legal sobre la materia, ni ejercerse sin sujeción a las condiciones que la jurisprudencia administrativa ha indicado, en el caso analizado en un proceso criminal sobre delito de carácter informático.

⁶⁹ PANTOJA 2012, 712; Dictamen CGR N° 49.785 de 2009.

⁷⁰ Ubicado dentro del Párrafo 7°, del Título IV, del Libro II del Código Penal.

⁷¹ Dictamen CGR N° 49.785 de 2009; Dictamen CGR N° 2.463 de 2013.

⁶² OJEDA 1983, 180; Dictamen CGR N° 67.364 de 1975.

⁶³ Dictamen CGR N° 57.259 de 1977.

⁶⁴ GARRIDO 2010, 200.

les iniciaran en su contra, ante el Tribunal Electoral Regional⁷².

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que el órgano contralor ha referido que si bien este derecho tiene como propósito proteger a los empleados públicos que como consecuencia del ejercicio de sus funciones, *ven afectadas su integridad física, su vida, o su honra al ser objeto de injurias o calumnias*, se ha precisado⁷³ que *"aun cuando la situación que afecte al servidor no sea precisamente de aquéllas que establece el citado artículo 90 del Estatuto Administrativo, corresponde al servicio al que pertenece otorgarle la defensa que se requiera, para evitar de esa manera que sufra personalmente las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública"*⁷⁴, siempre que su actuación se haya enmarcado dentro de sus atribuciones, ejerciendo de esta forma las funciones propias del cargo público que sirve.

Conforme a lo señalado, es factible hacer extensivo este derecho y por tanto otorgar defensa a un funcionario contra quien no se atente a los bienes jurídicos señalados. Consideremos el caso de una demanda de indemnización de perjuicios deducida en contra de una directora de obras que en el ejercicio de sus funciones, habría ejecutado diversos actos que implicaron la obstaculización del otorgamiento del permiso de edificación de la construcción, los que habrían causado perjuicio a una fundación⁷⁵ o conductas que podrían constituir ciertos delitos como, por ejemplo, violaciones o abusos sexuales⁷⁶.

Ahora bien, y dado que los dictámenes del órgano de control, en las materias de su competencia, son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, es necesario sobre este primer presupuesto considerar y preguntarse ¿si los tribunales de justicia pueden estimar que la representación de los funcionarios no puede sustentarse en el derecho en comento? A modo ejemplar, podría un tribunal estimar que la representación excede los bienes jurídicos que las normas indican, esto es *vida o su integridad corporal y honra u honor, pero la autoridad administrativa funda su decisión en los dictámenes recién*

anotados y aun cuando la situación no sea precisamente de aquélla indicadas se otorga de acuerdo a su finalidad.

Se considera que debe la autoridad administrativa fundamentar su decisión y hacerla presente al respectivo tribunal, con el objeto de evitar la indefensión del funcionario. Ello debe indicarse al momento de asumir su presentación o interponiendo los recursos respectivos ante la negativa de considerar el ejercicio y su otorgamiento.

b) Que los hechos que afectaron al funcionario ocurrieran con motivo del desempeño de sus funciones

Este requisito guarda relación con que la defensa se otorga para hechos que ocurren con motivo del desempeño de funciones propias del cargo o función pública, y no para situaciones de *"carácter particular"* de los funcionarios⁷⁷ o *"defensa personal"* de los alcaldes⁷⁸.

Este derecho ampara toda actuación de un servidor público, cuando ella se ha realizado dentro de su competencia y de las facultades de que la ley lo ha investido y representan un acto propio del servicio al que pertenece⁷⁹ y corresponde el amparo frente a las imputaciones de que son objeto, cuando se originan en actuaciones realizadas en el ejercicio de las atribuciones que de acuerdo con el ordenamiento jurídico corresponden al cargo o empleo que sirven⁸⁰.

Por lo anterior, este derecho ampara frente al cumplimiento por parte del funcionario de su obligación permanente de porte del arma y munición de servicio y el debido resguardo de ambos, al tratarse de un hecho vinculado al ejercicio de su labor policial⁸¹, pero no aplica, a modo ejemplar, en los casos en que un funcionario es demandado judicialmente por un particular para reclamar el pago

⁷² Dictamen CGR N° 62.923 de 2011.

⁷³ Dictamen CGR N° 12.756 de 2000, cita el dictamen CGR N° 787 de 1999, aplicando una reiterada jurisprudencia administrativa –dictámenes CGR N°s 4.431 de 1994 y 17.678 de 1995–, no resulta procedente la contratación de abogados para asumir la defensa personal de los alcaldes que hayan incurrido en eventuales irregularidades detectadas por la CGR, los Tribunales de Justicia y otros entes dotados de competencia para hacer efectiva las responsabilidades de aquéllos y denunciadas por concejales de la misma comuna, que han actuado en el ámbito de las facultades que les confiere la ley.

⁷⁴ Dictamen CGR N° 46.080 de 2003.

⁷⁵ Dictamen CGR N° 38.285 de 2010, referencia dictámenes N°s 57.259, de 1977; 7.964, de 1992; 37.076, de 1996; 46.926, de 1999 y 22.233 de 2006.

⁷⁶ Dictamen CGR N° 1.159 de 2019.

⁷² Dictamen CGR N° 12.756 de 2000.

⁷³ En los dictámenes N°s 46.080, de 2003, 49.547, de 2004 y 22.233, de 2006.

⁷⁴ Dictamen CGR N° 34.343 de 2009; Dictamen CGR N° 49.547 de 2004; Dictamen CGR N° 58.663 de 2014.

⁷⁵ Dictamen CGR N° 58.663 de 2014.

⁷⁶ Dictamen CGR N° 31.6.629 de 2023.

de perjuicios por un accidente del tránsito⁸², en casos en que se pide asumir ante un colegio profesional dicha defensa⁸³ o si presuntas injurias son alusivas a supuestas deudas con una entidad bancaria privada⁸⁴.

En relación con este requisito, se debe considerar que este derecho resguarda a funcionarios que se encuentran desarrollando labores propias de su cargo, ya sea en su lugar habitual de trabajo o en cumplimiento de un cometido funcionario, como por ejemplo: el traslado de un funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) a una comuna para corroborar el estado de la masa ganadera bovina y fauna silvestre de dicho sector, ocasión en la que fue agredido⁸⁵ o con ocasión de la realización de una visita inspectiva a un local comercial en su calidad de fiscalizador⁸⁶.

Corresponde tener presente que, el cometido funcionario se regula en el artículo 78, del Estatuto Administrativo⁸⁷, y artículo 75 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y al efecto la CGR, ha precisado en diversos los dictámenes⁸⁸ que dicha medida significa para los empleados públicos el cumplimiento transitorio, dentro o fuera del lugar de su desempeño habitual, de labores propias del cargo que sirven, pudiendo consistir en el ejercicio de todas las funciones correspondientes a éste o de ciertas tareas específicas, inherentes al empleo de planta o contrata que ocupan⁸⁹.

Cobran relevancia en este ámbito, los funcionarios que desarrollan labores en instituciones fiscalizadoras, ya que la regla general es que los servidores públicos deben realizar sus tareas en las dependencias del organismo, sin perjuicio de los casos en que aquellas tienen que efectuarse, por su naturaleza en otros

lugares, como acontece con las actividades de fiscalización externa⁹⁰⁻⁹¹.

Ahora bien, y en cuanto a la institución de "comisión de servicio" prevista en el artículo 75, del Estatuto Administrativo, artículo 72 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y el artículo 46 de la LOCBGAE, que involucra el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto. En efecto, la comisión de servicio implica el ejercicio de ciertas funciones ajenas al empleo para las cuales el trabajador posee conocimientos que lo habilitan para llevarlas a cabo en forma adecuada, y debe cumplir para su validez, con los requisitos de temporalidad y delimitación de las tareas que deba realizar⁹².

Por lo anterior, es necesario precisar que la comisión de servicio no alteraría el requisito en análisis, toda vez que seguirá concurriendo el presupuesto de desempeño de sus funciones, para las cuales están designados los funcionarios.

c) Que el funcionario no haya infringido sus obligaciones

El derecho a defensa "no ampara a aquellos servidores que han infringido sus obligaciones funcionarias ya que en ese caso, son ellos los que deben responder frente a la administración"⁹³. La prerrogativa se basa fundamentalmente en el hecho de que el funcionario actúa en el marco de las atribuciones que la ley le asigna en el ejercicio de una función pública y su accionar se encuentra amparado por los principios de juridicidad y probidad administrativa, todo acto realizado por éste, legítimamente, vale decir, dentro de su competencia y con estricto apego al ordenamiento jurídico, representa una actuación propia del Estado y, por ende, amerita dicha protección⁹⁴.

⁸² PANTOJA 2000, 617; Dictamen CGR N° 6.523 de 1968.

⁸³ OJEDA 1983, 180; Dictamen CGR N° 57.259 de 1977. Por cuanto no es el empleado el que aparece como ofendido, sino que solamente se podrían ver amagados sus intereses como profesional, de acuerdo a normas propias de su colegiatura.

⁸⁴ Dictamen CGR N° 24.338 de 2010.

⁸⁵ Dictamen CGR N° 88.493 de 2015.

⁸⁶ Dictamen CGR N° 39.741 de 2011.

⁸⁷ Que indica: "los funcionarios públicos pueden cumplir cometidos funcionarios que los obliguen a desplazarse dentro o fuera de su lugar de desempeño habitual para realizar labores específicas inherentes al cargo que sirven. En mismos términos de regula el cometido en artículo 75 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

⁸⁸ Dictámenes CGR N°s 4.126, de 1990; 5.376, de 1995; 34.086, de 2004 y 43.947, de 2007, entre otros.

⁸⁹ Dictamen CGR N° 88.281 de 2015.

⁹⁰ Dictamen GGR N° 678 (2018).

⁹¹ Juan Toro Rivera c/ Francisco Peña Lefiman (2006), c. 6° y 7°: "Dentro de esta lógica no hay duda que un funcionario integrante de la administración del Estado en el ejercicio de sus funciones tiene la calidad de agente público, imputándose su actuación a la del órgano del cual forma parte, a tal punto de entenderse ésta como expresión de la voluntad del mismo. Adicionalmente debe considerarse que únicamente a través de esta interpretación se da cumplimiento a la protección del llamado principio de autoridad que representa el agente cuando se halla ejerciendo su trabajo y que se busca amparar a través de la figura del artículo 261 del Código Penal".

⁹² Dictamen CGR N° 65.184 de 2015, aplica criterio contenido en los dictámenes CGR N°s 29.535, de 1993; 44.390, de 1999; 9.356, de 2004 y 31.746, de 2014.

⁹³ Dictamen CGR N° 47.283 de 2007.

⁹⁴ Dictamen CGR N° 34.343 de 2009.

En línea con la redacción de este derecho, en el artículo 100 del D.F.L. 338 de 1960, el ente contralor se pronunciaba expresando que este derecho descansa sobre el supuesto de que un empleado público a raíz del ejercicio de sus funciones, es víctima de un atentado contra su honor u otro bien jurídico relevante, con significación penal o civil, pero dicha disposición no ampara al funcionario cuando ha sido él quien ha incurrido en un hecho, que al menos presuntamente, puede envolver la infracción de sus deberes funcionario⁹⁵ y con ello compromete eventualmente su responsabilidad penal o civil también frente a la administración, porque en esta situación obviamente el servicio al cual está vinculado, mal podría bregar por su defensa⁹⁶.

A contrario sensu, esto es, cuando la defensa pretende amparar a hechos que se le puedan imputar y que no guarden relación con el desarrollo de funciones públicas o el acatamiento de los deberes que le impone su cargo, la CGR dictamina que esto escapa del resguardo que otorga tanto el apuntado artículo 90 del Estatuto Administrativo, como eventuales normas orgánicas de un servicio⁹⁷, por lo que en caso de haberse otorgado al funcionario una defensa ajena sus funciones, corresponde que la institución cese en dicho apoyo⁹⁸.

Tampoco es atendible la asesoría jurídica en procedimientos sumariales desarrollados en contra de funcionarios públicos⁹⁹ o en situaciones que eventualmente podrían afectar su responsabilidad¹⁰⁰. En antaño el ente contralor refería que si el autor de la agresión, injuria o calumnia es funcionario público, se hace pasivo, además a que se persiga su responsabilidad administrativa por la vía sumarial¹⁰¹, y este derecho no favorece a los funcionarios que son sancionados administrativamente por actuaciones denunciadas por particulares¹⁰².

Este requisito hasta el año 2016, estaba acompañado de un eventual proceso disciplinario. Hasta esa data, la CGR dictaminaba que tal derecho sólo operaba una vez finalizada la investigación pertinente y según sus

resultados, puesto que, de lo contrario, la autoridad administrativa parecería amparando infracciones cometidas por sus empleados y en cierta medida involucrándose en ellas. En tal sentido, la jurisprudencia de la entidad contralora, contenida en diversos dictámenes, concluía que la posibilidad de que opere el derecho estatutario a defensa sólo cabría una vez finalizada la investigación pertinente¹⁰³ que descartara, al menos presuntivamente que, el empleado ha transgredido tales obligaciones.

En abril de 2016, en Dictamen N° 30.422, el ente contralor reconsidera toda jurisprudencia sobre la materia que exige efectuar siempre y de manera preliminar, una investigación que descarte, al menos presuntivamente, que el empleado haya actuado fuera de sus facultades o mediante el ejercicio irregular de ellas.

Razona dicho dictamen: *"Así, y con el objeto que el servicio entregue una oportuna y eficaz defensa de sus funcionarios, no corresponde que se realice una 'investigación previa' a fin de determinar la procedencia del otorgamiento del derecho de defensa judicial, cuando la autoridad cuente con antecedentes que le permitan fundadamente considerar que el servidor actuó dentro de su esfera de potestades y en el correcto ejercicio de ellas.*

En caso contrario, es decir, cuando los antecedentes con que cuente no le permitan formarse tal convicción, se deberá dar inicio a una investigación a fin de descartar que, al menos presuntivamente, el empleado haya actuado al margen de sus facultades o con un ejercicio irregular o abusivo de ellas".

Dicha reconsideración, se estima que se corresponde con el principio de oportunidad y eficiencia con que debe operar este derecho y la decisión de la autoridad, en resguardo de la función pública. Consideremos, a modo ejemplar, que las actuaciones judiciales tienen plazos que son fatales, y una decisión de otorgamiento del mencionado derecho fuera de los mismos, debería ser considerado un incumplimiento de las obligaciones de la autoridad respectiva.

Lo anterior por cuanto, si el funcionario actuó dentro de su esfera de potestades y en el correcto ejercicio de ellas, no se debe retardar la respectiva decisión y ejercicio de

⁹⁵ Dictamen CGR N° 57.259 de 1977. Este dictamen aplica al N° 29.609 de 1982.

⁹⁶ Dictamen CGR N° 35.243 de 1982.

⁹⁷ Dictamen CGR N° 1.159 de 2019.

⁹⁸ Dictamen Código Procesal Penal N° 1.159 de 2019.

⁹⁹ Dictamen CGR N° 44.997 de 2012.

¹⁰⁰ Dictamen CGR N° 80.317 de 2013.

¹⁰¹ PANTOJA 2000, 617; Dictamen CGR N° 11.834 de 1966.

¹⁰² Contraloría General de la República (2008), 351; Dictamen CGR N° 30.898 de 1969.

¹⁰³ Dictamen CGR N° 37.076 de 1996; Dictamen CGR N° 46.926 de 1999; Dictamen CGR N° 6.015 de 2000; Dictamen CGR N° 47.283 de 2007; Dictamen CGR N° 67.868 de 2010; Dictamen CGR N° 74.843 de 2012; Dictamen CGR N° 59.690 de 2014; Dictamen CGR N° 37633 (2015)

acciones o defensa que correspondan, toda vez que ello sería contrario al principio de la eficacia y eficiencia administrativa que se consagra en diversas disposiciones de la LOCB-GAE, tales como: artículo 3 inciso 2º, artículo 5 inciso 1º y el artículo 11 de que relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa. Asimismo, la ineficiencia administrativa relacionada con una tardanza vulnera el principio de celeridad, consagrado en el artículo 7º de la Ley N° 19.880¹⁰⁴.

d) Solicitud por escrito

Uno de los presupuestos que establece la norma en comento es que debe mediar solicitud escrita del funcionario, y para el caso de funcionarios municipalidades, se señala incluso se requerirá "siempre" una solicitud escrita del afectado. Por ello, no asiste el derecho a defensa a un funcionario si no ha solicitado se inicien las acciones judiciales¹⁰⁵.

Al efecto, de las dos normas parecieran generarse una diferencia. La exigencia de solicitud escrita parece corresponder al funcionario municipal y no el alcalde. Al efecto el ente contralor sobre el precepto, ha referido: "denuncia que hará el alcalde ante los tribunales, tanto si el afectado es él, como si lo fuere cualquier funcionario, en cuyo caso se requerirá solicitud escrita del interesado"¹⁰⁶.

Luego, y tal como analizará en el apartado de decisión de la autoridad correspondiente, tendría que constar en un acto administrativo con fundamentos pertinentes, pero corresponde indicar que para el caso que sea un alcalde el afectado, no podría ser dicha autoridad quien suscriba el decreto para sí mismo, aceptando la procedencia de tal derecho.

Lo anterior, así se ha prevenido por la CGR, al indicar que respecto de un decreto de la Municipalidad de La Serena, éste debió ser dispuesto por el subrogante legal de la Alcaldesa y no por ésta directamente, puesto que con arreglo a lo preceptuado en el artículo 82, letra b), de la Ley N° 18.883, constituye una prohibición funcionaria intervenir, en razón de las correspondientes funciones, en asuntos en que tenga el funcionario un interés personal y a mayor abundamiento, consta de los antecedentes tenidos a la vista, que la Alcaldesa suscribió también el respectivo contrato de

prestación de servicios de que se trata, interviniendo directa y personalmente en un asunto de su interés¹⁰⁷.

Considerada la exigencia de la solicitud por escrito, surge la pregunta por una posible imposibilidad del funcionario para presentarla, a manera ejemplar, frente a un atentado grave contra su integridad. Conforme se ha explicado, y al constituir un derecho se estima que podría la autoridad pertinente ponderar dicho impedimento y decidir sobre el ejercicio de esta prerrogativa o considerar la calidad de víctima del servidor público, como ofendido por un delito, conforme lo preceptúa el artículo 108 del CPP: "En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima: a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante".

e) Que el derecho no se encuentre prescrito

El artículo 161 del Estatuto Administrativo, señala: "Los derechos de los funcionarios consagrados por este Estatuto prescribirán en el plazo de dos años contado desde la fecha en que se hubieren hecho exigibles". Misma norma se establece en el artículo 157 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Acorde a lo anterior, el derecho a defensa prescribe en dicho plazo. Con todo, es necesario considerar que el plazo de dos años se correspondería con el plazo que tiene el funcionario para solicitar que la autoridad se pronuncie de su solicitud.

Es dable expresar que el término de dos años antes señalado, se interrumpe según las normas de los artículos 2.523 y 2.524 del CC y el ente contralor ha señalado¹⁰⁸ que el requerimiento tendiente a interrumpir la prescripción por vía administrativa, se ejerce mediante una solicitud a la autoridad (que debe reconocer el beneficio), invocando el respectivo derecho, impidiendo así que corra un nuevo plazo mientras se comunique al afectado el resultado de su petición o el reclamo formal del

¹⁰⁴ Sistema de Transmisión del Sur S.A. con S.E.C. (2009), c. 2º y 3º.

¹⁰⁵ Dictamen CGR N° 3.653 de 1978.

¹⁰⁶ Dictamen CGR N° 6.015 de 2000.

¹⁰⁷ Dictamen CGR N° 6.015 de 2000.

¹⁰⁸ Entre otros en los dictámenes 1.280 de 1992, 14.148 de 1994, 34.596 de 1999 y 23.040 de 2000. Para tal efecto, no se requiere reclamo alguno ante los tribunales de justicia, pudiendo esta Contraloría General declarar la interrupción por sí sola, sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo. Dictamen CGR N° 43.336 de 2000.

interesado ante la entidad edilicia pertinente o a la Contraloría General¹⁰⁹.

Sobre el ejercicio de este derecho, es necesario dar cuenta que deben ser considerados los plazos de prescripción de la acción penal de posibles delitos que puedan configurarse, o de los plazos en que se deben realizar defensas en los tribunales. A modo ejemplar, si se solicita que la autoridad deduzca querrela por delitos de injurias y calumnias, se deberá tener en consideración lo preceptuado por el artículo 431 del CP, y podrá fundadamente denegarse este derecho, si el plazo de la acción penal se encontrare prescrito en razón de que, por regla general, la acción de calumnia o injuria prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa. Misma situación que se podría presentar para la comisión de una posible falta penal, ya que las aquellas prescriben en plazo de 6 meses, conforme lo señala el artículo 96 del CP.

Así las cosas, como fundamento la autoridad podrá esgrimir que las acciones destinadas a la persecución y sanción de dichos delitos se han extinguido por prescripción. Ello no obstante, que dicha institución debe ser declarada por un tribunal, ya que la administración deben considerar los principios de eficiencia y eficacia que consagran el artículo 3° de la Ley N° 18.575.

3. Decisión de la autoridad correspondiente

a) Fundamentación de la decisión

Como contrapartida del establecimiento de un derecho funcionario para la respectiva autoridad constituye "una obligación- un deber". Lo anterior, conforme los términos de los artículos 88 y 90 en comentario al señalar que los funcionarios tienen derecho a "exigir" la persecución de la responsabilidad civil y criminal y que la denuncia "será hecha ante el respectivo tribunal".

De este modo, la CGR ha señalado que del precepto anotada se infiere que el imperativo legal impone a la autoridad la obligación de asumir la defensa del afectado, por lo que en caso de denegarse tal defensa, ésta deberá señalar fundadamente las razones por las cua-

les entiende que no está obligada o compelida a asumir esa tutela judicial¹¹⁰.

Con la redacción del artículo 100 del D.F.L. 338, de 1960, el ente contralor señalaba que corresponde a los jefes superiores de servicio o a los ministros de estado en su caso calificar la procedencia de deducir las acciones judiciales a requerimiento del funcionario afectado¹¹¹. Asimismo indicaba que la facultad para calificar las circunstancias que tipifican el hecho cometido competía a la jefatura superior del servicio o del respectivo Ministro de Estado, en su caso, y no a la Contraloría General decidir sobre procedencia de emplear ese mecanismo de resguardo¹¹², y que la jefatura debía ponderar las circunstancias que rodean los hechos que se ponen en su conocimiento, para decidir de esta manera si se accede o se deniega la solicitud que deduzca al efecto el interesado¹¹³, pues es de su resolución exclusiva¹¹⁴.

Asimismo, es importante hacer notar que la procedencia del derecho a defensa debe ser calificada por la autoridad del servicio, en base a los criterios establecidos por la jurisprudencia administrativa¹¹⁵ y compete privativamente a las jefaturas calificar la procedencia de deducir las acciones judiciales pertinentes, en resguardo de la respetabilidad de la función pública¹¹⁶.

Establecidas dichas ideas, se estima que debería emitirse por la autoridad, una vez recibida la correspondiente solicitud por escrito del funcionario, un acto administrativo que señale los fundamentos, por los cuales se explique: a) la procedencia del derecho a defensa, en base a los criterios determinados por la jurisprudencia administrativa o b) que no se está obligada a asumir la defensa requerida.

Igualmente, se considera en base a lo señalado por la jurisprudencia administrativa, que la fundamentación del acto administrativo debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación, como ya se señaló, evitar que sea el funcionario quien sufra per-

¹⁰⁹ Aplica dictámenes CGR N°s 23.040 y 43.336, ambos de 2000, y 49.912, de 2011. Dictamen CGR N° 75.892 de 2014.

¹¹⁰ PANTOJA 2012, 712. Dictamen CGR N° 39.741 de 2011; Dictamen CGR N° 42.855 de 2011; Dictamen CGR 65.924 2012; Dictamen CGR N° 88.493 2015.

¹¹¹ Dictamen CGR N° 18.758 de 1966.

¹¹² Dictamen CGR N° 37.965 de 1973.

¹¹³ Dictamen CGR N° 67.364 de 1975.

¹¹⁴ Dictamen CGR N° 49.071 de 1976.

¹¹⁵ Dictamen CGR N° 38.285 de 2010.

¹¹⁶ Dictamen CGR N° 52.130 de 2002.

sonalmente las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública¹¹⁷.

Considerando lo referido en los párrafos anteriores, estimando que la autoridad del respectivo Servicio tiene una "facultad", al ser indicado por la CGR que compete privativamente a las autoridades administrativas calificar la procedencia del defensa a defensa, es que la misma puede, conforme al artículo 41 de la LOCBGAE, ser delegada sobre la base de las condiciones que el mismo precepto señala.

- b) Incompatibilidad del derecho a defensa y funciones desarrolladas por ciertos servicios públicos

En este apartado corresponde considerar los aspectos que la CGR ha recogido en el Dictamen N° 316.629 de 28.02.2023, a propósito de solicitud de pronunciamiento que realizó por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (Servicio Mejor Niñez), sobre los alcances que tendría para dicho organismo la aplicación del artículo 90 del Estatuto Administrativo. Ello, por cuanto estiman se produciría un conflicto entre dicho derecho y la Ley N° 21.302, que garantizan la protección especializada de niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos. Además, aquel también se daría en relación con lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la que entiende tendría preeminencia sobre el citado artículo 90, por ende, debería aplicarse con preferencia a este.

Analizada la solicitud por el ente contralor, se indicó que si bien el citado artículo 90 del Estatuto Administrativo y la jurisprudencia administrativa (que señala) reconocen el derecho de todo funcionario público a ser defendido por el servicio al cual pertenece, "se debe destacar que, en principio, se ha reservado la posibilidad de que fundadamente no se brinde esa defensa, advirtiéndose, en el caso particular del Servicio Mejor Niñez, una eventual contradicción con el objetivo que dicha institución pública persigue".

Al respecto, el ente contralor indica que: "atendido que tanto la Convención como las leyes imponen al Estado la obligación de priorizar y reforzar la protección de los niños, niñas y adolescentes amenazados o vulnerados en sus derechos, cabe colegir que ese deber que asiste en este caso al Servicio Mejor Niñez

debe primar, por regla general, considerando el interés superior del niño, por sobre la obligación establecida en el referido artículo 90 del Estatuto Administrativo".

Conforme con el señalado dictamen, en la mayor parte de las situaciones que se pueden presentar, no procedería que el Servicio Mejor Niñez realice actuaciones que puedan contravenir o mermar el deber que pesa sobre él de dar protección a los niños, niñas y adolescentes que están a su cuidado. Ello no obstante, señala la CGR que, la autoridad pondere y decida razonablemente la aplicación del derecho a defensa, considerando la entidad de los hechos y las circunstancias concretas del caso, cuando se trate de situaciones de especial gravedad, pudiendo negar dicha prerrogativa cuando tales agresiones no revistan la anotada gravedad¹¹⁸.

Del citado dictamen y en atención al deber que pesa sobre el Servicio Mejor Niñez de dar protección a los niños, niñas y adolescentes que están a su cuidado, surge la pregunta ¿por otros organismos que mantienen deberes similares y en los que podrían generarse una eventual contradicción con la obligación de otorgar defensa a funcionarios?

A modo ejemplar, y siendo también una de las entidades integran el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, se encuentra la Defensoría de los Derechos de la Niñez, que conforme a la Ley N° 21.067, tiene por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños¹¹⁹. Situación similar podría generarse para la Defensoría Penal Pública, que conforme a la Ley N° 19.718, tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta, que carezcan de abogado¹²⁰.

¹¹⁸ Expresa el dictamen "En efecto, la aplicación absoluta del aludido artículo 90 en beneficio de los funcionarios del Servicio Mejor Niñez, en el caso de que los sujetos de atención de ese organismo sean quienes afecten sus derechos, podría resultar en una contradicción, puesto que colocaría de cargo de la misma institución encargada de proteger a los niños, niñas y adolescentes, el tener que accionar contra ellos mismos".

¹¹⁹ Artículo 2°: "de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior".

¹²⁰ Artículo 2°: que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes.

¹¹⁷ Dictamen CGR N° 46.080 de 2003; Dictamen CGR N° 49.547 2004; Dictamen CGR N° 22.233 de 2006.

Enseguida, para el escenario del Servicio Mejor Niñez y eventualmente otros organismos como los que se han señalado, es preciso entender tal cual manifiesta la CGR que al afectado le asiste el derecho de realizar las denuncias y ejercer las respectivas acciones judiciales, y en lo que sea procedente, la asociación de funcionarios puede prestar asistencia y asesoría técnica a sus asociados, de acuerdo con lo dispuesto en la letra h) del artículo 7° de la Ley N° 19.296.

Conclusiones

1. El derecho a defensa de los funcionarios públicos y municipales se corresponde con el amparo que se otorga para que cuenten con la debida asistencia o intervención de un letrado, independiente si es en el ámbito judicial, administrativo o juicio político. Por tanto, esta prerrogativa es de carácter jurídico y no tan solo judicial.

2. Atendida su naturaleza estatutaria, este derecho solo puede ser ejercido por aquellos servidores que tienen la calidad jurídica de planta o contrata y no ampara a funcionarios a honorarios. Lo anterior no obstante que esta prerrogativa también asiste a los Ministros de Estado ya que ocupan un cargo público y ejercen una función pública. Bajo el fundamento del ejercicio de la función pública, existen buenas razones, para argumentar el otorgamiento de este derecho para funcionarios a honorarios en calidad de agente público.

3. En cuanto a su contenido, esta prerrogativa comprende no solo la defensa propiamente tal, sino que también la persecución de responsabilidad civil y criminal, mediante interposición de las acciones judiciales pertinentes. Lo anterior entiende realizar las actuaciones que resulten útiles para la consecución del fin perseguido por dicho derecho.

4. Si bien es cierto, este derecho tiene como propósito proteger a los empleados públicos y municipales que, como consecuencia del ejercicio de sus funciones ven afectadas su integridad física, su vida, o su honra al ser objeto de injurias o calumnias, la CGR ha dictaminado que aun cuando la situación que afecte al funcionario no sea precisamente de aquéllas que establecen las normas en comentario, corresponde se le otorgar la defensa que requiera, para impedir de esa manera que sufra personalmente las consecuencias derivadas del ejercicio de la función pública.

5. De los requisitos para la procedencia del derecho a defensa, y teniendo consideración lo recién señalado, se estima que un cuando se extienda otros bienes jurídicos, siempre deben concurrir los presupuestos que impliquen que la actuación del funcionario se enmarque dentro de sus atribuciones, esto es, sin que haya infringido sus obligaciones y que se corresponda con las funciones propias del cargo público que sirve.

6. Como contrapartida de un derecho funcionario para la respectiva autoridad constituye un deber y en caso de denegarse tal defensa, corresponde señalar fundadamente las razones por las cuales no se estaría obligado a asumir esa tutela jurídica. Ello sin perjuicio que no es absoluta la decisión aun cuando concurren los presupuestos estudiados, si existe contradicción con deberes de protección que la legislación a definido para ciertas instituciones y a favor de determinados sujetos.

Bibliografía citada

- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2020). *Derecho de la función pública*. Thomson Reuters.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2008). *Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado: Ley N° 18.834: Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado, Fijado por el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda*. División de Coordinación e Información Jurídica.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018). *Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado: Ley N° 18.834: Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado, Fijado por el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda*. División Jurídica, Unidad de Publicaciones y Bases de Jurisprudencia.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile.
- HUIDOBRO SALAS, Ramón (2018). Empleo público y derechos fundamentales. *Revista De Derecho Público* 97-110. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/51253/53668>.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- OJEDA OJEDA, Bernardo (1983). *Estatuto administrativo: sus normas complementarias, actualizado, anotado y concordado, su jurisprudencia judicial y administrativa*. Ediar Editores Ltda.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2000). *Estatuto administrativo interpretado. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2012). *Tratado jurisprudencial de derecho administrativo: Estatuto administrativo interpretado. Tomo X, Volumen II*. Thomson Reuters.
- SERVICIO CIVIL (01 de diciembre de 2017). Empleo público en Chile: Nudos críticos, desafíos y líneas de desarrollo para una agenda 2030. Biblioteca.

- digital.gob.cl. <https://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/3659>.
- SILVA CIMMA, Enrique (1993). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: La Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA HORTA, Daniel (03 de marzo de 2022). *El Derecho de los Funcionarios Públicos a Defensa Judicial. Asociación de derecho Administrativo de Chile*. ADAD Chile <https://www.adad.cl/post/el-derecho-de-los-funcionarios-p%C3%BAbllicos-a-defensa-judicial>
- VALDIVIA, José Miguel. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch.
- Jurisprudencia citada**
- Álvarez con *Sociedad de Exploración y Desarrollo Minero* (2019): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2021 (Rol N° 16241-2019). Cuarta Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 26.478, de 26/04/1965.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.834, de 15/02/1966.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.758, de 15/03/1966.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.523, de 02/02/1968.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.898, de 24/05/1969.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.965, de 18/05/1973.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.364, de 26/09/1975.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.071, de 20/07/1976.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 57.259, de 15/09/1977.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.653, de 23/01/1978.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 29.609, de 17/09/1982.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.243, de 17/11/1982.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.964, de 02/04/1992.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.076, de 22/11/1996.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.763, de 23/04/1998.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 46.926, de 06/12/1999.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.015, de 22/02/2000.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.756, de 11/04/2000.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 43.336, de 13/11/2000.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 52.130, de 18/12/2002.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 46.080, de 15/10/2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.102, de 31/10/2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.547, de 01/10/2004.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.233, de 12/05/2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.283, de 22/10/2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 54.039, de 28/11/2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.343, de 30/06/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.785, de 09/09/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.860, de 06/11/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 73.040, de 31/12/2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 24.338, de 07/05/2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.285, de 12/07/2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 67.868, de 15/11/2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.741, de 24/06/2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 42.855, de 08/07/2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.923, de 05/10/2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.944, de 03/04/2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.997, de 26/07/2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.924, de 23/10/2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 74.843, de 30/11/2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.463, de 11/01/2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 80.317, de 06/1/2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 42.992, de 13/06/2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 58.663, de 01/08/2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 59.690, de 05/08/2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 75.892, de 02/10/2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 88.575, de 13/11/2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.633, de 11/05/2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.184, de 14/08/2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 88.281, de 06/11/2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 88.493, de 06/11/2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.422, de 22/04/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.338, de 01/08/2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 678, de 09-01/2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 21.400, de 28/08/2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.159, de 14/01/2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.063, de 29/12/2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 204.328, de 14/04/2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 316.629, de 28/02/2023.

Morales Castillo con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 02 de octubre de 2017 (Rol N° 55208-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
Juan Toro Rivera c/ Francisco Peña Lefiman (2006): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, 11

de julio de 2006, (Rol N° 598 -2006). [Recurso de Nulidad].
Sistema de Transmisión del Sur S.A. con S.E.C. (2009): Corte Suprema, 28 de enero de 2010 (Rol N° 7284-2009). Tercera Sala.

Alejandro Vergara Blanco (Editor) (2024)

Grandes juristas. Su aporte a la construcción del derecho. Ediciones UC, Santiago de Chile, 924 pp.

El Derecho administrativo

En un reciente libro dedicado a los Grandes juristas

La obra *Grandes juristas. Su aporte a la construcción del derecho*, de reciente aparición, reúne en sus casi mil páginas, a más de 100 especialistas que nos ilustran sobre más de 100 grandes juristas nacionales y extranjeros, que han sido un gran aporte al derecho, y en particular al derecho chileno.

El Editor, Alejandro Vergara Blanco, comienza el libro realizando una presentación donde destaca el rol de los juristas y el origen de esta obra. En ese camino, presenta las cuatro dimensiones del derecho: *las normas* -de las que deriva el derecho normativo o legal-; *el hecho jurídico* -del que se deriva *la costumbre*-; *la jurisprudencia* -que emana de las sentencias emitidas por los jueces-, y, por último, *la doctrina*, dedicada a la construcción de disciplinas especializadas y a la elaboración de escritos académicos, manuales y tratados. Es en esta última fuente en donde aparecen los juristas, pues son los autores de los libros de doctrina; y es en lo que se basa el libro que reseñamos.

1. Una descripción de la obra completa

Esta obra reconoce el aporte de los grandes juristas, todos aquellos reconocidos socialmente como tales, por su contribución al derecho y que, entre otros diversos aportes suyos, escriben las obras de doctrina jurídica, de un valor cultural muy singular, como queda en evidencia en esta obra. Sin desmerecer, como se aclara, el aporte de teóricos y estudiosos del derecho, de jueces, abogados, profesores universitarios, legisladores, filósofos, politólogos, sociólogos, entre otros, pero intentando distinguirlos de los que son, propiamente, "juristas".

Los juristas son entonces el tema central de este libro, pues ellos han sido los artífices de muchas de las teorías, instituciones o herramientas jurídicas que tienen reflejo actualmente en la sociedad desde la proposición de algunos conceptos que explican mejor determinados fenómenos sociales, pasando por el diseño de disciplinas especializadas, hasta la formulación de teorías específicas relativas a la disciplina que cada jurista cultiva.

Asimismo, en esta obra se intenta demostrar cómo el trabajo de los juristas constituye una de las "fuentes del derecho". En cada capítulo de este libro se abordan uno o varios juristas. Así, tres o cuatro académicos, pertenecientes a distintas universidades, nacionales y extranjeras, realizaron un somero análisis de las obras y aportes de cada jurista en su respectiva especialidad. Esta obra tiene por finalidad resaltar el aporte de los juristas a la sociedad, observar los conceptos que ellos diseminaron y sus métodos.

Este libro rescata y hace más visibles a los grandes juristas desde una doble perspectiva: i) mostrar primero a los juristas como *creadores de conceptos* propiamente jurídicos en donde va a resaltar cada jurista especializado en cualquiera de las doctrinas típicas de la clasificación o epistemología disciplinaria jurídica: civilistas, procesalistas, penalistas, constitucionalistas, administrativistas, entre otros. Y también, resaltar la figura del jurista desde el punto de vista del *método*. El jurista no solamente suele ser especialista de una de esas disciplinas llamadas de *fondo*, sino que además se acompaña de otra disciplina, de una disciplina complementaria, que es la disciplina de la teoría del derecho. Así, el jurista, que es un especialista en una determinada disciplina, se suele y debe transformar además en un teórico; todo teórico del derecho suele ofrecer un método de trabajo en sus escritos. En algunos casos, para sí mismo y, en otros, para el resto de los juristas. Por lo tanto, los autores que conforman esta obra, además de comparecer como especialistas de alguna disciplina dogmática, también lo hacen por su condición de teóricos del derecho.

Esta obra comienza por una presentación del Editor y con una breve reseña sobre el contenido del libro en donde se explica los aportes de los juristas a las disciplinas especializadas que se abordan en el libro. Luego, tres grandes teóricos del derecho - *Carlos Peña González*, *José Joaquín Brunner Ried* y *Alejandro Vergara Blanco*- realizan una introducción general sobre qué hacen los juristas y su valoración y aportes a la construcción de la sociedad democrática contemporánea. El cuerpo del libro se compone de 24 capítulos, divididos en 4 partes.

Primera parte. La Primera parte aborda los juristas del derecho público, y consta de 10 capítulos en los que se abordan a juristas administrativistas, constitucionalistas, juristas del derecho internacional público, procesalistas, juristas de las aguas, de la minería, del medio ambiente y juristas del derecho indígena.

Segunda parte. La Segunda parte trata sobre los juristas del *derecho privado*, y dicha sección se divide en 4 capítulos: juristas civilistas, comercialistas, penalistas y, por último, juristas laboristas.

Tercera parte. La Tercera parte de este libro refiere al *Derecho romano e histórico*, y se divide en 6 capítulos, los que abordan a los juristas del *common law*, juristas alemanes del siglo XIX, a Bentham, Savigny, Romanistas, historiadores del derecho y un capítulo especial dedicado a Alejandro Guzmán Brito, historiador del derecho y romanista.

Cuarta parte. La Cuarta y última parte de esta obra se dedica a la teoría, filosofía y literatura, y se divide en 4 capítulos, abordando a un gran jurista, como lo fue Emilio Betti, juristas iusnaturalistas, positivistas y cierra el capítulo con el derecho en la literatura.

Asimismo, al final de la obra existe un diccionario bibliográfico de los 100 grandes juristas que se han tratado en esta gran obra, y el índice de colaboradores, autores y biógrafos.

2. El Derecho administrativo en la obra de Grandes juristas

Como mencionamos *ut supra*, la obra dedica los primeros 10 capítulos a los juristas del derecho público. Sin querer transcribir el índice en esta reseña, simplemente mencionaremos a grandes rasgos a los juristas a los que se refiere en cada uno y a los autores que nos comparten sus grandes aportes en la construcción del derecho.

Los dos primeros capítulos abordan juristas del Derecho administrativo. El primero de ellos comienza refiriéndose a Valentín Letelier y su visión del Estado y el Derecho administrativo, por Raúl Letelier Wartenberg; se continúa con los trazos fundamentales de un maestro del Derecho administrativo, como lo fue Maurice Hauriou, por Héctor Santaella Quintero; también se aborda en este capítulo a León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público, por Jaime Orlando Santofimio Gamboa; al querido Enrique Silva Cimma y su influencia en el servicio público, por Luis Cordero Vega; por supuesto al maestro Eduardo García de Enterría, por Tomás Ramón Fernández R.; a Rolando Pantoja Bauzá y su aporte fundamental al estudio de lo contencioso administrativo en Chile, por Natalia Muñoz Chiu; Hugo Caldera, abriendo rutas en el derecho administrativo chileno, por Ramiro Mendoza Zúñiga; y se finaliza el capítulo con el análisis de la ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile abordado por Luis Claro Solar, por Alejandro Vergara Blanco.

El segundo capítulo es dedicado especialmente a Francisco González Navarro, cuya visión sistémica la aborda Francisco Sanz Larruga; Iñigo del Guayo Castiella se refiere a la concepción por parte del jurista, respecto del Derecho administrativo como derecho de poder para la libertad; el rol de profesor universitario del jurista, abordado por José Alenza García; y finalmente la visión de Alejandro Vergara Blanco respecto del gran jurista como un jurista integral.

Por otro lado, dentro de esta primera parte del libro, dedicada al derecho público, también fueron abordados los juristas especialistas en distintas disciplinas vinculadas al Derecho administrativo, como disciplina matriz: como los son el Derecho de aguas, Derecho minero, Derecho del medio ambiente y Derecho indígena. Dentro del primer grupo, especialistas en Derecho de aguas, capítulo 7, se abordaron juristas como Pedro Lira Urquieta y Lorenzo de la Maza, y su manual precursor en la materia, abordado por Alejandro Vergara Blanco; Ana Hederra y sus aportes en la materia, por Pilar Moraga Sariego; Alberto Spota y su tratado de Derecho de aguas de 1941, por Liber Martín; Ciro Ver-

gara Duplaquet y sus aportes al Derecho de aguas chileno, por Daniela Rivera Bravo; y Luis Simón Figueroa y su rol en el Derecho de aguas actual, por Gonzalo Muñoz Escudero.

Dentro del capítulo 8 dedicado a los juristas de la minería, los autores se refirieron a José Bernardo Lira y su legado jurídico, por Carlos Claussen Calvo; Julio y Carlos Ruiz Bourgeois dos juristas del siglo XX, por Sergio Gómez Núñez; Julio Vildósola Fuenzalida y sus aportes en el demonio minero, por Hipólito Zañartu Rosselot; y Armando Uribe Herrera y Armando Uribe Arce, dos generaciones de juristas, por María Paz Pulgar Betancourt.

En relación a los juristas del Medio Ambiente que se tratan en el capítulo 9, se menciona el futuro a la luz del imperativo ecológico de Goldofredo Stutzin, por Raúl F. Campusano Droguett; las enseñanzas de Ramón Martín Mateo, por Eduardo Astorga Jorquera; la visión de Rafael Valenzuela en la materia, por Magdalena Prieto Pradenas; y el precursor del Derecho ambiental Michel Prieur por Pilar Moraga Sariego.

El último capítulo de esta primera parte que refiere a los juristas del derecho público, fue dedicado a los juristas del Derecho indígena, entre los cuales se encuentran David Getches, un jurista al servicio de la causa indígena, por Armando Guevara Gil; Bartolomé Clavero y su visión de los pueblos indígenas, por Manuel Núñez Poblete; y James Anaya y la autodeterminación de los pueblos indígenas, por Sebastián Donoso Rodríguez.

3. Otras ramas del derecho público en el libro

El tercer capítulo se refiere a los juristas del Derecho constitucional. Entre ellos se profundiza a Alexander Hamilton, James Madison y su influencia en la Constitución de Estados Unidos, por Sebastián Soto Velasco; a Mariano Egaña y su contribución con la redacción de la Constitución de 1833, por Enrique Brahm García; José Victorino Lastarria y su rol en la reforma constitucional, por Francisco Zúñiga Urbina; Jorge Huneeus y su aporte al derecho público, por Enrique Navarro Beltrán; Jeorg Jellinek y el sistema de los derechos públicos subjetivos, por Alejandro Vergara Blanco; Arturo Alessandri Palma y la redacción de la Constitución de 1925, por Sergio Carrasco Delgado; Alejandro Silva Bascuñán y su contribución al desarrollo del constitucionalismo chileno, por María Pía Silva Gallinato; Luz Bulnes y su rol como una constitucionalista precursora, por Ana María García Barzelatto; y Jaime Guzmán y su aporte en la redacción de la Constitución de 1980, por José Manuel Castro Torres. Cierra el capítulo Alejandro Vergara Blanco con un análisis de las distintas disciplinas especializadas y la Constitución.

El capítulo 4 es un homenaje a dos grandes juristas del derecho que no podían dejar de abordarse en forma especial, ellos fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Los autores que nos ilustraron sobre estos

grandes del derecho fueron Gregorio Robles Morchón, Agustín Aquella Narducci, Renato Cristi Becker y Hugo Herrera. De sus líneas se desprenden los rasgos de su pensamiento jurídico, sus diferencias, sus ideas democráticas, su racionalidad tecnológica, su visión de la teología, entre otros aspectos destacables de ambos juristas.

El capítulo 5 se concentra en juristas del derecho internacional público, y dentro de los juristas que se abordan en el mismo, encontramos a Hugo Grocio, padre del derecho internacional, por Hernán Salinas Burgos; Ian Brownlie, el litigante, por Ximena Fuentes Torrijo; Rosalyn Higgins, jueza de la Corte Internacional de Justicia, por Claudio Troncoso Repetto; y Orrego Vicuña por María Angélica Benavidez Casals quien analiza el consentimiento y las fuentes del derecho y la visión del jurista entre la tradición y la modernidad.

El siguiente capítulo 6 se centra en un gran grupo de juristas especialistas en Derecho procesal, como lo fueron Manuel Egidio Ballesteros, y el aporte

que realiza al Derecho procesal chileno, abordado por Alejandro Romero Seguel; Eduardo J. Couture, visto como un jurista universal y un ser humano excepcional, escrito por José Pedro Silva Prado; Mario Casarino en su rol de profesor de todos, por Raúl Tavolari Oliveros; Julio Salas Vivaldi y su aporte a la doctrina procesal chilena, por Gonzalo Cortez Matcovich; y Ada Pellegrini Grinover y sus aportes a la ciencia procesal, por Sophia Romero Rodríguez.

&&&

Es así que, a lo largo de estas casi mil páginas que conforman esta obra, reconocidos especialistas han abordado las distintas áreas del derecho y los aportes realizados por más de 100 grandes juristas, y cómo éstos han contribuido con el derecho en general, y en especial con el derecho chileno. Es un excelente libro para iniciarse en el mundo de los juristas y descubrir lo que pensaban, sus ideas, sus contribuciones al derecho y cómo al día de hoy, esos aportes aún siguen vigentes de una u otra manera.

Sabrina Feher Szanto¹

¹ Abogada, Universidad de Buenos Aires. Magister en Planificación Territorial y Gestión Ambiental, Universidad de Barcelona. Diplomada en Derecho Administrativo y en Derecho de los Recursos Naturales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Gestión Ambiental, Universidad Austral.

Guillermo Jiménez (Editor) (2024)

Problemas Actuales del Derecho Administrativo Chileno. Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo (2022). Tirant lo Blanch, Valencia, 590 pp.

Recientemente han sido publicadas las Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo, tituladas "Problemas actuales del Derecho Administrativo Chileno". Este evento marcó un hito significativo al ser las primeras jornadas celebradas tras el fin de la pandemia del Covid-19, llevándose a cabo de forma presencial en el campus Viña del Mar de la Universidad Adolfo Ibáñez, los días 24 y 25 de noviembre del año 2022. Igualmente cabe recalcar la importancia de los procesos constitucionales llevados a cabo en Chile los últimos años, pues esta experiencia nacional fue analizada en varias ponencias. En la presente reseña, me referiré a la estructura y contenido de las actas, culminando con un comentario personal.

Este volumen colectivo se compone de veinte trabajos y, tal como menciona su editor, es posible dividirlos en seis categorías:

Primera categoría: principios o fundamentos del derecho administrativo

Soto Delgado, F. y Bustos Sánchez, V. "Estado social, procura existencial y subsidiariedad" pp. 27-48.

Retamal Gutiérrez, V. y Serrano Herrera, C. "Gobierno abierto: lecciones para una nueva constitución" pp. 49-64.

Rojas Calderón, C. "La reconfiguración del derecho administrativo chileno, hacia una versión direccional y responsiva. Necesidad y evidencia" pp. 65-112.

Segunda categoría: normas administrativas

Valdivia Olivares, J.M. e Izquierdo Serrano, T. "La relevancia constitucional de las potestades normativas de la administración" pp. 113-140.

Vergara Blanco, A. "El lugar del reglamento en el derecho administrativo chileno" pp. 141-186.

Jiménez, G. y Tschorne, S. "La interpretación administrativa en la doctrina chilena: perspectivas y debates" pp. 187-226.

Bocchi Jiménez, G. y Larroulet Philippi, M. "Potestades interpretativas de órganos administrativos especializados y su control por parte de la Contraloría General de la República" pp. 227-258.

Delooz Brochet, B. "Aproximación a las modalidades de determinación y distribución de las competencias de las entidades territoriales en el proyecto de una nueva constitución para Chile. Análisis crítico y prospectivo" pp. 259-278.

Tercera categoría: policía administrativa

Ferrada Bórquez, J.C. "La aplicación 'con matices' de los principios penales en la configuración de la

potestad sancionatoria de la administración pública: una formulación vacía y de contenido normativo impreciso" pp. 279-310.

Méndez, P. "Las transformaciones del Derecho administrativo sancionador: orden público y responsabilidad en el siglo XXI" pp. 311-342.

Arancibia Mattar, J. "Distinción entre sanción administrativa y 'medida' o deber original ex post facto" pp. 343-352.

Lagos Luque, V., Beratto Álvarez, A. y Philipps Letelier, J. "El nuevo derecho administrativo sancionador: una aproximación desde el principio de irretroactividad" pp. 353-392.

Gallegos Zúñiga, J. y Lepe Vergara, J. "Regulación de la potestad sancionadora de la Unidad de Análisis Financiero" pp. 393-424.

Carrasco Fuentes, P. "El rol de la resolución de calificación ambiental como mecanismo de tutela ambiental: vinculación con el derecho administrativo sancionador" pp. 425-452.

Calvo Muñoz, G. "Procedimientos disciplinarios en la administración del Estado bajo la mirada de una propuesta de constitución política" pp. 453-478.

Cuarta categoría: control judicial de la administración

Humeres Guajardo, N. "De la subsidiariedad de la nulidad de Derecho público" pp. 479-500.

García Machmar, W. "Los poderes del juez y el reenvío del expediente administrativo: una propuesta de interpretación" pp. 501-520.

Quinta categoría: la posición de la administración en relación con el derecho de propiedad privada

Valenzuela Zañartu, T. "La constitucionalización de la función pública del urbanismo" pp. 521-536.

Dorn Garrido, C. "El sueño noble por una nueva constitución y los entresijos de su laberinto: el impacto de los tratados de protección de inversión extranjera" pp. 537-562.

Sexta categoría: contratos administrativos

Asenjo Asenjo, K. "La incorporación de cláusulas sociales en la contratación administrativa y su relación con el modelo de estado social de derecho" pp. 563-590.

Las Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo son una referencia indispensable para académicos, profesionales y estudiantes de dere-

cho administrativo en Chile. No solo proporciona una visión panorámica de los problemas actuales, sino que también invita a la reflexión y al debate sobre el futuro del derecho administrativo en el país. En un contexto de constantes cambios y reformas, este compendio se erige como una guía crítica y constructiva para entender y mejorar la administración pública chilena.

La realización de estas jornadas de forma presencial tras la pandemia añade un valor especial al evento, resaltando la importancia del encuentro cara a cara y el intercambio directo de ideas en la construcción del conocimiento jurídico.

Mariana Muñoz Marabolí

Ayudante Derecho administrativo (UC)

Magna Rodríguez, Carlos y Escobar Toro, Elizabeth (compiladores) (2024)

Derecho administrativo y Constitución. Actas de las XVII Jornadas de Derecho administrativo.
 Valencia: Tirant lo Blanch, 354 pp.

La publicación objeto de esta reseña son las *Actas de las XVII Jornadas de Derecho Administrativo*, que fueron organizadas por la Facultad de Ciencias Sociales, Empresariales y Jurídicas de la Universidad de La Serena, celebradas en La Serena, en noviembre del año 2021. El tema de las Jornadas fue "Derecho Administrativo y Constitución", con el propósito de participar en el debate constitucional que tomó lugar en nuestro país entre 2021 y 2023 y contribuir desde la perspectiva del Derecho administrativo.

La Constitución es fuente de Derecho administrativo por cuanto contiene, en sí misma, normas que pueden ser identificadas dentro del núcleo dogmático del Derecho administrativo, ya sea en su vertiente orgánica como funcional. Siendo el Derecho administrativo una de las disciplinas con mayor presencia en la Constitución, resulta esencial que desde esta área se discutan los aspectos que debieran o no considerarse en un nuevo texto constitucional.

La publicación reúne 16 trabajos, que constituyen reflexiones sobre diversas temáticas del Derecho administrativo que podrían verse alteradas en un nuevo texto constitucional:

Vergara Blanco, A. Las aguas en las constituciones chilenas: historia, actualidad y prospectiva.

Oviedo Gutiérrez, M. Contencioso administrativo de los recursos naturales: hacia una tutela judicial con enfoque ecosistemático.

Delooz Brochet, B. Bienes comunes y propiedad pública. Algunas reflexiones preliminares en tiempos de debate constitucional.

Opazo de la Fuente, V. Autonomía administrativa: ¿medio para una nueva relación Estado/territorios?

Szmulewicz Ramírez, E. Descentralización con equidad y cooperación territorial en la nueva Constitución.

Izquierdo, T. y Valdivia, J. Los órganos administrativos de rango constitucional.

Jiménez, G. y Tschorne, S. Los órganos constitucionales autónomos como decisión constitucional.

Lara Arroyo, J. Perfeccionamiento constitucional de la Contraloría General de la República.

Oñate Vera, E. La configuración de un órgano de control para tutelar el derecho a la protección de datos personales en la nueva Constitución.

Herrera Orellana, L. Estado empresario: razones para mantener el actual régimen jurídico de la actividad administrativa de gestión económica previsto en la Constitución chilena.

Dorn Garrido, C. El Estado Social de Derecho en la nueva Constitución: réplicas y desafíos al Derecho Administrativo.

Phillips Letelier, J. Nulidad de derecho público: su necesidad para el Estado de Derecho.

Gómez Sotomayor, A. Principio de motivación de los actos públicos: reconocimiento expreso en un nuevo texto constitucional.

Cárcamo Righetti, A. La configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en la nueva Carta Fundamental frente a actuaciones o actos de la administración que sean lesivos de los derechos y/o intereses de los administrados.

Botaud Scheuermann, E. La relación entre las sanciones administrativas y las sanciones penales: su proyección en una nueva Constitución.

Calvo Muñoz, G. Sobre la necesidad del reconocimiento de la libertad sindical de los empleados públicos en la Constitución Política de la República.

Los trabajos podrían agruparse en 5 categorías, según la temática: organización administrativa, la Administración en el Estado Social, controles jurídicos de la actividad administrativa (Contraloría General de la República y justicia administrativa), Derecho administrativo sancionatorio, y actividad empresarial de la Administración.

Estas reflexiones, basadas en el análisis de evoluciones históricas y normativas, derivan en propuestas o sugerencias sobre cómo deben aproximarse aspectos discutibles del Derecho Administrativo para, en opinión de los distintos académicos, mejorar el régimen constitucional. Por tanto, la temática común de la gran mayoría de los trabajos presentados son la tensión entre el escenario actual del régimen constitucional y los nuevos sistemas que se proponen en las distintas materias de la disciplina. No afecta al valor de estas propuestas el hecho de que no hayan entrado en vigor ninguna de las dos propuestas constitucionales que surgieron en el contexto del proceso constituyente.

Sofía Paz Carrasco Loncharic
 Ayudante Derecho Administrativo (UC)

A 50 años del *Curso de Derecho administrativo* de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Crónica y entrevista a Tomás Ramón Fernández

Alejandro Vergara Blanco

Resumen: Luego de una crónica sobre el *Curso de Derecho administrativo* de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, cuya primera edición del primer tomo apareció en 1974 y del segundo en 1977, contiene este escrito la transcripción de una entrevista realizada en Madrid, en abril de 2024, a uno de los coautores, el profesor de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, hoy emérito, Tomás Ramón Fernández.

Al cumplirse los 50 años de la primera aparición del *Curso de Derecho administrativo* de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, y del inicio de la revolución científica que le siguió, ofrezco una breve crónica de algunos antecedentes relacionados con el *Curso* y luego una entrevista con uno de sus autores, el profesor Tomás Ramón Fernández. Creo que no es necesario abundar sobre el contenido del *Curso*, ampliamente conocido, glosado y citado en estos 50 años por todos los conocedores de la disciplina, sino que sólo he querido detenerme, como en un ritual académico, una vez más pero desde una diversa perspectiva en este *Curso*, recordando esta efeméride y así rindiendo, una vez más, un homenaje a sus autores.

I. Crónica y algunos antecedentes sobre el *Curso*

Hay una deuda intelectual innegable de parte de los administrativistas españoles e hispanoamericanos con Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes, al publicar su *Curso* en 1974 (tomo I) y en 1977 (tomo II),

profundizaron con ese hecho cultural de vasto significado los efectos de la *revolución científica* (en el sentido de Kuhn) que ya venía produciéndose desde 25 años antes, en 1950, con la *Revista de Administración Pública*, siendo, como se sabe, uno de los coautores, Eduardo García de Enterría, fundador y director perpetuo de esa *Revista*, y gestor principal de esa revolución. Esta deuda intelectual es ampliable a los profesores de países europeos que han leído las traducciones del *Curso*, como es el caso de Italia y Portugal, o en su versión original.

1. *Una anécdota de 1987*. Yo mismo hice hace casi 20 años un relato personal relativo al *Curso*, a propósito de una reseña que le dediqué a otro libro clásico, del que es autor Eduardo García de Enterría, al cumplirse 50 años de su primera edición de 1955², lo que me permito transcribir aquí, en que estamos celebrando el cincuentenario del *Curso*. Esto decía yo en 2005 de algo que ocurrió a inicios de 1987 en Pamplona, cuando yo iniciaba mi doctorado en España:

Fue Francisco González Navarro quien me “inició” en la valoración de la obra de García de Enterría y Fernández. Él, con la generosidad que lo caracteriza y que todos reconocemos, apenas había pisado yo suelo español, a fines de la década del ochenta, en la primera entrevista con él como mi profesor guía de tesis doctoral, me espetó:

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8312-3919>

Artículo recibido el 15 de mayo de 2024 y aceptado el 18 de junio de 2024.

² Véase: VERGARA, Cincuentenario de un clásico de la historia de los dogmas jurídicos: “*Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*” de Eduardo García de Enterría. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 15, pp.191-196 (republished luego en España en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 28 (2006), pp. 625-632. Véase igualmente la reseña que le dedico a otra obra de García de Enterría de 1972, a propósito de su traducción al francés en 1993 (por Franck Moderne) y de una nueva edición española en 1994, en: *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, XVIII, 1996, pp.608-611. Ambos republicados en mi *Derecho administrativo: identidad y transformaciones*. Santiago: Ediciones UC, 2018, pp. 252-260 y 151-156. Ahí creo haber depositado mi enorme agradecimiento intelectual.

– Vergara, ¿ha leído usted a García de Enterría?

– Sí, algunas de sus cosas, le respondí.

– ¿Ha leído usted el *Curso* que ha publicado en conjunto con Tomás-Ramón Fernández? Es, verdaderamente, la *summa* del actual Derecho administrativo español.

Tuve que reconocer hidalgamente que no lo había leído sino parcialmente. A lo cual me “recomendó”:

– Lea usted despacio ambos tomos, y sólo una vez que haya terminado podremos nosotros conversar de su tesis doctoral, y de su tema...

Esa fue entonces mi primera lectura, íntegra, del *Curso*. Debo agregar que esta lectura fue recomendada por González Navarro, a pesar de ser él mismo autor de su *Derecho administrativo español*, en 3 tomos. Además, luego se agregaría a la “recomendación” casi la obra íntegra de García de Enterría, de lo cual hay prueba notoria en la versión definitiva de mi tesis doctoral y en mis publicaciones posteriores.

Este es mi testimonio, y seguramente casi cada estudioso o investigador de Derecho administrativo ha de tener sus propios recuerdos y anécdotas respecto de este *Curso* sin igual.

2. *Un testimonio anterior de Tomás Ramón Fernández.* Debo recordar igualmente lo que dijo Tomás Ramón Fernández respecto del *Curso* en una entrevista que le hice en 2017 para abordar, en esa ocasión, la figura de Franck Moderne³:

Alejandro Vergara: (...) Jean Rivero en algún momento dijo que los juristas son los hacedores de sistemas...(…) tú eres un hacedor de sistemas, pues junto con García de Enterría eres el autor de un libro [el *Curso de Derecho administrativo*] que moldeó la mente de muchos juristas, entre los cuales me cuento.

Tomás Ramón Fernández: Te entiendo. Pero, mira yo siempre hago una cita de un Premio Nobel francés de medicina –me parece

que fue del 65– Jacques Monod, respecto de un libro que se sigue editando aquí en España –van por la séptima u octava edición– que se titula *El azar y la necesidad*. Creo que el azar juega un gran papel en la vida en general, y en la de las personas en particular...

(...) ¿Por qué un profesor redacta una obra general? Yo, en lo que a mi concierne, no puedo decir mucho, porque, en mi caso, a mí me invitó a escribir un libro con él mi maestro (García de Enterría), y a él se le ocurre hacer un *halt*, hacer ese camino, escribir un libro, y me pide colaboración, pero se le ocurre a los cincuenta años; no se le ocurre antes, ya sea porque en la vida había hecho monografías, trabajos múltiples... y en algún momento se le ocurre hacer un libro.

Alejandro Vergara: ¿Por qué crees tú que un jurista se plantea escribir un manual? Pues esa es una tarea ardua que implica recorrer toda una disciplina jurídica.

Tomás Ramón Fernández: Para mí el azar fue que él me llamara, para ofrecerme esa posibilidad de colaborar con él en el libro; por lo tanto, yo no me lo planteo. Pero fíjate hasta qué punto lo que juega el azar: hace un momento, antes de esta conversación, hablábamos de las múltiples ediciones de mi manual de Derecho urbanístico... ¿por qué hice yo un manual de Derecho urbanístico? La historia es la siguiente. Estaba en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que es una universidad en la que el alumno no ve al profesor todos los días, y tenía que explicar a unos alumnos (a los que no veía) lo sustancial del Derecho urbanístico en pocas lecciones, e hice un esfuerzo de claridad, y por eso publiqué ese manual, que luego resulta que durante treinta y ocho años se sigue utilizando en las facultades de Derecho y en las escuelas de Arquitectura. ¡Un azar! Si yo no hubiera estado en la Universidad a Distancia, no me hubiera molestado en hacer un manual; hubiera seguido haciendo mis explicaciones a mis alumnos que tenía delante en clase, como las he hecho, una vez que salí de ahí y volví a la Complutense, de otros muchos capítulos del Derecho Administrativo.

¿Por qué yo me molesté en eso? Porque en aquel momento, para enseñar una cosa, que parecía para todo el mundo muy complicada –el Derecho urbanístico español– tuve que hacer para estos alumnos que no me veían físicamente, dar una cosa, un producto, que pueda ser entendido por ellos. Pero es el azar el que hizo eso; si no hubiera sido por

³ Véase: Entrevista especial al profesor Tomás-Ramón Fernández Rodríguez: Los inicios del interés de Franck Moderne en Iberoamérica y su figura como jurista. Entrevista a Tomás Ramón Fernández por Alejandro Vergara Blanco. *Itinerario latinoamericano del Derecho público francés. Homenaje al profesor Franck Moderne*. Directores: Alejandro Vergara Blanco y Hubert Alcaraz. Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. LVII-LXVII. Lo transcrito en pp. LXIV-LXV.

eso no hubiera hecho ese manual. Y yo creo que la vida, a los profesores, los lleva por ahí y por allá, con unos requerimientos u otros... y te gustan unas cosas; se forman en tu cabeza ciertas ideas sobre lo que tienes que hacer o no. Y a lo mejor, pensando en el caso de Franck Moderne, incluso muchos han tenido el propósito de hacer un pequeño manual (un *précis*) y el tiempo se les ha ido pasando, y no lo han hecho. Otros no se lo han propuesto siquiera, pensando que *précis* o manuales hay muchos, y decir: ¿para qué voy a hacer yo otro más? Esas son cosas muy personales, pero lo cierto es que una obra general –curso, manual– da más proyección al autor, y asegura a éste un mayor conocimiento de su trabajo.

3. *La trayectoria del Curso*. Puedo en fin sintetizar el hecho conocido de las ediciones que ha alcanzado hasta ahora el *Curso*, de sus traducciones y ediciones en Hispanoamérica. El primer tomo, cuya primera edición apareció en 1974, hasta 2022, ha tenido 20 ediciones. El segundo tomo, cuya primera edición apareció en 1977, hasta 2022, ha tenido 16 ediciones (y se espera una nueva edición de ambos en 2024). Cabe destacar que, para la tercera edición de 1979 del primer tomo y segunda edición de 1981 del segundo tomo, hubo de considerarse por los autores la nueva Constitución dictada en 1978 en España.

En 1983 y 1991, respectivamente, el *Curso* fue traducido al italiano⁴ y al portugués⁵. En 2006 el *Curso* fue publicado en Argentina, con notas del profesor Agustín Gordillo, y en una edición peruano-colombiana⁶. Puedo dar testimonio que, a fines de los años 90, existió el proyecto inconcluso de realizar una edición chilena, *parcial*, del *Curso*, el que contó con la aquiescencia de ambos autores, incluso luego de haber definido en un borrador de índice su contenido concreto (sería sólo un tomo), pero no fue posible por razones económicas concretar su edición. Sus autores habían cedido los derechos generosamente, pero el mercado editorial chileno no lo permitió.

El libro no ha cambiado mayormente en el formato de su primera edición, salvo la tipografía y el color de sus tapas, que en un inicio eran de color café y en sus últimas ediciones

de color azul; y un leve aumento del tamaño de las letras en el cuerpo del libro. El primer tomo, en 1974, tenía casi 600 páginas y en 2022 ha aumentado a 876; el segundo tomo, en 1977, también tenía 600 páginas y en 2022 ha aumentado a 761 páginas.

Son muchos los homenajes que se han realizado a los autores por su obra en Derecho administrativo y, en especial, por el impacto cultural del *Curso*. La crónica de ese impacto es realizada día a día por los centenares y miles de citas que se realizan del mismo por casi todos quienes escriben en Derecho administrativo en Hispanoamérica y España. A ello nos remitimos. De ahí que considero innecesario, ahora, abundar sobre su contenido para fundar aún más las razones de su conocido éxito editorial y acogida siempre creciente de sus doctrinas; he preferido realizar la entrevista que sigue.

II. Entrevista al profesor Tomás Ramón Fernández

Alejandro Vergara: Estoy nuevamente con Tomás Ramón Fernández, en Madrid, para conversar sobre los 50 años del *Curso de Derecho administrativo* escrito por él en conjunto con Eduardo García de Enterría.

Tomás Ramón, la anterior entrevista que me diste, fue a propósito del libro homenaje a Franck Moderne, ¿recuerdas?, en donde tú, junto con hacer recuerdos de Franck, también algo dijiste sobre el *Curso*, y de la invitación que en su momento recibiste de don Eduardo para escribirlo en conjunto. La idea de esta nueva entrevista es que podamos recorrer la génesis del *Curso* y del impacto que ha producido en la cultura del Derecho administrativo español y, desde ahí, al hispanoamericano.

Ese es el contexto. Hablar de los 50 años del *Curso* es poner a la luz el lugar que cumplen en una sociedad, los juristas y su aporte a la construcción del Derecho. Mi idea es intentar mostrar las tareas que desarrollan los juristas y una de las primeras tareas autoimpuestas por ellos, y seguramente con gran sacrificio, tú ya nos dirás, es escribir sus doctrinas en un formato comprensivo de las ideas generales de una disciplina jurídica, sistematizándolas a través de esos textos tan apreciados en la cultura, que fueron denominándose primero *tratados*, luego *manuales* o *cursos*, a partir de su destino universitario. Siempre son escritos en relación a una sola disciplina. Hoy en día se ha puesto también en uso y boga los artículos o *papers* que contienen monografías y que se

⁴ Traducción italiana: *Principi di Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1983 (traducc. L. Vandelli y G. Gascani).

⁵ Traducción portuguesa: *Curso de Direito administrativo*. Sao Paulo: Editorial Revista dos Tribunais, 1991 (traducc. A. Setti). En 2015 se realiza una nueva traducción, de la 16ª. edición, en la misma editorial.

⁶ Edición argentina: Editorial La Ley, 2006. Edición peruano-colombiana: editoriales Palestra y Temis, 2006.

diseminan en distintas revistas, pero el gran tratado sigue teniendo un lugar en la cultura jurídica actual. Y si bien pudo haber habido una evolución desde que fueron escritos grandes tratados como el *Curso* debido a ti y a don Eduardo, pues entre medio, en estos últimos años se ha incorporado el predominio de internet y de otras plataformas de conocimiento. Pero, pareciera que, a pesar de eso, los *manuales*, los *cursos*, siguen teniendo un gran lugar. Por eso mi interés de conversar contigo sobre este *Curso*, que ha marcado una época por su acogida.

Algo has comentado en diversas reuniones académicas, al igual que Don Eduardo en alguna ocasión; hace poco tuviste la oportunidad de recordar el origen del *Curso* en una reunión en la Universidad Complutense. ¿Podrías contarnos, nuevamente, el origen del *Curso* y por qué tú te involucraste en escribirlo?

Tomás Ramón Fernández: Es muy sencillo. Ya no le podemos preguntar a quien tuvo la idea, don Eduardo, que lo debería llevar madurando algún tiempo, el sustituir –eso sí está claro– aquellas ediciones digamos domésticas que había de las lecciones de la cátedra que se dictaba en la Facultad [de la Universidad Complutense, en Madrid] y así venía funcionando muchos años. Comenzó por sus lecciones después se incorporaron otros, *corpus* de apuntes o lecciones ya funcionando en la cátedra. Él quería escribir partiendo de ahí, de esos apuntes a algo más formal, más consistente, más que unas simples lecciones dictadas en las clases, mínimamente corregidas. Por eso el texto se llama *Curso*.

Él debería de llevar también madurando la idea de que yo lo acompañara, esto en el año 1972; el libro es de 1974, pero el 72 fue el año en el que yo preparé mis oposiciones a cátedras; como él me veía entretenido con eso, pensó seguramente que cuando termine las oposiciones se lo propondré. Son solo suposiciones de que esto fue probablemente así. Yo puedo contar que creo que fue el día 5 de diciembre de 1972 que el Tribunal puso fin a las oposiciones, con una votación formal, que yo salí con el número 1, éramos 2, y yo ya catedrático. Y entre ese día 5 y la Navidad, yo seguía yendo a su despacho, trabajando normalmente, y un día cualquiera me llama dentro de su despacho personal, que estaba siempre con la puerta abierta, salvo reuniones con visitas. Me llama y me cuenta -delante de Amparo [Velázquez, la mujer de Don Eduardo]-su proyecto de hacer un curso, un libro más o menos elemental, pero con una mayor

consistencia que los apuntes de la cátedra, pero siguiendo esa huella. Y que si yo quería acompañarle. Eso me propuso. Yo en mi ingenuidad, de mis 30 o 31 años le dije que sí, encantado, ¡no sabía en lo que me metía!

Para mí que era un muchacho, él no llegaba a los 50 pero estaba en la cumbre de su madurez intelectual y yo era un muchacho recién llegado, a quien el Tribunal acababa de votar como catedrático. Le dije que sí y con la mayor ilusión. Pasaron las Navidades, tomé posesión de la cátedra, fui a San Sebastián, y en ese tramo lo organizamos. No hicimos ni un esquema de lo que iba a tener, ni los títulos. Empezamos por el principio. Él se encargó de señalar las partes que inicialmente escribimos cada uno. Ya no se ponen en las nuevas ediciones del *Curso* las advertencias de quien de los dos era el autor de los textos bases de cada capítulo. En las primeras ediciones se ponía; ya no. Lo cierto es que cada uno hizo su parte, nos lo intercambiábamos. Mientras vivía en San Sebastián, más de 2 años, cada 2 meses iba a Madrid, no había internet, solo máquina de escribir y teléfono. Cada vez que tenía un texto iba a Madrid, y se lo llevaba. Él lo leía, apenas hablábamos, la gente cree que es muy curioso, apenas hablábamos. Nos hicimos correcciones. Yo quizás humildemente podía sugerir alguna, él hacía cualquier corrección que quisiera. Lo que cada uno hizo, al otro más o menos le pareció bien, y así fuimos progresando. Mal que bien, en un año salió el primer volumen.

Alejandro Vergara: Eso es mucho trabajo, ¿fue muy intenso?

Tomás Ramón Fernández: Sí, la verdad que hay muchas cosas que yo miro para atrás y me parecen un milagro. ¿Cómo podía yo hacer aquello? ¡En aquellas condiciones! En San Sebastián no tenía libros. Los que tenía personalmente. La Facultad, era un edificio nuevo, de tres años; pero no había ninguno. Nada. Llegué como párroco a tierra de misión, bajo la primera palmera, para montar la misa. No había nada. Ni la Ley de procedimiento administrativo. O sea que no me explico como pude hacer eso, como muchas otras cosas.

Pero lo cierto es que sí, milagrosamente, nos entendíamos muy bien. Esa fue seguramente la razón por la cual me eligió a mí y no a cualquiera de los que yo llamo mis “hermanos mayores” de la disciplina. No queda ninguno, sólo Lorenzo Martín-Retortillo, que no está bien y se encuentra retirado en Huesca, en su ciudad natal. Hace unos días murió

Ramón Parada, antes Alejandro Nieto, antes Ramón Martín Mateo, y antes Sebastián Martín-Retortillo...

Nos entendíamos bien. Hacía varios años que yo trabajaba en el despacho con él. Todos los días. Yo me había acostumbrado a su modo de hacer las cosas y él a aceptar las cosas como yo hacía. Por eso el libro salió con tranquilidad, con naturalidad. No habíamos hablado mucho.

Alejandro Vergara: Pero si trabajaban juntos con armonía, entonces ya habían hablado mucho con anterioridad, me imagino; estando juntos en el despacho ya se conocían mutuamente, más o menos, el modo de pensar.

Tomás Ramón Fernández: Yo empecé en el mundo del Derecho administrativo con él. Había sido alumno suyo, en Valladolid, en el año 1959, de estudiante. Luego hice la tesis con él; desde el 65 estuve en el despacho hasta el 73 con él, hasta que me fui de catedrático a San Sebastián. Esos ocho años, día tras día, ¡pues, hombre, fue mucho lo que aprendí! Por eso yo digo con énfasis, que es mi maestro. Porque en la Universidad llamamos maestro a todo aquel profesor que te ha dirigido o impulsado tu carrera, o de cuyos libros has aprendido cosas, pero maestro, maestro, es el que enseña. El que me enseñó a mí a hacer y a pensar el Derecho, y en concreto el Derecho administrativo, fue él. A lo mejor ya te lo he dicho antes en otra ocasión, porque siempre lo repito, yo aprendí Derecho administrativo como los pintores aprendían a pintar en el Renacimiento: en el taller de un maestro. Haciendo lo que el maestro te pedía, pinta aquí las nubes, luego el maestro pasaba por el tablero de sus discípulos e indicaba "debes poner más color aquí", y hacía una indicación, o te pegaba un brochazo en lo que habías hecho. Por eso digo que estábamos muy identificados. Él también, desde otra perspectiva, estaba muy acostumbrado a como yo hacía las cosas. Por eso es por lo que hablábamos muy poco, pocas veces. Tal vez comentaba o indicaba alguna cosa: "esto hay que extenderlo un poco, o reducirlo un poco", etc. No cosas de concepto. Salió todo con mucha naturalidad. Siempre en el entendido de que teníamos los apuntes como punto de partida, de base. Era nuestra referencia.

Alejandro Vergara: ¿En los apuntes de clase ya existía una primera división temática? Si es así, entonces, no había que ponerse de acuerdo en la sistemática o en los capítulos que comprendería el libro, porque ya existía.

Tomás Ramón Fernández: Ya existía una primera división temática. Por eso los volúmenes fueron saliendo uno a uno, porque era el desarrollo del programa de Derecho Administrativo suyo y el que yo también presenté a las oposiciones. Es decir que la sistemática estaba dada, porque esto debía ser un curso, no otra cosa, que ya estaba dado. Y un curso supone el desarrollo de las lecciones del programa de Derecho Administrativo que teníamos. Por eso no hubo nada que sistematizar, sino simplemente, meter en cada sitio lo correspondiente.

Alejandro Vergara: ¿Hubo alguna discusión, en el sentido amistoso? ¿Algo en que ponerse de acuerdo, respecto de alguna materia, por tener perspectivas distintas?

Tomás Ramón Fernández: No, por eso te digo que hablábamos muy poco. Rara vez surgió algún comentario, ni me acuerdo. Solo me acuerdo de cosas que rectificamos, que él concretamente empezó de una manera un tema y no estando de acuerdo como iba, me lo pasaba a mí, y tampoco me gustaba. Y lo comenzaba de vuelta. Y a mí me ocurrió algo parecido, pero pocas veces. La gente se sorprende de que no habláramos, pero así fue. Eso debía ser un Curso de Derecho administrativo, un desarrollo del programa nuestro de la disciplina y nada más. Eso debía ser. Finalmente, terminó siendo más que eso; fue un libro que intentó una interpretación global de la disciplina; y eso es algo más que un libro para estudiantes de licenciatura. Pero salió así. El primer capítulo que es el más breve, es el que más se parece a la primera lección que estaba en los apuntes, en tamaño, pero luego se pasó el centenar de folios. No se pre acordó; salió así. Los libros a veces pasan a ser otra cosa distinta a la idea original, se van un poco de las manos. Pero lo dejamos correr, y seguimos por el camino que habíamos encontrado y quedó así.

Alejandro Vergara: En ese momento no existían otros cursos de Derecho administrativo, modernos, en España.

Tomás Ramón Fernández: Así es, modernos existía solamente el de Fernando Garrido, que era más incompleto que el *Curso* nuestro, pero que tuvo el gran mérito de ser el primero de la nueva generación de administrativistas, de la generación de los 50. El libro de Fernando Garrido es el primer libro moderno de esa nueva etapa. Pero tiene notas, y notas muy detalladas. Si se le quita las notas, el texto que queda es muy breve. Es meritorio por eso y Fernando Garrido era un hombre muy competente.

Alejandro Vergara: Escuché una anécdota de un profesor alemán respecto del *Curso*, según la cual una universidad alemana se demoró mucho en adquirir el *Curso* para la biblioteca, porque al no tener notas, pensaba que era una obra muy sencilla. Después descubrieron que era un libro muy importante, aunque no tuviese notas. ¿Cuál fue la razón de la decisión de ustedes de no ponerle notas?

Tomás Ramón Fernández: Desde el punto de partida. Desde el inicio, pues como era un simple curso, muy sencillo, a nuestro juicio no debía llevar notas. Si no, tampoco se hubiera llamado *Curso*. No obstante que, como decía, resultó ser más que un curso.

Alejandro Vergara: Es realmente un tratado, ¿no?

Tomás Ramón Fernández: No sé si un tratado. Se llama *Curso* porque lo que pretendíamos era hacer un curso de las lecciones de Derecho administrativo. Por eso naturalmente no debía tener notas.

Alejandro Vergara: Traigo a cuento otra anécdota, que leí hace años en la *Revista de Occidente*, en que se contaba que cuando Ortega y Gasset se preparaba para escribir sobre algo, como es natural leía previamente varios textos, hacía algunas anotaciones o fichas de esos textos; luego reunía las fichas en su mesa de trabajo, las leía bien, y una vez leídas las apartaba y él se ponía a escribir en hojas en blanco sólo con el recuerdo de esas notas. La pregunta es, ¿fue parecido el sistema de ustedes también? Lo recordé, ya que me dijiste recién que tenías pocos libros en San Sebastián. ¿Cómo era el taller del jurista en ese instante? ¿Tenían fichas con anotaciones? ¿Tenían una guía para orientarse? ¿Tenían los libros para consultar?

Tomás Ramón Fernández: Si vieras, nos parecíamos en muchas cosas. Aunque en otras éramos muy distintos. Si recuerdas, el despacho de Don Eduardo estaba lleno de libros abiertos, textos. Parecía desordenado, pero no, era su orden. Si ves el mío, en la mesa no tengo lío de libros que esté manejando. Cuando necesito algo, lo busco. Hay una cosa que sí tengo, es una carpeta en las que voy reuniendo folios en donde tomo notas, muchas veces textos literales; muchas veces, para no volver al libro, con la cita de la página, etc. Así se va formando una carpeta que para mí que soy itinerante, no trabajo solo aquí, sino aquí y en mi casa, voy con la carpeta. Que es todo lo que necesito para escribir lo que estoy escribiendo. Todo lo que necesito está ahí. Si

necesito algo adicional lo busco. Pero tengo esa carpeta en están todas mis notas. Pero eso cuando estoy escribiendo un trabajo u otro libro, pero para este *Curso* no teníamos nada.

Alejandro Vergara: Pero ¿tuvieron o siguieron algún modelo, por decirlo así? ¿Algún tratado, manual o curso de otro u otros autores?

Tomás Ramón Fernández: O sea sí; el libro de referencia era el *Précis* de Hauriou, pero eso estaba ahí detrás, no pretendimos hacer nada parecido a Hauriou; ni tampoco a Duguit, que no se parece en nada a Hauriou. El de Duguit es de Derecho constitucional, además. No pretendimos hacer más que un *Curso* para estudiantes de Derecho administrativo; es decir un conjunto de lecciones que desarrollaran el programa de Derecho administrativo que teníamos a nuestro cargo en nuestras cátedras. Pero se nos calentó la mano y fue creciendo. Lo que iban a ser unas lecciones, terminaron siendo más que eso.

Alejandro Vergara: Es verdad; resultó ser un libro que en principio está dirigido a los estudiantes, para que pudiesen complementar las lecciones orales; y su éxito parece innegable entre los estudiantes. No obstante que también se transformó en un diálogo con los profesores...

Tomás Ramón Fernández: Sí, la verdad que yo nunca me atreví, salvo en San Sebastián que no había otra cosa, en presentar a mis alumnos el *Curso* como una especie de texto oficial de la cátedra. Supongo que mis alumnos, entre los apuntes de las clases que daba y el libro, lo manejarían. Pero en Madrid, nunca me atreví en los grupos de estudiantes que tuve, nunca les dije este es el libro. Siempre enumeré en los programas para mis alumnos todos los libros de Derecho administrativo disponibles en el mercado para que cada uno eligiera el que quisiera. Cualquiera de los libros se podía utilizar para preparar el programa; nunca les impuse este libro. La evolución de las cosas, que han ido a peor, que el nivel de exigencia en las universidades ha decaído, hace que hoy se emplee cualquier libro de Derecho administrativo. Han surgido otros autores, otros libros, más resumidos, más fáciles, más breves, con otros profesores. Y éste prácticamente desaparecerá de las Facultades, porque los estudiantes ya no lo utilizan.

No obstante, creo que la Universidad Complutense de Madrid, que tiene un convenio con Paris 1, y que ofrece un sistema de doble titulación (los alumnos pasan unos años en Madrid y otros en Paris), en ese sistema con



Tomás Ramón Fernández.
En Madrid el 18 de abril de 2024

estudiantes más exigentes, de "más calidad" digamos, les exigen este libro. Pero ahora respecto del resto de los alumnos, es distinto, todo es mucho más *light*.

Alejandro Vergara: El *Curso*, desde su aparición, tuvo gran valoración y, desde 1974 las ediciones fueron muy pronto y muchas, en el 75 ya hubo una reimpresión, en el 77 y 78 y 79. Tercera edición en el 79, reimpressiones en 80 y 81. Cuarta edición en 1984, a 9 años. Y así hasta ahora, en que ya hay 20 ediciones del primer tomo y 17 del segundo, sin perjuicio de las reimpressiones...

Tomás Ramón Fernández: El libro causó un gran impacto, recuerdo. No tengo aquí el libro, pero Fernando Sainz Moreno hizo un volumen cuando murió don Eduardo con las reseñas que se hicieron de este libro. Y eso sí se ve, efectivamente, se aprecia el impacto que el libro tuvo. Porque las primeras reseñas de las primeras ediciones no están hechas por muchachos como suele ser lo habitual; normalmente hecha por amigos, colaboradores, discípulos del autor. No; las reseñas están hechas por catedráticos ve-

teranos, por ejemplo, Jaime García Añoveros, catedrático de Derecho Financiero, ahora tendría noventa y tantos. Se recibió con gran expectación y alboroto. Fue, no porque lo diga yo, 50 años después da lo mismo, pero fue un gran acontecimiento. Aunque a mí me resulte incluso curioso, pero su aparición fue un acontecimiento en el mundo jurídico español del momento.

Alejandro Vergara: ¿Que influencias hubo a partir de las doctrinas que contenía el *Curso*? ¿Qué influencias o discusiones puedes destacar respecto de los demás autores de la disciplina (esto es, el resto de la doctrina), de la jurisprudencia, e incluso influencias en el legislador, o en la propia Constitución de 1978?

Tomás Ramón Fernández: Hay cosas más fáciles de decir que otras. Influencias en la Constitución, pues sí, y es más fácil de decir; porque hay en ella posiciones doctrinales del maestro. En la jurisprudencia, habría que decir cómo eran las cosas en el 73, y como fueron cambiando, y eso sería largo de contar. En el 73, la jurisprudencia contencioso administrativa era más bien pobre. Acababan de llegar o estaban llegando al Tribunal Supremo, a las Salas que entonces había, varias del contencioso, los primeros especialistas, que creó la ley de 1956. Fue un gran acierto esa ley. No se limitó a establecer una jurisdicción contencioso administrativa, de nueva planta, de naturaleza judicial, sino que creó a su servicio, una nueva escala de magistrados especialistas en lo contencioso administrativo, que fueron seleccionados a partir de una rigurosa oposición, con rigurosas pruebas, entre candidatos que ya eran jueces con antigüedad de más de tres años en su profesión. Fue una oposición entre jueces muy dura inicialmente, la que permitió adelantar como 15 años en su carrera. Antes de eso, los Magistrados llegaban al Tribunal Supremo muy próximos a la jubilación. Algunos magistrados pedían traslados a Madrid, a un Juzgado de Primera Instancia, para así acercarse, en su momento, al Tribunal Supremo.

Estos magistrados, nuevos especialistas que llegan con la Ley del 56, se adelantan como 15 años y empiezan a llegar al Supremo con 50 años. Hay muchos; uno muy notable, que habrás escuchado hablar, fue Javier Delgado Barrio, que ha sido en dos mandatos presidente del Tribunal Supremo y del Consejo del Poder Judicial, de una de las primeras promociones. Estos cambiaron la faz de la jurisdicción contencioso administrativa y de su jurisprudencia. Inicialmente estos especialistas ingresaron en las Salas de lo contencioso ad-

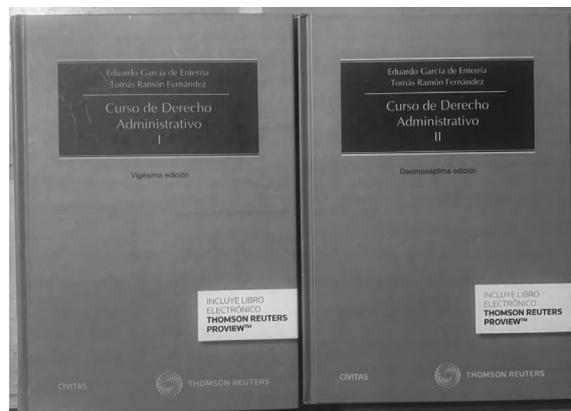


1ª edición, Tomo I, 1974; Tomo II, 1977

ministrativo en las Audiencias Territoriales, en la primera instancia; luego pasaron unos años hasta que ascendieron por un turno especial, al Tribunal Supremo, entre especialistas. Por eso llegaron antes.

Más o menos fue a principios de los 70, o finales de los 60, que llegaron al Supremo los primeros especialistas. Antes, en el Tribunal Supremo eran habituales las sentencias que simplemente se limitaban a confirmar las que en apelación eran dictadas por los especialistas que estaban abajo en las Audiencias Territoriales. Pero en el Tribunal Supremo, en los principios de los 70, por ejemplo, Rafael Mendizabal, hizo unas sentencias muy notables en el año 71 sobre la potestad sancionadora, aplicando los principios del Derecho penal, etc. Estaba recién llegado al Tribunal Supremo, creo que fue de la primera o segunda oposición. La jurisprudencia contencioso administrativa cambió con la aparición de los primeros especialistas pues es gente que hablaba el mismo lenguaje de la nueva doctrina, que es la que aparece con la *Revista de Administración Pública* y que se expresa en dicha revista. Y comienzan a hablar de lo mismo, porque los anteriores jueces hablaban de otra cosa. Hablaban de otros libros, de otras cosas, con otra cabeza. Digamos que el Derecho administrativo moderno de aquel momento, empieza a llegar a los magistrados a través de las oposiciones de los especialistas. Y a partir de ahí hay un proceso creciente, de renovación de la jurisprudencia contencioso administrativa, al ritmo que se van extendiendo los especialistas en el Tribunal Supremo.

O sea que en la medida que este libro se escribe en esa corriente de modernización del Derecho Administrativo, los primeros especia-



Tomo I, 20ª edición 2022; Tomo II, 17ª edición, 2022

listas beben de estas fuentes. Más o menos esa es la historia.

Alejandro Vergara: Eso, en cuanto a la Constitución y la jurisprudencia, ¿y la doctrina? ¿Que puedes decir de la reacción de la doctrina respecto del *Curso*?

Tomás Ramón Fernández: Lo que se llama la doctrina, convencionalmente, éramos, un grupo inicialmente reducido, liderado por García de Enterría; en esas fechas, en 1974, éramos 6: Sebastián Martín-Retortillo, Alejandro Nieto, Lorenzo Martín-Retortillo, Ramón Parada, más Don Eduardo y yo. Luego estaba el grupo de Granada: Fernando Garrido, Mariano Baena, Jose María Boquera. Luego estaba el grupo sevillano en torno a Manuel Clavero, que eran más próximos a nosotros. El pequeño grupo del Opus Dei en torno a José Luis Meilán y luego el contemporáneo mío, y un poco más moderno, Gaspar Ariño y Alfredo Gallego Anabitarte. Esos eran los 4 grupos de la doctrina. Nunca hubo peleas doctrinales. Los sevillanos, liderado por Manuel Clavero, eran muy próximos a nosotros. Los demás seguían a Fernando Garrido, que no eran amigos del alma con Enterría, pero... se llevaban.

Los del Opus Dei, doctrinalmente, significaban muy poco, porque Laureano López Rodó estaba en la política y era todavía Comisario del Plan de Desarrollo en el año 73 y luego se fue de embajador a Viena. Y con José Luis Meilán, si yo hice las oposiciones en el año 72, él las hizo 3 años antes, no había disidencias.

Esta era la nueva corriente que se estaba imponiendo con carácter general. Con entusiasmo y con seguimiento en algunos casos, con menos en otros casos. Hubo una extensión de lo que este libro significaba, en

general más bien pacífico. Nunca hubo debates doctrinales. Como el que yo protagonicé en los 90 respecto del poder discrecional, en aquella época no hubo.

Alejandro Vergara: Quizás ya llegaremos a eso, pero en un *Curso* como este siempre hay un primer objetivo que es entregar sistemáticamente a los alumnos de una disciplina, toda la materia. Pero quizás hay dos aspectos adicionales que deben tener una respuesta aquí: primero, las respuestas técnicas, las respuestas interpretativas respecto de ciertas normas; luego en cuanto a algunas técnicas específicas de Derecho administrativo, las autorizaciones, sanciones, concesión, etc. El dominio público, por ejemplo, quedó pendiente; está anunciado en algún capítulo, pero nunca se llegó a escribir, ¿cierto? ¿Pensaron en un tercer tomo, quizás?

Tomás Ramón Fernández: Del tercer tomo no hay más que un folio en el que aparecen 8 o 10 temas que en un determinado momento nos dio por apuntar. ¿Por qué no hubo un tercer tomo? En el año 78 se produce una transformación radical, es decir, la Constitución. La atención estaba puesta en la Constitución. De un modo todo eso se incorpora, se vierte en los dos volúmenes del curso. Pero hay temas que a partir de la Constitución tienen que renovarse legislativamente. Por ejemplo, la organización de la Administración del Estado, el Régimen Local. Lo hubiéramos hecho si se nos hubiera puesto a tiro, pero no tenía sentido en esa época dedicar un volumen a la organización del Estado, o a la Administración local, en un proceso de cambio que no estaba terminado. Ya teníamos bastante entretenimiento con mantener al día los otros dos tomos. Esa fue la razón. Si hubiéramos vivido en un mundo más plano, más pacífico, pues le hubiera tocado el turno a un tercer tomo. Pero aquí se interrumpió porque estuvimos a la espera de que los temas del tercer tomo -funcionarios, organización-, las nuevas leyes, fueran apareciendo, pero no comparecieron tan rápido. Eso se fue demorando, mientras tanto teníamos que, continuamente, anotar o asimilar las nuevas leyes que iban saliendo y que afectaba a los dos volúmenes.

Alejandro Vergara: Retomo la pregunta anterior, que yo mismo di lugar a interrupción. Hay cuestiones técnicas que se deben resolver como en cualquier trabajo y requieren interpretar bien la ley, verificar lo que ha dicho la doctrina, la jurisprudencia y pronunciarse respecto de eso; pero hay cosas más profundas de un *Curso*, pareciera, y tiene que ver con

las convicciones o con la ideología jurídica de los autores. ¿Hubo alguna definición que se tuviese que tomar o fue todo tan espontáneo, como decías? Por ejemplo, siempre se ha adjudicado a la escuela de Don Eduardo y tuya, a raíz de todo este fenómeno cultural que produjo el *Curso*, que a través del *Curso* se demostraba que era una escuela democrática. Esa es una primera definición. Y quizás otras definiciones globales. ¿Percibes que algo que haya sido buscado o que quedó depositado en el *Curso* tuvo consecuencias en la vida social, más allá de la discusión doctrinaria por técnicas específicas?

Tomás Ramón Fernández: Es más sencillo de lo que parece. Estamos en el año 74 cuando apareció el *Curso* que se gestó como digo en el año 73; estamos en pleno franquismo, pero en las vísperas de la terminación del franquismo, lo que se ha llamado el tardo franquismo, más aún, en las vísperas porque Franco murió en el 75. Murió un año y pico después de la aparición de la primera edición. El libro no es que anuncie la buena ventura, sino es que en aquella época, de alguna forma, todos los españoles o una buena parte, estábamos intentando o teníamos acomodada la cabeza en intentar otra cosa. En alguna forma, el libro -la primera edición- es una especie de reinterpretación liberal de un ordenamiento que en aquel momento seguía siendo autoritario. Un ordenamiento autoritario claudicante porque se estaba acabando.

Por lo tanto, cuando muere Franco, que en paz descansa, no hubo necesidad de que cambiáramos nada, porque fue la continuación del espíritu que teníamos nosotros dentro, el que orientó y alimentó la primera edición. Eso es todo. Cuando llega la Constitución, que son 4 años después, no hace sino confirmar aquella reinterpretación liberal que nosotros habíamos hecho del ordenamiento. No había separación de poderes, hacemos referencia a eso en la primera edición. Había una ley de control jurisdiccional de los actos de la Administración que tenía sus agujeros, pero teníamos en marcha nosotros ya una interpretación superadora de esas limitaciones.

Y esa interpretación superadora de las limitaciones, derivadas del ordenamiento anterior, simplemente continúan y se ven confirmadas por la Constitución. Eso es muy fácil de ver en el artículo 9 de la Constitución, apartado 3, que refiere a la seguridad jurídica y otros temas, y prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Ese es el resultado de una enmienda que presenta Lorenzo Martín-Retortillo, que

era senador en las Constituyentes, quien, tomando como referencia un trabajo de García de Enterría sobre la intervención en la potestad reglamentaria publicado en la *Revista de Administración Pública*, ve la ocasión de llevar esa prohibición de arbitrariedad y lo consigue. Ahí está, el artículo 9.3, el que tiene origen en esa enmienda que presenta Lorenzo Martín-Tortillo, discípulo de García de Enterría.

El artículo que se refiere a la legislación delegada, el 82, lo redactara quien lo redactara, es una especie de resumen muy puntual y detallado de lo que fue el discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia de García de Enterría. Nosotros de alguna manera explicamos también ahí lo relativo a la potestad reglamentaria, el control de la discrecionalidad. Son cosas que ya venían de atrás, que tenían planteamientos que, hoy son convencionales, o son los usuales, pero que, en aquel momento, en el año 1974, eran superadores y polémicos de los obstáculos de la época, pero que cuando esos obstáculos aparecen y se despliegan en la nueva Constitución, cambia todo.

Es decir, que no hubo cambios ideológicos por parte de los autores, ninguno. Estábamos en la onda de lo que fue la Constitución del 78. De esta manera intentamos anticipar, según la interpretación liberal de un ordenamiento autoritario pero decadente, claudicando, el que había a principios de los 70.

Alejandro Vergara: Ahora, respecto del desarrollo de las ideas después de escrito el *Curso*; pues, 50 años son 50 años y por lo tanto puede haber muchas variaciones en el Derecho. Sin perjuicio de esa posición democrática y liberal que describes, y que es manifiesta en el *Curso* por lo demás, pueden surgir a posteriori modificaciones de la ley misma, y todos captamos que ha habido un esfuerzo permanente por tener al día el libro. Pero hay otras modificaciones más importantes para un *Curso*: los cambios eventuales de los propios autores, los que podrían a través del tiempo, llegar a una convicción distinta a la inicial o querer explicar mejor ciertas convicciones que hayan quedado redactadas de un modo ambiguo o incompleta, en especial en aquellos casos en que se haya producido alguna perplejidad en los lectores. Te pregunto: ¿hubo algún tema que ustedes sintieran que había que redactar realmente de nuevo, o cambiar alguna doctrina o postulado contenido en el *Curso*?

Tomás Ramón Fernández: Hubo un capítulo que aborda el ordenamiento autonómico del territorio, que sí tuvo cambios en las distin-

tas ediciones. Unos años en que yo hice fundamentalmente ese capítulo y luego García de Enterría lo sustituyó. Porque era el primero, se notaban que eran las leyes marco, y se explicaba lo que eran los estatutos y todo eso estaba en ebullición ciertamente y él hizo un análisis general del tema y, al final, se sustituyó lo que era una explicación fragmentaria por una explicación más completa. Pero fue lo único que se sustituyó. No fue por un cambio ideológico, sino por la necesidad, el progreso natural del conocimiento y una realidad normativa nueva sobre la que no teníamos experiencia, que era la realidad constitucional. La Constitución de 1978 incorpora dos novedades radicales con respecto al Derecho histórico español, de los que no teníamos ninguna experiencia o una experiencia mínima. Una es lo que la Constitución de la República llamó el Estado Regional que para nosotros pasó a ser el Estado de las Autonomías, o las comunidades autónomas, que es la misma idea que un Estado compuesto, próximo a un Estado Federal, aunque no parte de abajo hacia arriba, como el Estado Federal, sino de arriba hacia abajo, que es el Estado unitario, que se descentraliza. Pero es la misma idea. Eso estaba en la Constitución republicana, que duró tan poco tiempo que no hubo oportunidad de un desarrollo científico. Era la única experiencia que teníamos.

El otro tema nuevo era la justicia constitucional, de la que en la República había una experiencia mínima, porque sí hubo un Tribunal de Garantías Constitucionales, pero eran tan pequeñas esas experiencias en el tiempo, tan pobres en ese sentido y en otros muchos, en que estaba por construir el Estado de las Autonomías y la justicia constitucional en España con arreglo a la Constitución. Esas fueron, poco a poco, cosas que obligaron a tomar posiciones. Pero de un modo natural. Yo no puedo decir ni de Enterría ni de mí, por lo tanto, que hubo cambios en nuestra manera de pensar; no los hubo. No los hubo más allá del cambio impuesto por la edad. Él tenía cuando salió este libro casi 50 años y yo 32. Y claro él hace 11 que murió, pero murió con 90. Yo estaba jubilado cuando él murió, yo tenía 72. Y claro lógicamente la edad va moderando, pero un camino natural. Ninguna rectificación hubo, sin embargo.

Alejandro Vergara: ¿Nunca conversaron que iba a ocurrir con este *Curso* una vez que él ya no estuviese?

Tomás Ramón Fernández: No. Desde las últimas ediciones, la verdad es que las hice yo solo. Durante mucho tiempo, nos repartía-

mos un volumen cada uno, si él había hecho la revisión del primero y yo la del segundo, en la nueva edición, el hacía la del segundo y yo el primero. Y así estuvimos mucho tiempo, en muchas ediciones. Recuerdo un momento, luego que ya nos habíamos repartido así, en que llego un día a su despacho y con mi edición preparada, no recuerdo que tomo, pero él no había hecho nada, le pasaba cuenta la edad. La había empezado a hacer, dos capítulos, pero se le había olvidado. Así que las hice yo. El murió en el 13, a lo mejor desde el 6 u 8 yo venía haciéndolas. La pauta nos la daba la editorial que impuso la costumbre de los 2 años más o menos, pero él no sabía cuándo iba a morir y yo tampoco. Para entonces estábamos preparando la siguiente edición. El modo más natural era que yo siguiera haciendo las actualizaciones. Este libro durará pues lo que me dure a mí la gasolina.

Alejandro Vergara: ¡O sea, bastante!

Tomás Ramón Fernández: Ya no tengo muchas ganas. En realidad, le tengo mucho cariño al *Curso*, pero con lo que se avecina, si las cosas van por el camino que van ... Este año lo estoy dudando. Aquí en España, el Estado de derecho desde que gobierna el señor Sánchez me parece una broma. Ayer tuve que comparecer en el Senado como experto para hablar sobre la ley de amnistía. Si esta ley se aprueba y llega a ser aplicada, el Estado de derecho en España estará entrando en desaparición. No quise ser más rotundo, en el Senado hubiera sonado como un exabrupto, pero si lo hubiera dicho ante una audiencia de otro tipo, lo hubiera dicho. Si esta ley se aprueba y se aplica, el Estado de derecho en España desaparece. Por eso lo he dudado; mi hijo y amigos me han dicho: "tienes que hacerlo con más motivo", pero la verdad es que tengo que hacer un largo prólogo para esta edición justamente para contar esto. Pero si las cosas van por este camino, cómo voy a contar ahora yo solito a la gente, que el ordenamiento es como se dice en el libro si se da otra cosa. Y esa otra cosa no quiero contarla. Y desde luego no quiero engañar a nadie haciendo pensar que puede seguir siendo esto.

Alejandro Vergara: Se puede contar en la medida de las posibilidades, pues, como se puede decir, el jurista propone y el derecho dispone; de ahí que el jurista podrá explicar y desarrollar el derecho vigente, pero con críticas, ¿o no?

Tomás Ramón Fernández: Las críticas están muy bien, eso hacemos los juristas nor-

malmente, lógico. Pero no son las tablas de la ley, inmutables. Pero una cosa son las críticas puntuales, más o menos profundas o amargas incluso, en este punto, y otra cosa es un cambio de sistema. Hay que contar otra vez, críticamente el nuevo sistema. Eso no quiero hacerlo. Y tampoco engañar a nadie publicando una ley que ya no es. Eso si se sigue este camino, que no creo, pero puede ser. En este trance de que el señor Sánchez para mantenerse en el poder, porque necesita los votos, les da a los catalanes todo y les sigue dando y entregando y mañana hay un referéndum, etc. y esto pasa a ser no un Estado de las Autonomías, compuesto, sino un estado confederal, pues yo en esa broma ya no entro. Si la Constitución deriva en esa dirección, yo ya no hago el esfuerzo de contar esa situación nueva.

Alejandro Vergara: Esperemos que no resulte entonces. Y que sigas manteniendo el *Curso*.

Tomás Ramón Fernández: Yo pienso que este libro cumple 50 años, son sus bodas de oro, es una cifra importante que no ha alcanzado ningún libro español. El de los Elementos de Derecho Administrativo de D. Antonio Royo que apareció en el 1910, lo fue manteniendo su hijo hasta el año 64, o sea 54 años. Pero es una cosa puramente formal. 50 años ya es mucho, ello justifica hasta una vida, y yo tengo muchos años también.

Alejandro Vergara: Entonces habrá que celebrar cuando aparezca la nueva edición. Esto es algo que hay que celebrar.

Tomás Ramón Fernández: Aquí nadie celebra nada. Si no lo organizo yo, no lo organiza nadie. Y yo no lo voy a organizar. Si alguien quiere organizarlo con motivo de los 50 años, que se cumplen en septiembre-octubre de este año... Para entonces aparecerá una nueva edición del primer volumen; aparecerá antes o después del verano.

Alejandro Vergara: Este libro en todos estos años debe haber cumplido cifras importantes. No sé si tienen, porque es muy moderno casi de economistas. La editorial tiene cifras, no me refiero a dinero, sino cuántas ediciones, reimpresiones, cuántos ejemplares se vendieron.

Tomás Ramón Fernández: No sé, eso se podía saber y se sabía, aunque no poníamos mucha atención en ello, ni él ni yo, pero bastaba decirlo cuando el libro lo editaba Civitas. Porque en Civitas el presidente era Enterría, y esa era una editorial muy familiar, que nos hubiera bastado decirle al gerente que se fije

cuantos ejemplares se editaron desde el principio, en una semana lo teníamos.

Pero luego pasamos a Aranzadi, después a Thomson. Ahora los suecos. Quiero decir que ya cuando pasó a Aranzadi, una editorial muy tradicional, familiar, de Pamplona, nos entendíamos muy bien, eran unos chicos muy majos, pero eso se fue al garete muy pronto, porque cayó en manos de una chica joven, cuando desaparecieron los viejos, que no era capaz de sostenerlo, se vendió y entró en otra dinámica. Con un editor que no conoces, no te van a estar contabilizando los ejemplares vendidos, etc. ¡Ahora menos todavía! Antes hacías un contrato por tantos ejemplares, el editor tenía que comprar el papel para los ejemplares asumidos, hacía esa inversión y asumía un riesgo, el dinero que tenía que adelantar. Pero hoy no se edita así, hoy recibe, aprieta un botón, hace 300 y se hacen. Cuando se acaban, y quieren sacar 100 más, aprietan otro botón. Hoy el editor imprime en función de la demanda del mercado. Tampoco se puede contabilizar las versiones electrónicas. Las versiones e-book. No se puede controlar.

Nunca ha sido fácil para el autor, siempre está en manos del editor, porque el que sabe es el editor, el autor sabe lo que el editor le dice. Si el editor es honesto y el autor tiene fuerza, se juntan los dos, se lo puede creer porque el editor dice la verdad. Si el autor se llama Gabriel García Márquez, por ejemplo, si se cabrea se lleva el libro a otra editorial y

adiós negocio. Pero a Pepito Perez, no le dice los ejemplares que ha hecho, ni de broma, porque si le dice la verdad le tiene que pagar más. Por eso es muy difícil saber. Por eso digo que en la época en que se editó este libro por Civitas sí se controlaba, porque estábamos nosotros dentro, y Enterría era el presidente. Es lo mismo que el *Manual de Derecho urbanístico* mío, que se edita desde 1980 y va por la 27ª edición. Ese se ha venido editando todo este tiempo con un amigo mío, y sin contrato. Cuando me parecía que los derechos eran poco y se estaban vendiendo mucho, le reclamaba a Manolo y lo subíamos. Sólo porque era un ambiente estrictamente familiar, era muy amigo mío. Pero hoy El Consultor también pertenece a estos suecos. Las primeras ediciones eran del orden de 4000 casi 5000, luego se redujeron a 3500, o algo así. Estamos hablando de miles de ejemplares.

&&&

Tomás Ramón, hemos recorrido diversos aspectos a propósito de los 50 años del *Curso*, respecto del cual, a partir de esta entrevista, muchos lectores podrán enterarse de nuevos detalles de su gestación. Muchas gracias por haberme concedido esta nueva entrevista y por tus palabras que nos servirán mucho a todos quienes, siguiendo tu estela y la del maestro García de Enterría, estamos y seguimos en esta cultura del Derecho administrativo.

En Madrid, 18 de abril de 2024.

Actualidad y desafíos regulatorios: XXII Jornadas de Derecho de Energía

La presente sección de Coloquios tiene por objeto dar visibilidad a las presentaciones realizadas en las XXII Jornadas de Derecho de Energía “Actualidad y desafíos regulatorios”, celebradas el día 1 de agosto de 2023, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico, en las cuales se abordaron, analizaron y discutieron temas de la actualidad jurídica en materia de energía y los desafíos que enfrenta Chile en esta área.

Hace 22 años consecutivos las Jornadas son una instancia que reúne a profesores, investigadores, abogados y estudiantes especialistas en esta área del conocimiento jurídico, en un espacio interdisciplinario de reflexión en la materia. Con el paso del tiempo se han consolidado como una instancia de encuentro académico plural, en que se produce un intercambio de experiencias y opiniones jurídicas en torno al Derecho de energía.

El objetivo primordial de dichos encuentros académicos es abordar una materia específica del Derecho, como es la energía, mediante las exposiciones de especialistas en la materia, nacionales y extranjeros, con la finalidad de contribuir al conocimiento y su divulgación. Es por ello que, esta nueva sección de la Revista busca dar a conocer algunos de los trabajos que se expusieron en aquel encuentro, con la finalidad de proporcionar al lector una visión actual e integral del Derecho de energía y de los desafíos en temas regulatorios.

Cabe mencionar y traer a la luz las Actas de Derecho de Energía (ADEner)¹, a través de las cuales el PDAE publicó los trabajos presentados en algunas Jornadas de Derecho de Energía. Las ADEner N° 1 refieren a las Jornadas de Derecho de Energía del año 2011; las ADEner N° 2, a las celebradas en el año 2012; ADEner N° 3, las de 2013; ADEner N° 4, las de 2014; ADEner N° 5, las del 2015 y ADEner N° 6 las celebradas en 2016.

A continuación publicamos los siguientes trabajos presentados en dichas jornadas:

Transición energética e integración vertical en el mercado eléctrico

Andrea VON CHRISMAR MEDINA

Los mecanismos de estabilización de precios para la energía eléctrica en Chile. Desafíos y lecciones

Clemente PÉREZ E

La autonomía e independencia del Coordinador Eléctrico Nacional

Diego PERALES ROEHRS

Sistemas de generación-consumo: oportunidades y desafíos para la reglamentación de la Ley N° 21.505

Eduardo ESCALONA VÁSQUEZ y Antonia JORQUERA CRUZ

Transición energética y mutación regulatoria

Enrique SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ

Pliego Técnico Normativo N° 7 y su relación con los Oficios circulares de SEC N° 26.035 y N° 19.615

Loreto VERGARA ABAZÚA

Desafíos regulatorios en materia forestal para el desarrollo de Proyectos de Medios de Generación Distribuida

Miguel PELAYO SERNA y Luis MACHUCA BRAVO

Criterios jurídicos para la determinación de mínimos técnicos

Oscar GUZMÁN ZEPEDA

Planificación de la transmisión eléctrica: experiencia, diagnóstico y reformas para abordar la transición energética

Rodrigo QUEZADA MARÍN

La servidumbre eléctrica: pasado, presente y futuro

Sergio CORVALÁN VALENZUELA y Luis Felipe MENGUAL HENRÍQUEZ

¹ Ver todas las ADEner en: <https://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/publicaciones/actas/107-actas-de-derecho-de-energia-adener>

Transición energética e integración vertical en el mercado eléctrico

Energy transition and vertical integration in the electricity market

Andrea Von Chrismar Medina¹⁻²

RESUMEN: En julio de 2023, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley que propone, entre otras cosas, modificar la normativa aplicable a la integración vertical entre los segmentos de transmisión, generación y distribución. Esta propuesta plantea una serie de desafíos, los que se analizan en el artículo.

Palabras clave: integración vertical, competencia, transición energética.

ABSTRACT: In July 2023, the Government presented a bill that proposes, among other things, to modify the regulations applicable to vertical integration between the transmission, generation, and distribution segments. This proposal poses a series of challenges, which are analyzed in the article.

Keywords: vertical integration, competition, energy transition.

I. Introducción

Dentro de los anuncios formulados en el mes de abril de 2023 por parte del Ministerio de Energía, como parte de la denominada "Agenda Inicial para un Segundo Tiempo de la Transición Energética"³, se incluyeron una serie de acciones, entre ellas, un proyecto de ley de transición energética, cuyo foco sería el segmento de la transmisión.

En ese contexto, se anunció que el proyecto de ley buscaría, dentro de uno de sus ejes, promover la competencia y el fomento al almacenamiento, por medio de una regulación acorde a las características actuales del mercado eléctrico. En esa línea, el Ministerio de Energía indicó que la actual regulación en materia de integración vertical sería asimétrica y no respondería a las características del mercado eléctrico, por lo que el proyecto de ley incluiría, entre otras cosas, la modificación del artículo 7 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1

del Ministerio de Minería de 1982, de la Ley General de Servicios eléctricos (LGSE)⁴.

El artículo 7 de la LGSE, actualmente vigente, establece una serie de restricciones a la integración vertical en los distintos segmentos de transmisión, generación y distribución.

En concreto dispone, por un aparte, una prohibición absoluta a las empresas del segmento de la transmisión del sistema nacional de participar, por sí mismas o a través de personas relacionadas, en los segmentos de la distribución y la generación (Prohibición), mientras que para desarrollar otras actividades no relacionadas a esos segmentos pueden hacerlo por medio de sociedades filiales o coligadas; y por otra parte, una limitación para las empresas de distribución y generación para participar en el segmento de la transmisión, por medio de la posibilidad de que estas empresas puedan participar en el segmento de transmisión nacional, hasta un límite del 8% máximo de participación individual en el valor de inversión total de dicho sistema y con un límite de 40% considerando las participaciones de manera conjunta (Limitaciones).

El diseño anunciado preliminarmente por el Ministerio de Energía y propuesto en el Mensaje 105-371 ingresado al Congreso Nacional con fecha 10 de julio de 2023 y se encuentra siendo tramitado bajo el Boletín N° 16.078-08, (Proyecto de Ley).

¹ Abogada, Universidad Adolfo Ibáñez. Master Science in Regulation por la London School of Economics and Political Science y Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Adolfo Ibáñez. Profesora en la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. Dirección postal: Alonso de Córdova N° 4355, Vitacura, Santiago de Chile. Correo electrónico: avonchrismar@prieto.cl

² Agradezco la colaboración de Carolina Soto Stuardo en la revisión de la jurisprudencia citada en el presente artículo.

³ MINISTERIO DE ENERGÍA, 2023.

⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA, 2023.

El Proyecto de Ley contempla que sea un tribunal especial, en particular el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), la institución encargada de determinar los umbrales por medio de una resolución, para limitar la integración vertical, sustituyendo así la Prohibición y las Limitaciones establecidas actualmente en el artículo 7 de la LGSE, por umbrales determinados por dicho tribunal especial.

De acuerdo al texto del Mensaje que dio origen al Proyecto de Ley, las modificaciones al artículo 7 de la LGSE buscan implementar “un proceso de revisión de las condiciones de competencia del mercado eléctrico a fin de permitir la participación de empresas en distintos segmentos. Asimismo, se explicita la forma en la que las empresas operadoras y propietarias del sistema de transmisión nacional pueden desarrollar actividades de almacenamiento que tengan distintos destinos”⁵.

El artículo único del Proyecto de Ley descrito en el Mensaje establece, entre otras cosas, que la modificación al artículo 7 de la LGSE consistiría, por un lado, en la eliminación parcial de la Prohibición, en el sentido de permitir que las empresas del segmento de transmisión participen en el segmento de la generación, pero manteniendo la prohibición respecto de su participación en el segmento de la distribución; y por otro lado, modificar las Limitaciones, estableciendo ciertos límites a la integración vertical entre los segmentos de transmisión y generación, de acuerdo a las condiciones de competencia que se observen en el mercado. Estos límites serían establecidos, según propone el Proyecto de Ley, de acuerdo a la siguiente forma:

1. Tratándose de las empresas operadoras o propietarias del sistema de transmisión nacional en el segmento de generación, el TDLC establecería un límite, utilizando como métrica la capacidad instalada de generación.
2. Tratándose de las empresas de generación en el sistema de transmisión nacional, el TDLC establecería un límite, utilizando como métrica el Valor Anual de Transmisión por Tramo (VATT).

Para comprender la motivación y los efectos que la modificación contenida en el Proyecto de Ley podría tener en el Sistema Eléctrico Nacional (SEN), en las siguientes secciones se analiza el origen de la disposición contenida actualmente en la LGSE, el alcance de la Prohi-

bición y las Limitaciones; la forma en la cual se ha aplicado el artículo 7 de la LGSE por parte de las autoridades en materia de libre competencia y sectoriales hasta ahora; y los desafíos en términos de diseño institucional, de procedimiento y de recursos o medios de impugnación -si los hubiese- respecto de la resolución del TDLC que establezca los umbrales en materia de integración vertical entre los distintos segmentos del mercado, así como un análisis de las potestades de fiscalización de su cumplimiento, en forma posterior, todo esto, en caso de materializarse las modificaciones planteadas en el texto del Proyecto de Ley.

II. Estado actual de tramitación del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley, a la fecha de en la cual se desarrollaron las jornadas, se encontraba en una etapa inicial de su tramitación, atendido que fue presentado en julio de 2023.

A la fecha de elaboración del presente artículo (diciembre de 2023) el Proyecto de Ley se encuentra en su primer trámite constitucional ante el Senado, y la última gestión registrada corresponde a su discusión general y aprobación en general, con plazo para presentar indicaciones durante enero de 2024.

En términos generales, el texto aprobado, en general, por la Comisión de Minería y Energía del Senado, contiene las modificaciones incluidas en los mismos términos propuestos en el Mensaje que dio origen al Proyecto de Ley.

III. Origen del artículo 7 de la LGSE

El artículo 7 de la LGSE que contiene la Prohibición y las Limitaciones actualmente vigentes tiene su origen en la Ley 19.940 del año 2004, denominada “Ley Corta I”.

El legislador optó en la Ley Corta I por un modelo de prohibición absoluta para las empresas que participaban en el segmento de transmisión de participar en los segmentos de generación y distribución, mientras que para éstas últimas estableció limitaciones individuales y conjuntas para participar, a su vez, en el segmento de la transmisión. Además, estableció una obligación de giro exclusivo para el caso de las empresas transmisoras.

Al respecto, y revisada la historia de la Ley Corta I, es posible identificar que su origen buscaba aumentar la competencia en el sector de la generación, el cual no tendría condiciones de monopolio natural, a diferen-

⁵ Boletín N° 16078-08, 19.

cia de la transmisión y la distribución. En este sentido, se buscaba rediseñar el funcionamiento del mercado de la transmisión eléctrica y los demás segmentos, abriendo hacia la competencia aquellos segmentos en donde el legislador veía eso como posible.

Resulta ilustrativo de lo anterior, lo señalado en el Mensaje que dio origen a la Ley Corta I, en donde se hacía referencia a que “en la mayor parte de las legislaciones comparadas se reconoce la inconveniencia de que la propiedad de los sistemas de transmisión principales esté en empresas relacionadas con las que operan en suministro y comercialización de energía, ya que se producen incentivos al uso discriminatorio de la transmisión como instrumento de competencia desleal. No es este el caso en Chile, donde actualmente la ley no impone condición alguna para la propiedad de la transmisión, y donde el grado de integración vertical transmisión-generación ha sido alto hasta muy recientemente”⁶.

En efecto, la Ley Corta I surge en el contexto de desintegración de los distintos segmentos del mercado eléctrico, atendido que antes se entendía a la transmisión como una actividad asociada a la generación. De hecho, hasta el año 2001, gran parte de los sistemas de transmisión en nuestro país eran de propiedad de una de las principales empresas generadoras. Existe cierto consenso en el sentido de que el objetivo de la Ley Corta I que introdujo el artículo 7 de la LGSE, y en particular el motivo detrás de la Prohibición contenida en esa disposición era “impedir que por tener lugar el fenómeno de la integración vertical, el dueño del insumo esencial –en este caso, las líneas de transmisión troncal– favoreciera a las empresas generadoras de su propiedad en desmedro de las empresas competidoras del mismo segmento, cuestión que terminaría por desincentivar el ingreso de nuevos actores en el mercado de generación, con consecuencias negativas para el sistema eléctrico y para los usuarios del servicio propiamente tal”⁷.

Asimismo, otro antecedente interesante de tener en consideración para efectos de entender el origen de la Prohibición y de las Limitaciones contenidas en el actual artículo 7 de la LGSE se encuentra en la Resolución N° 488 de 1997 que estableció instrucciones generales destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desa-

rollo del mercado eléctrico, dictada por la entonces Comisión Resolutiva Central, entidad que antecedió al TDLC, con ocasión del Requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de empresas del segmento de generación, distribución y transmisión⁸.

En esa resolución, la Comisión Resolutiva Central instruyó que los suministros de las empresas dedicadas a la distribución de electricidad se licitaran públicamente, de manera que estos servicios fueran adjudicados bajo condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, eliminando con ello cualquier posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de ese sistema de compras⁹. La referidas instrucciones fueron dictadas en un contexto en el cual, la regulación sectorial vigente en aquel entonces que nada disponía sobre la forma de contratar el suministro de electricidad por parte de una empresa concesionaria de servicio público de distribución de electricidad¹⁰. En este sentido, el razonamiento detrás de la referida resolución fue que, considerando la incompleta regulación del sector eléctrico de aquel entonces, resultaba necesario que la comisión dictara instrucciones de carácter general “destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico”¹¹.

En ese contexto, la Prohibición y Limitaciones establecidas en el artículo 7 de la LGSE fue incorporada a la LGSE en el año 2004.

IV. Discusión acerca de la necesidad o no de la modificación del actual artículo 7 de la LGSE ante el TDLC

El Proyecto de Ley propone una modificación al artículo 7 de la LGSE, consistente en eliminar la prohibición para las empresas del segmento de transmisión de participar en el segmento de la generación, mantener la prohibición respecto del segmento de la distribución; y establecer ciertos límites a la integración vertical entre los segmentos de transmisión y generación, de acuerdo a las condiciones de competencia que se observen en el mercado.

⁶ Historia de la Ley N° 19.940, 8.

⁷ Aporte de antecedentes del Ministerio de Energía en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (1992).

⁹ COMISIÓN RESOLUTIVA CENTRAL (1997). Resuelvo 4.4.

¹⁰ CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA REGCOM DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2011).

¹¹ COMISIÓN RESOLUTIVA CENTRAL (1997). Resuelvo 4.

La fórmula propuesta en el Mensaje es novedosa. Sin embargo, es coincidente -al menos en términos parciales- con la propuesta formulada el año 2018 por la empresa de transmisión Celeo Redes Chile Ltda. (Celeo) ante el TDLC y que dio inicio a un procedimiento de recomendación normativa tramitado ante dicho tribunal bajo el rol ERN 24-2018, caratulado Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía.

En concreto, la propuesta formulada en ese caso por Celeo consistía en eliminar la Prohibición, de manera que las empresas transmisoras pudiesen dedicarse, por sí o a través de sus relacionadas, a actividades propias del giro de generación o distribución de electricidad. También, la solicitud de Celeo planteaba la eliminación de las Limitaciones, es decir, buscar permitir la participación de las empresas que operan los otros segmentos, es decir, de distribución y generación y de usuarios no sometidos a regulación de precios, en la transmisión nacional, sin limitación alguna.

A partir de la propuesta formulada por Celeo, se generó un expediente de recomendación normativa ante el TDLC, en el contexto del cual diversos actores de la industria y autoridades aportaron antecedentes y una opinión respecto de la conveniencia o no de eliminar la Prohibición y las Limitaciones contenidas en el artículo 7 de la LGSE actualmente vigente.

A la luz de lo propuesto por el Ejecutivo en el Proyecto de Ley presentado durante 2023, resultan interesantes de observar las opiniones vertidas en el referido expediente tramitado durante el año 2018, por distintos reguladores y operadores, particularmente, por el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), el Coordinador Eléctrico Nacional (CEN) y la FNE.

El Ministerio de Energía fue entonces oficiado por el TDLC, y aportó antecedentes en el sentido de estar de acuerdo con lo planteado por Celeo, y en consecuencia, estar dispuesto a reevaluar la pertinencia y necesidad de la Prohibición y las Limitaciones a la integración vertical entre los segmentos de la industria eléctrica. En particular, señaló que desde la dictación de la Ley Corta I que introdujo el artículo 7 de la LGSE, la normativa del sector eléctrico y de libre competencia había evolucionado, que las autoridades en la esfera de su competencia disponían de herramientas y facultades que les permitían evitar y sancionar

cualquier conducta anticompetitiva y que, por tanto, y dado que nos encontrábamos frente a un escenario fáctico totalmente distinto al que originó la dictación de la citada ley, existían claras razones para revisar y reevaluar la actual pertinencia y necesidad real de esa regla¹².

Por su parte, y en la misma línea que el Ministerio de Energía, la CNE manifestó en su aporte de antecedentes ante el TDLC en esa oportunidad, que el mercado eléctrico había evolucionado de manera muy relevante durante los últimos años y, por tanto, el contexto en que se introdujeron las restricciones a la propiedad establecidas en el artículo 7 de la LGSE en el año 2004 difería del contexto del año 2018, por lo cual consideraba razonable analizar la pertinencia de mantener en los mismos términos la regulación establecida en el artículo 7 de la LGSE a la luz del nuevo escenario del mercado eléctrico y las modificaciones legales más recientes, incluyendo la ley de transmisión dictada el año 2016¹³.

Por su parte, la SEC aportó antecedentes ante el TDLC, limitándose a informar que durante el período 2010-2018, no registraba denuncias referidas a posibles incumplimientos de la Prohibición y/o las Limitaciones establecidas en el artículo 7 de la LGSE. No obstante lo anterior, aclaró la SEC que, durante el mismo período, sí se habían registrado una serie de presentaciones asociadas a consultas interpretativas sobre cuestiones específicas del referido artículo, las que habían sido respondidas por esa superintendencia en diversos pronunciamientos¹⁴.

Por otra parte, el CEN manifestó que, a su juicio, la limitación a la participación cruzada respecto del segmento de transmisión con los segmentos de generación y distribución eran la mejor opción para prevenir conductas estratégicas y que, si bien podría incluirse una modificación al artículo 7 de la LGSE que permitiera la participación de empresas de transmisión en los segmentos de generación y distribución, esto en todo caso debiese incluir un control ex ante, de manera tal que las empresas de transmisión que no superen límites establecidos puedan participar en el mercado

¹² Aporte de antecedentes del Ministerio de Energía en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

¹³ Aporte de antecedentes de la CNE en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

¹⁴ Aporte de antecedentes de la SEC en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 9 de mayo de 2018.

de la generación o distribución y transmisión de electricidad¹⁵.

Finalmente, la FNE manifestó su opinión, recomendando no eliminar las restricciones que contempla el artículo 7 de la LGSE, sin perjuicio de observar que sería posible mejorar su estructura y redacción para lograr su aplicación efectiva y evitar interpretaciones que se aparten de sus objetivos regulatorios. Subsidiariamente propuso el establecimiento de límites de participación entre los distintos segmentos, tanto individuales como colectivos en niveles adecuados para evitar riesgos a la competencia¹⁶.

Resulta relevante señalar que el TDLC resolvió no ejercer la facultad de recomendar una modificación normativa al Presidente de la República, al haber considerado que el Ministerio de energía se había manifestado abiertamente a favor de derogar la Prohibición y las Limitaciones contenidas en los distintos incisos del artículo 7 de la LGSE, entendiéndose entonces que ya existía una posición del Ejecutivo en ese sentido, perdiendo entonces sentido que el TDLC propusiera esto al Ejecutivo en ejercicio de su potestad de recomendación contenida en el artículo 18 número 4 del Decreto Ley N° 211 (DL 211).

Conforme a lo anterior, es posible concluir que, si bien el TDLC no formuló recomendación alguna, durante la discusión que se dio en el contexto del expediente de recomendación normativa tramitado ante el TDLC, la mayoría de los intervinientes se mostraron a favor de eliminar la Prohibición y las Limitaciones contenidas en el artículo 7 de la LGSE. En consecuencia, el Proyecto de Ley coincide con varios de los lineamientos y posturas formulados en el pasado por las autoridades.

Con todo, el texto propuesto en el Mensaje que da origen al Proyecto de Ley propone la entrega de facultades especiales al TDLC para que sea este tribunal especial quien determine un umbral máximo de acuerdo a las condiciones de competencia, tanto en base a la capacidad instalada de generación y almacenamiento como en base al VATT, para el caso de las empresas operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión nacional en el desarrollo de actividades de generación o almacenamiento y para los demás segmentos o de los usuarios no sometidos a fijación de

precios en el sistema de transmisión nacional, respectivamente.

V. Discusión acerca de la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento del actual artículo 7 de la LGSE

De acuerdo al texto de la LGSE, es la SEC la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento de lo señalado en ese cuerpo legal. Esto resulta importante, para efectos de considerar cuál sería la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento de los umbrales que eventualmente pueda determinar el TDLC, en caso de materializarse la modificación al artículo 7 de la LGSE propuesta en el Proyecto de Ley, que reemplace la Prohibición y las Limitaciones.

En esa línea, la FNE ha señalado en reiteradas oportunidades, conociendo de investigaciones referidas a operaciones de concentración en particular, que la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento del artículo 7 de la LGSE respecto de la integración en los mercados de la generación, transmisión y distribución eléctricas, tal como refieren los incisos citados, es la SEC.

En dicho sentido, la FNE se manifestó respecto de la adquisición de TerraForm Power Inc, presente en Chile a través de Amanecer Solar SpA, por parte de Orion US Holdings 1 L.P., en el Informe de Aprobación de fecha 02 de octubre del 2017¹⁷, en el cual, además de realizar un análisis competitivo acabado sobre los mercados afectados por la operación de concentración y los riesgos eventuales para la competencia, se refirió a la regulación sectorial, indicando que la determinación de si la operación podría traducirse o no en una infracción a lo dispuesto en el mencionado artículo 7 de la LGSE, correspondería a la SEC, por lo cual procedió a oficiar a dicha autoridad.

Una situación similar se replicó hacia el 2019, en la resolución de aprobación de la operación de concentración consistente en la adquisición de control en Eletrans S.A. y otros, por parte de Chilquinta Energía S.A., y la adquisición de control en Chilquinta S.A. por parte de State Grid International Development Limited,¹⁸ en cuya resolución se ofició

¹⁵ Aporte de antecedentes del CEN en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 20 de septiembre de 2018.

¹⁶ Aporte de antecedentes de la FNE en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

¹⁷ Adquisición de Terraform Power y otros por Orion UD Holding 1 L.P. Rol FNE F-91-2017, del 02 de octubre del 2017.

¹⁸ Adquisición de control en Eletrans S.A. y otros por parte de Chilquinta Energía S.A. y adquisición de control en Chilquinta S.A. por parte de State Grid International Deve-

a la SEC, con el objeto de que determinara el cumplimiento del artículo 7 de la LGSE en atención a su calidad de autoridad competente y a raíz de que la transacción se encontraba fuera del ámbito de análisis de competencia de la FNE. En dicho pronunciamiento, y entendemos que en razón del oficio a la Superintendencia, la autoridad de competencia no hizo mayor referencia a los posibles incumplimientos a la normativa sectorial.

La uniformidad en el criterio de la FNE aplicado en las operaciones señaladas no ha sido carente de discusión, atendida particularmente la evolución en el escenario eléctrico a partir de la creación del CEN¹⁹ y su capacidad de monitorear las condiciones de competencia en el mercado, e incluso las nuevas atribuciones de la FNE referidas al desarrollo de estudios de mercado y de formular recomendaciones normativas, ambas introducidas a través de la Ley N° 20.945 de 2016²⁰. Esto supone, sin duda, un escenario distinto al existente cuando surgió el artículo 7 LGSE, que suponía una posibilidad superior, por parte de las empresas del sector eléctrico de incurrir en conductas estratégicas de carácter anticompetitivo.

Uno de los últimos antecedentes que revivió la discusión acerca de si la FNE podría, sin perjuicio de la competencia existente por parte de SEC, pronunciarse acerca de la integración vertical entre segmentos del sector eléctrico, surgió a propósito de la aprobación pura y simple por parte de la autoridad de competencia de la operación de concentración consistente en la adquisición de influencia decisiva por parte de State Grid International Development Limited en NII Agencia en Compañía General de Electricidad S.A. y otros.²¹ En su Informe de Aprobación, la FNE realizó un análisis que consideró expresamente la regulación sectorial respecto de la integración vertical, indicando: “El artículo 7 de la LGSE establece limitaciones a la integración vertical. Así, las empresas generadoras pueden participar en el segmento de transmisión de manera limitada a un 8% de participación individual en el valor de inversión total y 40% considerando las participaciones de manera conjunta –empresas generadoras, distribuidoras y del conjunto de los usuarios no sometidos a fijación de precios– sobre el total del sistema de transmisión. (...) la fiscalización del

cumplimiento de esta normativa corresponde a la SEC”²².

La FNE, además de aprobar la operación, ofició a la SEC en atención a que la interpretación y supervigilancia de la LGSE correspondían a dicho regulador sectorial, quien contaría con la “potestad de adoptar medidas tendientes a corregir las deficiencias observadas en relación con el cumplimiento efectivo de las disposiciones establecidas en la LGSE”²³.

Esta resolución motivó la presentación, el primero de junio del 2021, por parte de la Organización de Consumidores y Usuarios (Odecu), de un recurso de reposición ante la FNE en el cual manifestó su disconformidad con la falta de justificación de esta Fiscalía de las razones por las cuales consideró que la aplicación del artículo 7 de la LGSE sería competencia exclusiva de la SEC, indicando que el bien jurídico protegido por la norma sería la libre competencia.

Al respecto, la FNE resolvió el recurso de reposición administrativo,²⁴ rechazándolo, no sin antes indicar que, a su juicio, el recurso contemplado en la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA) no procede respecto del procedimiento conforme al cual la autoridad de competencia conoce de las operaciones de concentración, conforme al Título IV del DL 211.

En relación a la competencia de la FNE y/o de la SEC para conocer de posibles infracciones al artículo 7 de la LGSE, la resolución de la FNE fue clara en señalar que, el hecho de que la referida norma se refiera a aspectos de libre competencia no es incompatible con que sea la autoridad sectorial, en este caso la SEC, la competente para fiscalizar su cumplimiento.

Al respecto, la resolución de la FNE expresamente indica que “(...) al examinar el diseño institucional de otros órganos sectoriales se observa que ellos efectivamente actúan en protección del bien jurídico libre competencia en el ejercicio de sus facultades regulatorias legalmente conferidas” y que “(...) en materia eléctrica la ley entrega a la SEC la fiscalización y supervigilancia del cumplimiento de las disposiciones normativas relativas a la generación, producción, almacenamiento, transporte y distribu-

lopment Limited. Rol FNE F-219-2019, del 27 de febrero del 2020.

¹⁹ Ley N° 20.936 de 2016.

²⁰ Decreto Ley N° 211, de 1973. Artículos 39 letras p) y q).

²¹ Fiscalía Nacional Económica (2020).

²² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021).

²³ Ibid Supra. Pie de página N° 276.

²⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021).

ción de electricidad, habilitándola para adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare, aplicando e interpretando las disposiciones legales y reglamentarias”²⁵.

Finalmente, la FNE también se pronunció respecto de la supuesta infracción al deber de coordinación contenido en el artículo 37 bis de la LBPA que, a juicio de Odecu, tendría el actuar de la FNE. Al respecto, la resolución señaló que la referida disposición “(...) demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano”, lo que no ocurría en este caso, atendido que la resolución de la FNE se refería, específicamente, a una operación de concentración objeto de análisis, es decir, a un acto administrativo de alcance particular y no de carácter general²⁶.

En todo caso, la misma resolución agrega a este respecto, que durante la investigación la FNE sostuvo variadas reuniones y efectuó diversas solicitudes de información tanto a la SEC, como al CEN y la CNE, “(...) con el objeto de informar y consultar respecto de las implicancias y efectos de la operación analizada a la totalidad de las autoridades sectoriales intervinientes en los mercados analizados”²⁷.

VI. Consideraciones acerca de la resolución del TDLC que establezca los umbrales a la integración vertical de acuerdo a la propuesta contenida en el Proyecto de Ley

De acuerdo al texto propuesto en el Proyecto de Ley, los umbrales máximos para efectos de los límites a la integración vertical entre los distintos segmentos del mercado eléctrico serán definidos por el TDLC, mediante una resolución, a solicitud del Ministerio de Energía.

De acuerdo al texto del DL 211, las resoluciones que dicta el TDLC en el marco de un procedimiento de consulta pueden ser objeto de recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Por el contrario, los informes que dicta el TDLC por mandato de leyes especiales son dictados conforme a un procedimiento no contencioso, y respecto de ellos resulta discutible la procedencia del recurso de reclamación.

En consecuencia, el hecho que el proyecto indique que los umbrales de la integración vertical serán establecidos mediante una “resolución”, resulta importante, para efectos de considerar cuál será el procedimiento aplicable y los eventuales recursos disponibles para impugnar el respectivo informe del TDLC que dije los distintos umbrales que eventualmente pueda determinar el TDLC, en caso de materializarse la modificación al artículo 7 de la LGSE propuesta en el Proyecto de Ley.

Conforme al Proyecto de Ley, a solicitud del Ministerio de Energía debiese iniciarse un procedimiento destinado a obtener una resolución del TDLC. En términos generales, los procedimientos de carácter no contenciosos conocidos como consultas, tienen por objeto obtener un pronunciamiento por parte del TDLC acerca de la compatibilidad de un determinado acto, hecho o contrato existente o por celebrarse con el DL 211 y la determinación de las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos para su compatibilidad, en el sentido del artículo 18 número 2 del DL 211. En este caso, se entregaría la posibilidad de iniciar ese procedimiento únicamente a solicitud del Ministerio de Energía. De acuerdo al tenor de la propuesta, si bien se habla de “resolución”, no es posible descartar que el legislador en realidad, tenga en mente un procedimiento no contencioso que se pueda iniciar únicamente por medio de la solicitud que realice el Ministerio de Energía, en donde el TDLC ejerza una atribución especial determinada por el número 7 del artículo 18 del DL 211, es decir, referido a las atribuciones y deberes del TDLC que le señalen las leyes, atendida la referencia que sea incluida en el nuevo artículo 7 de la LGSE.

Al respecto, existe una serie de leyes especiales que otorgan facultades específicas al TDLC, ya sea para la dictación de informes o de resoluciones, que aprueben o que determinen condiciones aplicables a distintas circunstancias en diversas industrias.

A modo de ejemplo, es posible ver la delegación que formulan en el TDLC, al menos, tres leyes sectoriales: la propia LGSE; la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (Ley General de Puertos) y la Ley N° 20.920 que establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento del Reciclaje (Ley REP).

La misma LGSE contiene, por ejemplo, en el artículo 147 literal d), en relación al límite de la potencia conectada para que un determina-

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

do usuario final tenga derecho a optar por el régimen de tarifa regulada o de precio libre, que el Ministerio de energía podrá rebajar el referido límite, previo informe del TDLC. Recientemente, se inició un procedimiento no contencioso a solicitud de la autoridad sectorial, con ese objeto, bajo el Rol NC 525-2023.

En el caso de la Ley General de Puertos, los artículos 14 y 23 disponen que el TDLC determine las condiciones de competencia bajo las cuales se debe llevar a efecto la licitación pública de una determinada concesión cuando funcione najo un esquema de monooperador en el respectivo frente de atraque y no exista otro frente de atraque capaz de atender a esas naves en los puertos estatales de la misma región. En ese contexto, el TDLC ha elaborado múltiples informes que contienen condiciones para las bases de las respectivas licitaciones públicas y que luego rigen las distintas concesiones. Por ejemplo, sólo durante el 2022, el TDLC dictó cinco informes respecto de estas materias²⁸.

Por su parte, la Ley REP dispone, en sus artículos 24 y 26 letra c), que el TDLC debe emitir un informe en el sentido de que en las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia y que en las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados, y en general, para el funcionamiento del sistema de gestión, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. En ese sentido, el TDLC ha dictado siete informes entre los años 2021 y 2023²⁹.

A partir de algunos de los informes, en particular aquellos vinculados a la Ley REP, se ha desarrollado extensa jurisprudencia acerca de la naturaleza de las resoluciones en las cuales el TDLC informa de acuerdo a lo que le indican las leyes especiales y, en consecuencia, los recursos de los que pueden ser objeto dichos informes.

Esto tiene importancia atendido que el recurso de reposición procede respecto de los

²⁸ Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022) Informe N° 21/2022 (Puerto de San Vicente), Informe N° 22/2022 (Puerto de Chacabuco), Informe N° 23/2022 (Puerto de Puerto Montt), Informe N° 24/2022 (Puertos de Puerto Natales y Punta Arenas) e Informe N° 25/2022 (Puerto de Antofagasta).

²⁹ Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2021) Informe N° 26/2022 (Sigenem), Informe N° 27/2022 (Prorep), Informe N° 28/2022 (Giro), Informe N° 29/2022 (SGN), Informe N° 30/2022 (SGCNFU), Informe N° 31/2023 (SIG CampoLimpio), Informe N° 32/2023 (SIGA).

informes que le sean encomendados al TDLC en virtud de disposiciones legales especiales, de acuerdo al artículo 31 del DL 211. Por su parte, la misma disposición señala que el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 del DL 211 sólo procede respecto de las resoluciones de término. En otras palabras, no procedería el recurso de reclamación respecto de los informes dictados por el TDLC conforme a leyes especiales el recurso de reclamación que se interpone ante el mismo TDLC para que lo conozca la Corte Suprema.

Al respecto, y a partir de algunos recursos presentados en el marco de los informes dictados por el TDLC conforme a la Ley REP, el TDLC y el Tribunal Constitucional (TC) se han pronunciado al respecto.

En concreto, al respecto el TDLC ha distinguido claramente, en relación a los recursos, que el inciso final del artículo 31 del DL 211 "(...) comprende dos hipótesis, una referida a los informes y resoluciones que emite o dicta este Tribunal, y otra a las resoluciones de término, disponiendo un recurso distinto para cada una de ellas. Así, del texto se desprende que no procede el recurso de reclamación sino el de reposición respecto de los informes emitidos en virtud de la potestad establecida en el numeral 7 del artículo 18"³⁰.

De esta forma, entiende el TDLC que, si bien han existido puntuales pronunciamientos por parte del TC referidos a la inaplicabilidad del inciso final del artículo 31 del DL 211 en casos concretos,³¹ esto no altera su conclusión, por haberse dispuesto expresamente en esos casos por parte del TC que correspondía a las particularidades del caso que resultaba procedente acoger el recurso de inaplicabilidad interpuesto³²⁻³³.

³⁰ *Automotores Gildemeister SpA y otras con Fiscalía Nacional Económica* (2022).

³¹ Causas de roles C 454-19, C 455-19 y C 456-19, todas del TDLC, referidas a la aplicación del artículo 31 del DL 211 en relación con la facultad de emitir informes establecida en el artículo 129 bis 9 del código de Aguas.

³² En efecto, el TC resolvió que "por las particulares características de este caso concreto, el aspecto fundamental a ser dirimido por la Corte Suprema dice relación con cuál es la manera jurídicamente correcta de entender el cometido que el Código de Agua [sic] le encarga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La racionalidad y justicia procedimental sugiere que la mencionada alta Corte pueda conocer y resolver el asunto" (Rol N° 9847-20 INA, Rol N° 9559-20 INA y Rol N° 10.246-21 INA, c°18).

³³ En la misma línea, por su parte, el TC ha diferenciado aquellos casos referidos al artículo 129 bis 9 del Código de Aguas de otro caso, tramitado bajo el Rol N° 1448-09, referido al informe emitido por el TDLC en el marco de la Ley General de Puertos, en donde el TC determinó

En consecuencia, de prosperar la tramitación del Proyecto de Ley en los términos planteados, se entregaría una facultad al TDLC de dictar una "resolución" y resultará relevante definir si se trata de la dictación de una resolución conforme a las facultades del artículo 18 número 2 del DL 211, o más bien estaremos frente a la atribución del TDLC de emitir un informe que determine los umbrales, es decir, bajo la facultad del artículo 18 número 7 del DL 211, siendo en éste último caso, de acuerdo al artículo 31 del DL 211, no susceptible de ser impugnado por el recurso de reclamación.

De acuerdo al Boletín de Indicaciones de fecha 17 de enero de 2024, el artículo del Proyecto de Ley que contempla que los umbrales sean establecidos por el TDLC mediante una resolución no presenta indicaciones a este respecto, ni especifica los recursos que procederían para impugnarla

Conclusión

Este artículo describe la modificación contenida en el Proyecto de Ley, en el sentido de modificar el alcance de la Prohibición y las Limitaciones. para comprender el impacto que esto puede tener, describe la forma en la cual se ha entendido el artículo 7 de la LGSE por parte de la FNE y la SEC, y plantea que, en términos generales, durante un procedimiento de expediente de modificación normativa tramitado el año 2018, se generó cierto consenso entre algunas de las autoridades en cuanto a la conveniencia de eliminar la Prohibición y las Limitaciones, entendiendo que las condiciones de competencia del SEN eran diversas al momento de introducir las en la LGSE, versus aquellas reinantes en el año 2018. Finalmente, el artículo concluye que, en caso de prosperar el Proyecto de Ley, esto de todos modos podría suponer desafíos en términos de diseño institucional, de procedimiento y de recursos o medios de impugnación respecto de la resolución o el informe del TDLC que establezca los umbrales en materia de integración vertical entre los distintos segmentos del mercado.

Bibliografía citada

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2004). Regula sistemas de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléc-

rechazar el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto en contra del artículo 31 inciso final del DL 211, porque en el caso particular de la disposición del Código de Aguas, la racionalidad y justicia procedimental exigía que esa decisión del TDLC pudiese ser conocida y resuelta por la Corte Suprema.

tricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos. Biblioteca del Congreso Nacional.

Centro de Regulación y Competencia Regcom de la Universidad de Chile (2011). Informe en Derecho "Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" (2011). <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>.

Comisión Nacional de Energía. Aporte de antecedentes de la CNE en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

Coordinador Eléctrico Nacional. Aporte de antecedentes del CEN en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 20 de septiembre de 2018.

Fiscalía Nacional Económica (1994). Requerimiento en contra de las empresas Endesa S.A., Chilectra S.A. y Transelec S.A. ante la Comisión Resolutiva Central, Rol 460-94.

Fiscalía Nacional Económica (2018). Aporte de antecedentes de la FNE en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

Fiscalía Nacional Económica (2020). Resolución de Aprobación de fecha 31 de marzo de 2021, Investigación Rol F255-2020 FNE. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/aprob54_F255_2020-2.pdf.

Fiscalía Nacional Económica (2021). Informe de Aprobación de fecha 31 de marzo de 2021. Investigación Rol F255-2020. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/inap1_F255_2020-1.pdf.

Fiscalía Nacional Económica (2021). Resolución de inicio de fecha 28 de mayo de 2021. Investigación Rol F255-2020. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/inic_F255_2020.pdf.

Ministerio de Energía (2018). Aporte de antecedentes del Ministerio de Energía en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 3 de mayo de 2018.

Ministerio de Energía (2023). Ministerio de Energía lanza Agenda inicial para un Segundo Tiempo de la Transición Energética. <https://energia.gob.cl/noticias/nacional/ministerio-de-energia-lanza-agenda-inicial-para-un-segundo-tiempo-de-la-transicion-energetica>.

Ministerio de Energía (2023). Agenda inicial para un segundo tiempo de la transición energética. https://energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/agenda_inicial_para_un_segundo_tiempo_de_la_transicion_energetica.pdf.

Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2018). Aporte de antecedentes de la SEC en ERN 24-2018 del TDLC, de fecha 9 de mayo de 2018.

Normativa citada

Boletín N° 16078-08. Proyecto de ley, iniciado en Mensaje de S.E el Presidente de la República, que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de transición energética que posiciona a la transmisión eléctrica como un sector habilitante para la carbono neutralidad. 10 de julio de 2023.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 que Fija normas para la defensa de la libre competencia, de 17 de diciembre de 1973.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería de 1982, de la Ley General de Servicios eléctricos.

Ley N° 20.936 de 2016. Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. 11 de julio de 2016. D.O. No. 41.505.

Ley N° 20.920 de 2016. Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje.

Ley 19.880 de 2003. Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Jurisprudencia citada

Comisión Resolutiva Central (1997). Resolución N° 488. Rol N° 460-94. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/reso_0488_1997.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 21/2022, Rol NC 491-21 (Puerto de San Vicente). https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Informe_N_21-22.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 22/2022, Rol NC 468-20 (Puerto de Chacabuco). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/NC_468-20-Chacabuco.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 23/2022, Rol NC 469-20 (Puerto de Puerto Montt). https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/04/NC_N%C2%B0_469_Informe.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 24/2022, Rol NC 487-21

(Puertos de Puerto Natales y Punta Arenas). https://www.abcpuertos.cl/documentos/Dictamenes_TDLC/Informe_24_2022_EPA_AUSTRAL.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 25/2022, Rol NC 480-20 (Puerto de Antofagasta). https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/04/Informe_N_25_de_abril_de_2022.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 26/2022, Rol NC 492-21. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Informe_NC_492.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 27/2022, Rol NC 510-22. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Informe_N%C2%B027.pdf

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 28/2022, Rol NC 507-22. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Informe_N%C2%B0_28.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 29/2022, Rol NC 504-21. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/12/Informe_N%C2%B029.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2022). Informe N° 30/2022, Rol NC 506-22. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/12/Informe_N%C2%B030.pdf.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2023). Informe N° 31/2023, Rol NC 513-22. <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/03/Informe-31-2023.pdf>.

Tribunal de defensa de la Libre Competencia (2023). Informe N° 32/2023, Rol NC 516-22. https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Informe_32-2.pdf.

Los mecanismos de estabilización de precios para la energía eléctrica en Chile. Desafíos y lecciones

Electricity tariff stabilization mechanisms in Chile. Challenges and lessons

Clemente Pérez E.¹

RESUMEN: Los precios de la energía para clientes regulados fueron congelados o “estabilizados” durante los complejos meses que siguieron al estallido social y luego a la pandemia. Sin embargo, se les reconoció a las empresas de generación ciertos títulos de crédito, con el objetivo de que pudieran recuperar los ingresos que, de acuerdo a los contratos de suministro con las empresas de distribución, en derecho les

¹ Abogado UC, Master en Políticas Públicas Georgetown University, Master en Administración de Empresas (MBA) UC; Profesor Diplomado Medio Ambiente Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: cperez@guerrero.cl. Dirección postal: Vitacura 2939, piso 12, Santiago de Chile.

correspondía. La implementación de estos mecanismos, llamados, de estabilización de precios, son descritos y analizados en este artículo, que también arroja algunas conclusiones y recomendaciones para una futura transición que permita que los clientes regulados paguen los precios íntegros que corresponde pagar, fruto de las licitaciones de suministro.

Palabras clave: estabilización de precios, clientes regulados, energía, PEC, fondo de estabilización de tarifas, licitaciones de suministro.

ABSTRACT: Energy prices for regulated customers were frozen or "stabilized" during the complex months that followed the social outbreak and then the pandemic. However, the generation companies were granted certain credit titles, so that they could recover the revenues that, according to the supply contracts with the distribution companies, they were entitled to. The implementation of these so-called price stabilization mechanisms are described and analyzed in this paper, which also provides some conclusions and recommendations for a future transition that will allow regulated customers to pay the full prices they are entitled to pay as a result of the supply tenders.

I. Introducción

Durante los complejos meses que siguieron al estallido social y a la pandemia en Chile, se implementaron dos sistemas de estabilización de precios que permitieron evitar fuertes alzas en los precios de la electricidad para clientes regulados. Ambos mecanismos, de fácil comprensión pero de sofisticada implementación, cuentan con una serie de características comunes que son interesantes de analizar, por los desafíos regulatorios y financieros que implicaron, y también como una posible solución a analizar para otros países o para Chile en otros momentos, en que se requiera estabilizar los precios de la energía, sin la necesidad de recurrir a subsidios públicos.

Dos factores económicos son centrales en la necesidad y en la viabilidad de estos dos mecanismos: por una parte, los contratos de suministro entre las empresas de generación ("Generadoras") y las empresas de distribución de energía eléctrica ("Distribuidoras") están indexadas en dólares, y se produjo durante esos complejos meses una muy fuerte alza del tipo de cambio; y por otro lado, la significativa incorporación de las energías renovables, que permitieron contar con relevantes bajas futuras en los contratos de suministro. Por ello, la lógica de ambos mecanismos de estabilización es la de evitar alzas presentes, con cargo a las futuras bajas.

Algunas de las características de ambos mecanismos han sido las siguientes: (i) fuerte respaldo político en la implementación de los mecanismos, tanto por parte del Ejecutivo, durante los gobiernos de los Presidentes Piñera y Boric, como por parte del Congreso; (ii) arduo trabajo técnico por parte de directivos de organismos como la Comisión Nacional de Energía, la Dirección de Presupuestos y del área privada del Banco Interamericano de Desarrollo, BID Invest.

Estas dos operaciones fueron muy complejas por la magnitud de recursos y de actores involucrados. Los temas principales fueron de diversos aspectos:

1. Como definir los montos no pagados, pero reconocidos en favor de las Generadoras. Los llamados Saldos PEC, en el primer sistema, y Documentos de Pago ("DDP"), en el segundo sistema.
2. Como definir la tasa de interés en el segundo sistema.
3. Como enfrentar los riesgos cambiarios.
4. Como establecer un sistema de garantías, en el segundo sistema, de manera tal que se pudiera implementar el mecanismo de toma de razón y refrendación, por parte de la Contraloría, sin afectar los tiempos de emisión de los DDP.
5. Como implementar un fondo de estabilización de precios que manejara recursos de fuentes privadas (los clientes de la energía eléctrica, regulados y libres) y destinados a privados (las Generadoras), pero recursos que serán administrados y garantizados por el Estado.
6. Como implementar un sistema que fuera financiable. Básicamente, un sistema en que las cuentas por cobrar fueran cedibles a terceros, de manera tal que esos terceros pudieran adquirirlas, permitiéndole a las Generadoras monetizar estas cuentas y mantener la caja necesaria para hacer frente a sus obligaciones financieras. En esto cumplió un rol muy importante la rama privada del Banco Interamericano de Desarrollo (BID Invest).

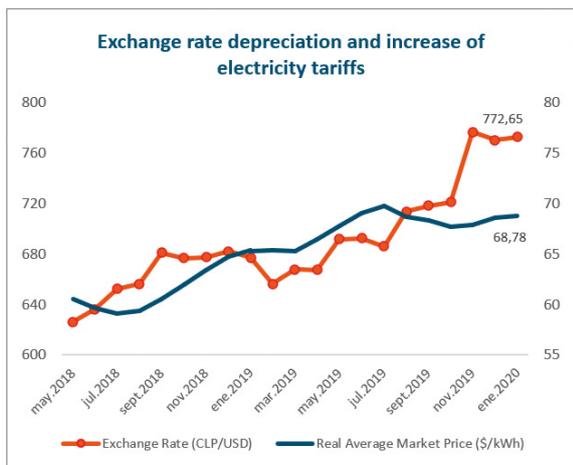
II. Descripción de los Mecanismos de Estabilización

Descripción de los mecanismos de estabilización de precios.

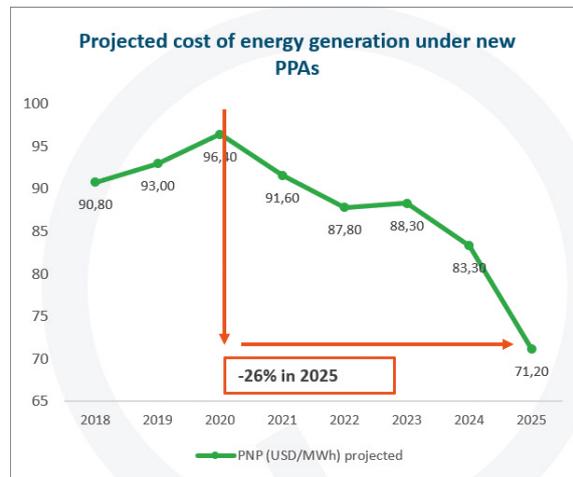
A. PEC 1

Fruto del estallido social de octubre de 2019 y con el objeto de evitar una nueva alza del valor de los servicios públicos, se aprueba en el Congreso la Ley N° 21.185, conocida como "Ley PEC" y posteriormente, como "PEC 1". El concepto de fondo era evitar un alza de los precios cobrados a clientes regulados con cargo a las futuras bajas de precios obtenidos en las licitaciones de suministro, gracias fundamentalmente de la incorporación de proyectos de energía renovable, en un ambiente de mayor competencia.

En medio de un convulsionado ambiente, se publica esta ley cuya tramitación demoró prácticamente una semana. Se ingresó al Senado el 28 de octubre de 2019, a pocos días del estallido, y se publicó como ley de la República el día 2 de noviembre del mismo año². Se buscaba evitar nuevas alzas, pues debido al crecimiento del tipo de cambio, se esperaban precios crecientes de la energía para los años 2019 y 2020, mientras que a mediano y largo plazo estos valores disminuirían gracias a la incorporación de contratos más convenientes para los clientes regulados:



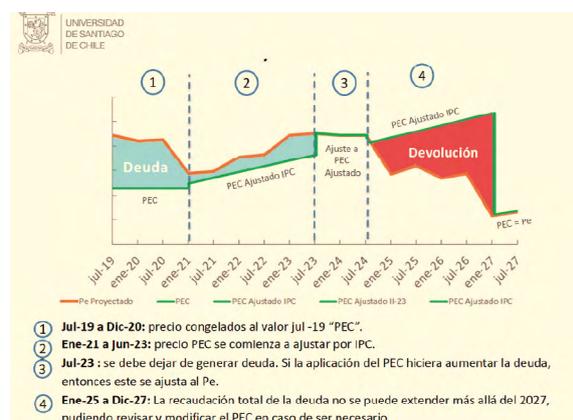
² El Mensaje presidencial señala: "A través de este mecanismo de estabilización, y considerando la coyuntura derivada del alza en los precios de nudo promedio que se ha verificado en el último tiempo, se pretende estabilizar este precio a los valores vigentes al primer semestre de 2019, lo que implica frenar derechamente el alza equivalente a un 9,2% verificada con motivo de la fijación de precios que entró en vigencia el pasado 10 de octubre". Mensaje Ley 21.185, Primer Trámite Constitucional: Senado. Fecha 28 de octubre, 2019. Mensaje en Sesión 63. Legislatura 367.



Fuente: BID Invest, "Electricity Tariff Stabilization Financing Facility", presentación para los inversionistas, febrero de 2020.

Con fecha 2 de noviembre de 2019 fue publicada la Ley N° 21.185 que "crea un mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica para clientes sujetos a regulación de tarifas" (el "PEC"), la que se reguló con fecha 5 de marzo de 2020 mediante Resolución Exenta N° 72 de la Comisión Nacional de Energía (en adelante "CNE"), y sus aclaraciones Resoluciones Exentas N° 114 y N° 340, ambas de 2020, también de la CNE.

Esta alza temporal de tarifas sería evitada mediante un congelamiento, que daría paso a una deuda, que sería pagada entre los años 2024 y 2027, de acuerdo al gráfico siguiente, que fue expuesto en la discusión legislativa:



Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. "Mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica, Ley 21.185". Octubre de 2020. Página 3.

Producto de este mecanismo de estabilización de precios, las Generadoras recibirán un precio menor por parte de las Distribuidoras.

ras, que aquel que de otra forma les habría correspondido según los "contratos de suministro de energía"³. Para suplir la diferencia entre el precio del contrato y el precio estabilizado, se establece la emisión de un reconocimiento de una especie de "cuenta por cobrar", creando un título de crédito llamado "Saldo PEC". El procedimiento establecido en la normativa es el siguiente:

1. Creación del Saldo:

La CNE emite un informe técnico⁴ en que señala las diferencias generadas por el mecanismo, indicando pormenorizadamente el monto del Saldo generado, al Generador acreedor de dichos Saldos y la Distribuidora deudora correspondiente, calculados conforme a lo dispuesto en el artículo 13° de la Resolución Exenta N° 72.

2. Contabilización de activo por monto del Saldo:

La Generadora que se indique como acreedora de un Saldo, de acuerdo con el informe técnico, reconocerá tal Saldo como un activo.

3. Adquisición del Saldo por el Cesionario:

La Generadora podrá ceder el Saldo pues se trata de un título de crédito, autónomo y cuya fuente es el reconocimiento de este crédito en el Decreto Precio de Nudo. El cesionario podrá "monetizar" o hacer líquido este título de crédito con un descuento respecto de su valor nominal, como si fuera un factoring. La venta del Saldo tiene por objeto transferir el dominio de los derechos emanados de la Ley 21.185. Se trata de un título de crédito distinto e independiente de los contratos subyacentes (los contratos de suministro de energía a las Distribuidoras o "PPAs"), cuya causalidad se encuentra en un acto de autoridad, el Decreto de Precio de Nudo.

³ Contrato de suministro de energía: para el servicio público de distribución a que se refiere el inciso primero del artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018 de 2007 "Ley Eléctrica", suscrito entre las Distribuidoras y sus Suministradores.

⁴ La CNE calculará, para cada "contrato de suministro de energía", las diferencias de facturación que se produzcan entre el precio establecido en el Decreto de precios de nudo promedio (PNP) y el precio que se hubiera aplicado de conformidad a las condiciones de dicho contrato. Cada Decreto PNP semestral identificará los "Saldos" originados por la aplicación del Mecanismo", identificando al Suministrador acreedor de dichos Saldos y la Distribuidora deudora correspondientes.

4. Emisión del cuadro de pagos:

La CNE deberá, en los próximos años, generar excedentes que permitan pagar estas obligaciones, aplicando un factor de ajuste a las tarifas si la reducción en el valor de los contratos de suministro no es suficiente para generar ese excedente que permita pagar a los tenedores de los Saldos PEC.

Una vez que se produzca este superávit, informará tal cosa en el correspondiente Decreto PNP. Entonces, el Coordinador en consideración a lo establecido en el informe técnico, en un plazo de 5 días hábiles desde la publicación del decreto PNP respectivo, determinará el monto a pagar por concepto de Saldos a favor de cada Generadora. Dicha determinación, contenida en un "Cuadro de Pago de Saldos" deberá ser comunicado por el Coordinador. Con eso, la obligación de crédito de dinero se vuelve líquida.

Los pagos de Saldos señalados se realizarán a las Generadoras, o a quien éstas lo hayan cedido, en este caso al Cesionario.

Esta operación, que bien parece un factoring, representó sin embargo numerosas discusiones y desafíos, que fueron resueltas, en plena pandemia, en un largo proceso de emisión de los títulos de crédito, llamados "Saldos PEC". Estos temas fueron de carácter regulatorio: (como definir los montos a pagar), tributario, cambiario, y de mercado de capitales. Los veremos sucintamente más adelante, pues volverán a ser tratados con ocasión de la implementación del mecanismo MPC o PEC 2.

Los Saldos PEC fueron comprados semestralmente por el BID Invest, institución multilateral que financió una parte y levantó recursos de inversionistas internacionales por el monto total de USD 1.350 MM, de acuerdo al tope establecido en la Ley N° 21.185 ("Ley PEC"). Dado que los títulos de crédito o Saldos PEC constaban en los Decretos PNP, la cesión de los mismos se realizó mediante la entrega material de una copia impresa del Decreto PNP. Como se trata de una cesión de créditos, también fue necesario notificar por escrito a cada Distribuidora cada cesión, mediante un ministro de fe, notario o receptor judicial. La aceptación por parte del deudor no es necesaria para la consumación y perfección de la cesión.

El BID Invest y otros inversionistas liderados por el BID y Goldman Sachs, compraron los Saldos PEC mirando la valoración crediticia de las principales empresas de distribución de Chile. Los principales argumentos en los que

se basó la confianza de los inversionistas para financiar la compra de los Saldos PEC, fueron los siguientes:

a. Si bien en Chile (a diferencia de muchos otros países) la distribución eléctrica se encuentra en manos de empresas privadas, y por tanto empresas que pueden quebrar, nunca una empresa de distribución ha quebrado⁵.

b. Alto grado de inversión de las 4 principales empresas de distribución eléctrica en Chile. Dado que cerca del más del 90% de la distribución se concentra en estas empresas, el carácter precario del resto, especialmente de las cooperativas eléctricas, no fue obstáculos para los inversionistas, y

c. La regulación específica que contempla la LGSE (artículo 146 Ter), incorporado por el caso Campanario, que establece un conjunto de normas especiales para aquellos casos de empresas que puedan “comprometer” o poner en peligro los objetivos a los que se refiere el artículo 72° - 1, vale decir: (i) la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, (ii) la operación más económica en el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y (iii) impedir el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión.

Esta operación permitió enfrentar un periodo crítico de nuestra historia sin subir las tarifas a los clientes regulados. El costo fue asumido íntegramente por las Generadoras, las que lo han cuantificado en un costo directo que dichas empresas debieron soportar en USD 400 MM⁶, aproximadamente.

B. MPC o “PEC 2”

Como es sabido, luego del estallido social vino la pandemia, la invasión de Rusia a Ucrania, los retiros de los fondos de pensiones, y todo eso se tradujo en una fuerte inflación, depreciación del dólar y un encarecimiento de las tarifas a pagar a las Generadoras. El tope de los USD 1.350 MM se agotó antes de tiempo.

Se hizo necesario ampliar el mecanismo. Afortunadamente, el Ministerio de Energía,

⁵ El único caso conocido, la empresa eléctrica de Casablanca (Emelca), en realidad se vio arrastrada a una situación de no pago de sus obligaciones por una productora de trigo, no por la actividad de distribución eléctrica. Diario Financiero, 2016.

⁶ “Los costos financieros por USD 400 millones fueron pagados íntegramente por las empresas de generación, sin posibilidad de poder traspasar estos costos a los contratos”. Generadoras de Chile, Asociación Gremial. Comisión de Hacienda del Senado 2022, 11.

Claudio Huepe, se propuso recoger experiencias para crear un nuevo mecanismo, que se hiciera cargo de las dificultades que había generado el PEC 1.

Una de estas dificultades era, obviamente, quien asumía el costo financiero de la postergación de los pagos. Las Generadoras señalaron que un nuevo descuento en sus ingresos afectaría nuevas inversiones y pondría en riesgo la necesaria transición energética. Por su parte, el BID Invest, que había financiado y contribuido a financiar la compra de todos los Saldos PEC1, señaló que las tasas de descuento eran muy altas y que se podrían reducir si el Estado garantizaba los títulos de crédito. También que el mecanismo de cesión de créditos del PEC 1 resultaba muy engorroso y anticuado.

Entonces el Gobierno decidió presentar un proyecto de ley que contemplaba un nuevo mecanismo, para lo cual presentó la siguiente proyección de flujos:

Proyección de flujos PEC1 y PEC 2



Fuente: Ministerio de Energía, junio 2022, *Presentación Proyecto de ley para estabilización y emergencias energéticas*, lámina 11.

Se busca entonces seguir “aplanando la curva”, esta vez con el desafío de pagar los Saldos PEC en el plazo comprometido. Por ello, se creó un nuevo mecanismo, que prioriza el pago de los Saldos PEC, y genera nuevos títulos de crédito, proyectando el último pago esta vez para diciembre de 2032.

Así es como, con fecha 2 de agosto de 2022 fue publicada la Ley N° 21.472 que “crea un fondo de estabilización de tarifas y establece un nuevo mecanismo de estabilización transitorio de precios de la electricidad para clientes sometidos a regulación de precios”, o Mecanismo de Protección al Cliente (en adelante “Mecanismo MPC”), también conocido como “PEC2”.

En el contexto de este mecanismo de estabilización de precios, las Generadoras sufrirán un descuento en el precio que las empresas Distribuidoras le pagarán por su energía. Dicho descuento será compensado por el Fondo de Estabilización Tarifaria ("FET").

El artículo 8 2. de la Ley establece una mecánica para el cobro, pago y contabilización del "Beneficio a Cliente Final" consistente en que la Generadora deberá emitir un documento de cobro al Coordinador Eléctrico Nacional ("Coordinador") correspondiente a la prorrata del "Beneficio a Cliente Final" asignado al suministrador respectivo. Una vez que el Coordinador verifique que lo indicado en el documento de cobro es correcto, deberá informarle mensualmente al Ministerio de Hacienda, que delegó estas funciones en la Tesorería General de la República, que emitirá un título de crédito transferible a la orden, el Documento de Pago ("DDP"), que permitirá a su portador cobrar la restitución del monto adeudado reconocido en el referido documento en la fecha que en él se establezca, lo cual no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2032.

En suma, el Mecanismo MPC protege a los Clientes Regulados cuya energía es suministrada por las Distribuidoras mediante la estabilización de los precios de la electricidad del sistema eléctrico nacional y de los Sistemas Eléctricos Medianos. Establece diferentes límites a los precios que las Distribuidoras pueden cobrar a los Clientes Regulados en virtud de los Contratos de Suministro con fecha de puesta en servicio anterior al 1 de enero de 2021, dividiendo a los Clientes Regulados en tres segmentos según su consumo promedio mensual. Cada segmento recibirá un precio denominado "Precio Preferencial".

Si, como resultado del Mecanismo MPC, los Precios Preferenciales aplicables durante un Periodo Tarifario son inferiores al precio que se habría aplicado durante dicho Periodo Tarifario si la Ley MPC no estuviera en vigor, la diferencia entre el Precio Preferencial y los precios que los Distribuidoras deberían haber pagado en virtud de los Contratos de Suministro constituirá un saldo impagado a favor de cada Suministradora denominado Beneficio a Cliente Final ("BCF"). El cálculo del BCF será realizado por las Distribuidoras para cada Cliente Regulado y será supervisado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC").

La CNE registrará el BCF aplicado por cada Distribuidora durante cada Periodo Tarifario. El valor agregado del BCF determinará,

para cada Periodo Tarifario, el saldo impagado en todo el sistema (el "BCF Acumulado") resultante de la aplicación del Mecanismo MPC para dicho Periodo Tarifario. El BCF Acumulado más los intereses devengados, menos los pagos de principal e intereses realizados en virtud de los DDP, se define como el Saldo Final Restante ("SFR"), que se establecerá expresamente en cada Decreto Tarifario y se expresará y será pagadero en dólares de Estados Unidos ("USD").

De acuerdo con la Legislación de los MPC, el importe del SFR no podrá superar en ningún momento los 1.800 millones de USD, que incluyen los intereses devengados. El SFR es un valor acumulativo, lo que significa que el límite máximo señalado no funciona como un umbral estático. Por lo tanto, cada pago de principal e intereses de cualquier DDP reducirá el SFR en la cantidad que se pague, por lo que podrán emitirse DDP adicionales cada cierto tiempo, incluso después de que se haya alcanzado inicialmente el límite señalado, en la medida en que esas emisiones posteriores no hagan que el SFR supere el límite legal.

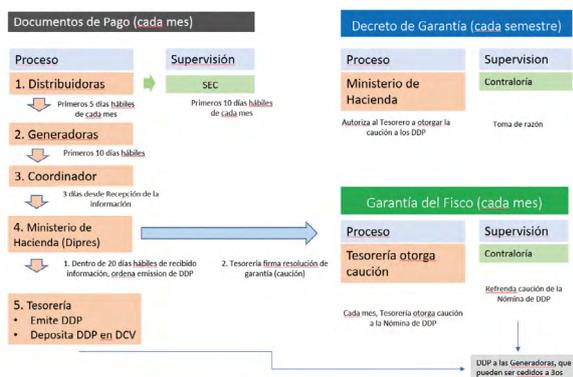
El Mecanismo MPC estará en vigor hasta que se reembolsen íntegramente todos los DDP, lo que deberá ocurrir el 31 de diciembre de 2032 o antes.

La Ley básicamente tiene dos componentes:

- a. Un Fondo de Estabilización y Emergencia Energética (que se esperaba que fuera permanente, pero finalmente no lo es)
- b. Un Mecanismo Transitorio de Protección al Cliente

Como hemos señalado, el Mecanismo MPC busca complementar en el tiempo al denominado mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica para clientes sujetos a regulación de tarifas (el "PEC"), que permitió congelar las tarifas eléctricas para clientes regulados, creado por la Ley N° 21.185.

El proceso de emisión de los DDP es el siguiente:



De acuerdo al Reglamento del FET (artículo 3°), el Fondo será financiado a través de las siguientes fuentes:

a. Un pago adicional máximo, comprendido dentro del cargo por servicio público imputable a los consumidores finales, el que será fijado anualmente, y será diferenciado por tramos de consumo. Para el 2023, este valor es entre \$0 y 2.8 \$/kWh

b. Los “cargos MPC”, aplicados a los Clientes Regulados, para extinguir el SFR dentro del plazo señalado, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley N° 21.472.

c. La rentabilidad e intereses que se obtengan de la inversión de los recursos financieros del Fondo.

d. Los aportes anuales que realice el Ministerio de Hacienda (USD 15 MM el primer año y hasta USD 20 MM).

C. Desafíos que debieron ser resueltos para implementar los mecanismos en forma exitosa

Tal como ocurrió en el PEC, el Mecanismo MPC generó numerosos asuntos por resolver, debido a la complejidad del mecanismo tarifario y a los montos involucrados. Algunos de ellos fueron los siguientes:

1. Cesión del título de crédito

Ya hemos visto que para ceder los Saldo PEC fue necesario realizar una cesión de créditos, para cada Saldo, entregar materialmente una copia del Decreto PNP donde dicho crédito consta (esfuerzo no menor) y notificar a la Distribuidora respectiva mediante un ministro de fe, notario o receptor judicial. Todo esto aparece como un esfuerzo no despreciable de recursos, con sus respectivas incertidumbres atadas.

Para el MPC se resolvió un sistema bastante más expedito: una emisión desmateriali-

zada. Adicionalmente, al utilizar una empresa de depósito de valores, el titular del título de crédito cuenta con la ventaja de que, en caso de no pago, podrá contar con un título ejecutivo, lo que hace que su título sea más seguro⁷.

El hecho de que un valor sea desmaterializado significa que el emisor no emitirá valores físicos, sino que registrará el valor en su sistema de anotaciones en cuenta. La forma desmaterializada no altera la validez o exigibilidad del título de crédito⁸.

La emisión de DDP se realiza de la siguiente manera, el emisor de los DDP, Tesorería General, actuando en virtud de la delegación del Ministerio de Hacienda chileno, y a nombre del FET, emitirá los DDP e instruirá a la empresa de depósito de valores para que emita y deposite dichos DDP en la cuenta de Tesorería.

Una vez depositados los DDP, Tesorería, actuando en nombre del FET, podrá (a) mantener en custodia dichos DDP en su propia cuenta, hasta el vencimiento de dichos documentos, y en ese caso proceder a su abono en la cuenta que las Generadoras informen al Coordinador, en cada Fecha de Pago de los DDP, o (b) transferir electrónicamente los DDP a las respectivas cuentas de las Generadoras en dicha empresa de depósito, donde serán abonados. Este proceso se llevará a cabo mediante anotaciones electrónicas en las cuentas correspondientes.

De acuerdo a la Ley MPC, cada DDP es un título de crédito transferible a la orden. La comunicación a la empresa de depósito de valores es suficiente para cualquier transferencia y no se requieren aprobaciones o formalidades adicionales.

2. Definición de los intereses

Como hemos señalado, los Saldo PEC no recibían intereses (salvo durante los años 2026 y 2027), lo que habría generado un alto costo para las Generadoras. La Ley MPC, en cambio, estableció que los DDP sí devengarían intereses desde un principio.

La Resolución MPC indica que la Dipres, está facultada para determinar la Tasa de Interés de los DDP de acuerdo con las condiciones imperantes en el mercado en el momento de

⁷ Ley N° 18.876 . Artículo 14 bis: “Los certificados que la empresa emita en virtud de los dispuestos en los artículos 13 y 14, tendrán mérito ejecutivo en contra de los emisores y demás personas obligadas a su pago”.

⁸ Ley N° 18.876, de 1989. Artículo 11.

la emisión de dichos títulos de crédito. La Tasa de Interés podrá fijarse en USD y se basará en la Tasa de Política Monetaria publicada por el Banco Central de Chile, más 25 puntos básicos que el Ministerio de Hacienda ajustará de acuerdo con las condiciones imperantes en el mercado.

A estos efectos, el BID Invest, la Tesorería, la Dipres y el Ministerio de Hacienda han suscrito el 27 de julio de 2023 un Acuerdo para la emisión, pago y determinación de la tasa de interés aplicable a los DDP, que establece el procedimiento para determinar esta tasa en función de las condiciones de mercado vigentes en el momento de su emisión. El procedimiento consiste en que antes de fijar la tasa, Dipres comunica al BID los montos y condiciones de pago de los DDP que va a emitir. Con dicha información, el BID y Goldman Sachs levantan fondos de manera abierta y competitiva en el exterior para que, a través de un vehículo de inversión, una facilidad de financiamiento, compren estos DDP⁹. Se trata de un proceso similar a la emisión de un bono, el que permite determinar la tasa. Esta información se le entrega a la Dipres para que la considere al momento de definir la tasa de interés aplicable.

De esta manera, se realiza la colocación de fondos suficientes que permitan comprar los DDP a las Generadoras, mediante un sistema de mercado, abierto y competitivo, levantando recursos suficientes para poder monetizar los DDP de las Generadoras que así lo solicitasen.

3. *Garantía*

A fin de reducir los costos financieros, que finalmente serán pagados por los clientes regulados, el Estado otorgará una garantía soberana al Saldo Final Restante, vale decir, a la totalidad de Documento de Pago emitidos, más sus intereses. De acuerdo a la Resolución Exenta CNE N° 334 (artículo 27), en caso de que los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización de Tarifas no resulten suficientes para pagar algún Documento de Pago, "la garantía del Fisco se hará efectiva mediante el pago por parte de la Tesorería, con cargo al Tesoro Público, del saldo del Documento de Pago que permanezca impago en dicha fecha, denominado "Monto Remanente". La Tesorería deberá realizar dicho pago a más tardar en la fecha en la que se cumplen 10 días hábiles desde la señalada Fecha de Pago.

La garantía requiere que cada semestre, mediante decreto dictado bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República, se autorice a la Tesorería General a emitir una caución. El Decreto de Garantía debe ser tomado de razón por la Contraloría, mientras que cada resolución de caución que emita el Tesorero, deberá ser refrendada por el propio Contralor.

Esta garantía constituye, por tanto, un pasivo contingente del Fisco, una obligación sujeta a una condición: que el Fondo de Estabilización no cuente con los recursos necesarios. En esa condición de pasivo contingente se asimila a otros como (i) las garantías de ingresos mínimos de las concesiones de obras públicas, (ii) la garantía por deudas de empresas estatales, (iii) las garantías por créditos de educación superior, (iv) las provisiones por juicios contra el Fisco, (v) las garantías estatales de depósitos, y (vi) las garantías del Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios (el "Fogape"). La Dirección de Presupuestos debe informar periódicamente al Congreso sobre estas garantías.

4. *Tema tributario*

Desde una perspectiva fiscal, la principal diferencia entre el PEC y el MPC, es que en este último sistema se introduce un nuevo título de crédito.

Mientras que el PEC 1 simplemente estableció un sistema de pago en el que se permitía a las Generadoras posponer sus cobros a las Distribuidoras durante varios años, el MPC o PEC 2 estableció que las Generadoras no cobrarían nada a las Distribuidoras, sino al FET. Las Generadoras tendrían que hacer un "descuento" a las Distribuidoras, y cualquier diferencia creada por dicho descuento sería asumida por el FET.

Así, según el PEC 1, las facturas debían emitirse cuando las empresas de generación cobraran a las empresas de distribución. Estas facturas debían estar sujetas al IVA como lo están normalmente.

Con el PEC2 no hay cargos por energía, sino únicamente un sistema especial de compensación por parte del Estado a favor de las empresas de generación. Este sistema de compensación se aparta de la naturaleza de la energía producida, por lo que no está sujeto al IVA.

A través de la Resolución 707 del 1 de marzo de 2023, el Servicio de Impuestos Internos ha interpretado que la compra, venta o

⁹ Diario El Mercurio, 2023.

cobro de los DDP no está afecto a IVA, y que no se requiere documentación tributaria (factura u otra) cuando dichas transacciones son realizadas por IDB Invest, o por cualquier otra entidad, sea chilena o extranjera.

D. Diferencias entre el PEC y el MPC

De modo de resumen, algunas de las principales diferencias entre los dos mecanismos se resumen en el cuadro siguiente:

	PEC 1	PEC2 o MPC
Límite (USD)	1.350 MM	1.800 MM
Deudor	Distribuidoras	Fondo de Estabilización
Título de Crédito	Saldo PEC (en Decreto PNP)	Documento de Pago
Emisor	Ministerio de Energía	Tesorería General de la República
Garantía	No	Fisco
Vencimientos	Hasta 31/12/2027	Hasta 31/12/2027
Liquidez	Cuadro de pago de Saldos emitido por Coordinador	Fecha de pago de DDP y Fecha de pago de Intereses
Aportes	Clientes Regulados vía factor de ajuste	a. Clientes Regulados (Cargo MPC) b. Regulados y Libres (Cargo adicional) c. Estado (máx. USD 20 MM/año)
Cesión	Transferencia título de crédito	Cesión título desmaterializado, depositado en DCV

E. Lecciones aprendidas

E.1. Comentarios generales

1. Los mecanismos de estabilización constituyen una forma en que el Estado de Chile ha tomado medidas para evitar los shocks en los precios de la energía, que representan o pueden representar una fuerte presión hacia el sistema político, como vimos con el alza de otros servicios públicos que dieron origen al estallido social, o que permiten enfrentar de mejor manera escenarios complejos como los provocados por la pandemia. Esto cobra relevancia a futuro, pues resulta de alta

complejidad para los hogares enfrentar alzas significativas de precios en la energía, situaciones que pueden ser cada vez más comunes, por ejemplo, si pensamos en un contexto de crisis climática, donde fenómenos como la sequía y otros eventos naturales golpean fuertemente en los precios de la energía. Más aún, por las mismas necesidades de enfrentar la crisis climática, el Estado de Chile se ha comprometido a cerrar progresivamente las centrales termoeléctricas a carbón en un plazo definido, lo que impone aún más exigencias al sistema eléctrico nacional desde el punto de vista de proveer un suministro confiable y seguro de energía eléctrica a los diversos consumidores.

2. Es positivo que los mecanismos de estabilización propuestos, tanto transitorio como permanentes, prácticamente no contemplen subsidios¹⁰. Existe una vasta experiencia comparada que demuestra que los subsidios al consumo de energía afectan fuertemente la situación fiscal de los países que los contemplan, y constituyen una mala señal en términos del combate al cambio climático. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado ha querido contribuir con una garantía para el pago del Saldo Final Resistente, pero cabe señalar que dicha garantía es sólo de carácter contingente (sujeta a la condición que no haya fondos disponibles en el FET), y tiene por objeto reducir los costos financieros del mecanismo transitorio propuesto.

3. Es fundamental para el éxito del MPC y para que los costos financieros sean los menores posibles, que el documento de pago que emita el Coordinador Eléctrico sea claramente un título de crédito, indubitado, y que garantice que el portador de dicho documento podrá recibir el pago adeudado. Este elemento es relevante pues, en la experiencia del PEC, algunas Distribuidoras han venido a solicitar los contratos de suministro ("PPAs") que motivan el despacho de energía de las Generadoras a las Distribuidoras, pero esos PPAs no son, bajo el esquema del PEC, ni tampoco bajo el esquema del MPC, la causa de la obligación de pago, sino que es solamente el título emitido por el Ministerio de Hacienda (delegado en definitiva al Tesorero). En consecuencia, este título debe contar con todas las características de un título de crédito.

¹⁰ Nos referimos a que (salvo un aporte máximo de USD 20 millones por año del Estado) no existe, prácticamente, subsidios directos del Estado hacia los consumidores. Pero sí hay un subsidio cruzado, pues las tarifas de los segmentos de menor consumo se congelan más que las de mayor consumo. Además, el cargo adicional, que constituye una de las tres fuentes de ingreso del PEC, afecta tanto a clientes regulados como a los clientes libres.

4. Una virtud de ambos mecanismos, PEC1 y PEC2, es que han sido incorporados en el proceso de definición de tarifas de los clientes regulados. Los cargos son incluidos en el Decreto PNP respectivo para cada semestre. No es un sistema paralelo. Eso significa que se encuentran en medio del proceso regulatorio, en la lógica vigente. No son bonos que se regalan, como cajas de mercadería, ni normas que pueden ser vulneradas, postergadas u olvidadas por los ministerios y servicios a cargo.

5. Agrega mucho valor la garantía del Estado, pues sin distorsionar los precios y operando sólo como un pasivo contingente, consigue reducir el costo del endeudamiento, sin afectar los niveles de deuda pública. Obvio que esto sólo debe ser entendido de manera excepcional y en la medida que el FET logre responder con sus obligaciones de pago.

6. Los mecanismos de estabilización, en suma, pueden ser considerados como formas efectivas de enfrentar periodos excepcionales, pero sólo funcionan de manera excepcional. No debieran perpetuarse en el tiempo, pues a la larga, a los costos de la energía se le agregan los costos financieros y la incertidumbre del proceso regulatorio. Lo fundamental, para no perderlo de vista, es que los costos de la energía vayan a la baja, lo que ha ocurrido en nuestro país únicamente cuando se incorporaron con fuerza las energías renovables y se agregaron mayores niveles de competencia en las licitaciones de suministro eléctrico de las Distribuidoras.

Índice de abreviaturas

Las abreviaturas que se utilizan en este artículo son las siguientes:

Bid Invest: División de soluciones del sector privado del Banco Interamericano de Desarrollo.

CNE: Comisión Nacional de Energía

DDP: Documentos de Pago del Mecanismo MPC, títulos de crédito emitidos por el Estado, actuando a nombre del Fondo MPC y garantizados por el Fisco, para pagar a las Generadoras, o a sus cesionarios, como consecuencia del mecanismo de estabilización MPC.

Mecanismo MPC: sistema de estabilización de precios, creado por la Ley N° 21.472 que "crea un fondo de estabilización de tarifas

y establece un nuevo mecanismo de estabilización transitorio de precios de la electricidad para clientes sometidos a regulación de precios", definido legalmente como Mecanismo de Protección al Cliente, también conocido como "PEC2".

PEC o PEC1: sistema de estabilización de precios creado por la Ley N° 21.185 que "crea un mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica para clientes sujetos a regulación de tarifas.

PPAs: contratos de suministro de energía eléctrica entre empresas de generación o Suministradoras y las Concesionarias de Distribución eléctricas, celebrados luego de un proceso de licitación pública, de acuerdo a la ley. Saldos PEC: títulos de crédito reconocidos en los Decretos Precio de Nudo para pagar a las Generadoras, o a sus cesionarios, como consecuencia del mecanismo de estabilización PEC.

Bibliografía citada

- BID Invest (febrero 2020). Electricity Tariff Stabilization Financing Facility.
- Comisión de Hacienda del Senado (6 de julio de 2016). Comentarios al proyecto de ley Boletín 14991-8 que crea un fondo de estabilización de tarifas eléctricas. <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/documento?id=698300>
- Diario El Mercurio (31 de agosto, 2023): "BID genera bono por US\$1.800 millones para mitigar efecto sobre Generadoras". Diario El Mercurio.
- Diario Financiero (2 de febrero 2016).
- Ministerio de Energía (junio 2022). Presentación Proyecto de ley para estabilización y emergencias energéticas. https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&id=13893&tipodoc=docto_comision.

Normativa citada

- Decreto N° 4 con fuerza de ley del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. 05 de febrero de 2007. D.O. No. 38.681.
- Ley N° 18.876 de 1989. Establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores. 21 de diciembre de 1989. D.O. No. 33.551.
- Ley N° 21.185 que "crea un mecanismo transitorio de estabilización de precios de la energía eléctrica para clientes sujetos a regulación de tarifas.
- Ley N° 21.472 que "crea un fondo de estabilización de tarifas y establece un nuevo mecanismo de estabilización transitorio de precios de la electricidad para clientes sometidos a regulación de precios".

La autonomía e independencia del Coordinador Eléctrico Nacional

Autonomy and independence of the Electric Coordinator in Chile

Diego Perales Roehrs¹

RESUMEN: La creación del Coordinador Eléctrico Nacional es el resultado de un proceso regulatorio gradual y coherente que ha tomado varios años en implementarse. La situación actual da cuenta de un órgano que goza de una evidente independencia frente a las empresas coordinadas. Si algún grado de preocupación admite la independencia del Coordinador es respecto de la autoridad política y no de las empresas. Los desafíos del Coordinador se relacionan con equilibrar la operación segura del sistema eléctrico con la operación económica. Una mejora deseable en su regulación es el desarrollo de una más completa normativa técnica que disminuirá la discrecionalidad del Coordinador al momento de fijar los criterios de seguridad.

Palabras clave: Coordinador Eléctrico Nacional; independencia de la operación del sistema eléctrico; seguridad en la operación del sistema eléctrico; evolución de la regulación eléctrica en Chile.

ABSTRACT: The creation of the National Electric Coordinator is the result of a gradual and coherent regulatory process that has taken several years to implement. The current situation shows an entity that enjoys a clear independence from the companies it coordinates. If there is any concern about the Coordinator's independence, it is related to the political authority rather than the companies. The Coordinator's challenges involve balancing the operational security of the electricity system with its economic efficiency. A desirable improvement in its regulation would be the development of a more comprehensive technical standards that reduce the Coordinator's discretion when setting security criteria.

KEYWORDS: Independent System Operator, Electric Coordinator in Chile, security in the operation of the electricity system, evolution of electricity regulation in Chile.

Introducción

En todo sistema eléctrico se distinguen tres segmentos: la generación, la distribución y la transmisión. La distribución más los clientes libres, conectados directamente a la red de transmisión, representan al consumo. La transmisión permite conectar al consumo con la generación. Para coordinar que los consumos sean abastecidos existe el operador eléctrico del sistema. Aquel, mediante la emisión de instrucciones obligatorias y con la ayuda de automatismos desplegados en la red, hace coincidir la oferta y la demanda eléctrica. Un sistema eléctrico debe operar necesariamente calzando en todo momento la oferta con la demanda.

Este operador recibe diferentes nombres en cada país. Por ejemplo, en el mercado norte americano corresponde al "Independent System Operator" o "ISO". En el mercado español dicha función es desarrollada por la

sociedad Red Eléctrica S.A., la que bajo la regulación europea recibe la denominación de TSO "Transmission System Operator".

En Chile al operador del sistema primero se le llamó CDEC (que corresponde a acrónimo del Centro de Despacho Económico y Carga), y luego Coordinador del Sistema Eléctrico Nacional, CEN, o simplemente Coordinador.

Hay sistemas eléctricos donde la operación es relativamente sencilla, y otros, donde es muy compleja. Chile es uno de ellos. Tenemos uno de los sistemas eléctricos más extensos del mundo dada nuestra particular geografía. Además, nuestra generación está concentrada en los extremos opuestos del sistema eléctrico, lo que aumenta su complejidad.

Una función diferente a la operación del sistema eléctrico es la operación del mercado. En esta última se registran las transacciones que se producen entre los agentes, en el denominado mercado de corto plazo². En Chile, la operación del sistema eléctrico y la opera-

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile, ex jefe jurídico de la Comisión Nacional de Energía, Correo electrónico: diego.perales@garrigues.com Dirección postal: Isidora Goyenechea 3477, Las Condes, Santiago de Chile.

² Decreto N° 125, de 2019. El capítulo 2 de ese cuerpo legal regula el mercado de corto plazo.

ción del mercado de corto plazo han estado siempre a cargo de un mismo organismo.

En los párrafos siguientes describiremos las funciones del Coordinador Eléctrico Nacional, y de cómo llegamos a la regulación vigente, con especial énfasis en lo que se refiere a la independencia de dicho organismo, y los temas más debatidos asociados al Coordinador, tales como la operación segura y la facultad de dictar normas que afectan la operación del mercado.

I. Sobre la coordinación del sistema y el rol privado en el sector eléctrico chileno

Como es de esperarse la coordinación del sistema eléctrico es parte de la regulación eléctrica desde su inicio, esto es, el DFL N° 1 de 1982. Es decreto con fuerza de ley se considera el estatuto fundacional de nuestra regulación.

Fue en la regulación del año 1981 donde se establecieron los principios que con cambios menores rigen hasta la actualidad.

Uno de esos principios consiste en el carácter privado de nuestro sistema eléctrico. Todos los segmentos del mercado eléctrico chileno son de responsabilidad de empresas privadas. No existe participación estatal en la actividad eléctrica, incluso, la participación de las empresas del Estado es mínima o inexistente. En este sentido, la operación del sistema eléctrico siempre ha estado a cargo de organismos no adscritos a la administración del Estado³.

Así fue concebido desde un inicio nuestra regulación eléctrica que fue pionera en el mundo. La esencia del DFL N° 1 de 1982 permanece inalterada, pese a los múltiples y reiterados cambios legales en nuestro sistema eléctrico. Esta regulación además goza de gran consenso político sin que se recuerde ningún proyecto de ley que busquen estatizar actividades del mercado eléctrico, incluida la de la operación del sistema eléctrico.

La falta de participación estatal en la actividad eléctrica es compensada con una fuerte regulación. En Chile no existe ningún mercado

más regulado que el eléctrico. Para prueba de lo anterior basta revisar el mapa normativo emitido por el Ministerio de Energía que describe cientos de cuerpos legales, reglamentario y normativos⁴.

II. Funciones del Coordinador Eléctrico Independiente

Partiremos con la descripción de la regulación actual del Coordinador Eléctrico Nacional, para luego explicar cómo llegamos a donde estamos. El actual Coordinador es el resultado de un proceso continuo en la regulación. Son varios los cambios que se han hecho a la normativa para llegar a la situación actual.

El Coordinador tiene esencialmente cinco funciones:

Uno, operar las instalaciones del sistema eléctrico nacional con el fin de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico y garantizar la operación más económica.

Esta es la función que identifica al operador del sistema eléctrico. Esta función técnica podría ser delegado en una empresa especializada como sucede en muchos países. Acá no debiera haber ningún espacio a decisiones políticas, lo que corresponde es aplicar criterios previamente definidos para la operación del sistema.

Anexo a esta función de operación es necesario incluir la auditoría de costos que informan las empresas generadoras en la operación del sistema. Esos costos son relevantes tanto para la operación del sistema, por cuanto determina el orden de entrada de las centrales generadoras, como para la operación del mercado, donde se fijan las transferencias en el mercado de corto plazo.

Dos, velar porque las instalaciones que se conecten al sistema eléctrico cumplan con la normativa de seguridad correspondiente⁵.

³ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Art. 212-1, inciso 3: "El Coordinador no forma parte de la Administración del Estado, no siéndole aplicable las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención. Su organización, composición, funciones y atribuciones se regirán por la presente ley y su reglamento". Si bien esta norma se refiere al Coordinador actual, los antiguos CDEC, en los hechos sucedía lo mismo.

⁴ https://energia.gob.cl/sites/default/files/mapeo_normativa_energetica_2021.pdf

⁵ Decreto N° 125, de 2019. El art. 28 del Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, señala que "de manera previa a la puesta en servicio de un proyecto y en conformidad a lo establecido en la norma técnica, el interesado deberá acordar con el Coordinador un cronograma de puesta en servicio en el que se establecerán las actividades a realizar y los plazos asociados a dichas actividades. Cualquier modificación de dichos plazos deberá ser comunicada al Coordinador quien podrá aprobar o rechazar justificadamente dicha modificación. Todo incumplimiento en los plazos establecidos para el período de puesta en servicio deberá ser comunicado por el Coordinador a la Superintendencia pudiendo aplicarse las sanciones que correspondan".

Esta función es fuente de reiteradas críticas por parte de la industria por cuanto estiman que el proceso no es lo expedido que debería ser. En su defensa podemos señalar que el Coordinador debe destinar muchos recursos en la prestación de esta actividad y sería deseable algunos cambios para mejorar su ejecución, por ejemplo, que parte del proceso sea costado por las propias empresas que requieran esa conexión.

Tres, garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión. Para el sistema de transmisión nacional y zonal, el acceso abierto se confunde con el cumplimiento de la normativa de seguridad, pues, existiendo la instalación cuyo uso se solicita interconectar, la única razón para negar la interconexión es la seguridad del sistema eléctrico⁶. Para los sistemas dedicados en cambio, el acceso abierto está subordinado a la existencia de capacidad técnica disponible⁷.

Cuatro, determinar las transferencias económicas del mercado de la generación y todas aquellas que constituyen el mercado de corto plazo de la energía. El reglamento señala que el Coordinador deberá determinar y coordinar las transferencias económicas resultantes de la operación entre las empresas sujetas a su coordinación, debiendo elaborar los balances de energía, potencia y servicios complementarios.

Los balances de energía y capacidad son desde su origen una de las funciones del operador del sistema eléctrico chileno. Para ejercer esta función que cada día va aumentando en complejidad, el Coordinador ha debido implementar sistemas informáticos que le permiten tener un registro de las mediciones con nivel de facturación de los consumos e inyecciones en el sistema eléctrico. Además esta función requiere recopilar la información de todos los contratos de suministro entre empresas distribuidoras y generadoras, y entre estos, y los clientes libres. Asociado a esa función la ley le encarga al Coordinador el monitorear la cadena de pagos, esto es verificar que las empresas paguen los balances emanados del mercado de corto plazo.

Otras leyes han agregado funciones adicionales, donde destacan las leyes que han establecido mecanismos de estabilización de precios, las cuales han obligado al Coordinador a elaborar nuevos cuadros de pagos.

Cinco. El Coordinador además cumple funciones en materia de libre competencia con la Unidad de Monitoreo de la Competencia (UMC). Esta unidad debiera ir aumentando en importancia, en especial, si transitamos de un sistema marginalista basado a costos auditados a uno de ofertas.

III. Historia del Coordinador Eléctrico Independiente

Alguna de las funciones que hemos descrito en el punto anterior no siempre formaron parte del órgano que opera el sistema eléctrico. En una primera etapa, el DFL N° 1/1982 se limitaba a establecer que la operación de las instalaciones eléctricas que operen interconectados debía coordinarse para preservar la seguridad del sistema eléctrico; su operación económica, y garantizar el derecho de servidumbre⁸.

El Decreto Supremo N° 6 de Minería de 1985, fue el primer reglamento de la operación y de la coordinación. Allí se definió al operador del sistema como los "Centros de Despacho Económico de Carga" o simplemente "CDEC". Allí también se estableció que el su directorio estará formado por representantes de cada entidad coordinada, a razón de uno por empresa. A esa fecha, existían dos CDEC, cada uno encargado de la operación de los dos sistemas eléctricos que existían, uno en del norte, y otro en el centro y sur del país, SING y SIC.

En el reglamento de la ley eléctrica del año 1997 se señaló que las instrucciones de coordinación que emanen del CDEC serán obligatorias para todas las centrales generadoras y líneas de transporte interconectadas. Esta fue la primera señal de un órgano que intervenía más allá de las empresas coordinadas.

En el año 2004, se independizó la administración del CDEC de las empresas integrantes⁹. Esta medida fue un cambio muy relevante y marcó un evidente hito en la forma de relacionarse que tenía el Coordinador con las empresas.

También en el año 2004, la regulación señala que el CDEC respectivo deberá establecer los requisitos técnicos mínimos que deberá cumplir toda instalación que se interconecte al sistema eléctrico. Esa norma obligó a que todas las empresas que quisieran interconectarse debieran contar con una autorización formal

⁶ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Art. 79.

⁷ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Art. 80.

⁸ El derecho a servidumbre que se menciona es lo que correspondía al acceso abierto actual bastante más limitado.

⁹ Ley N° 19.940, de 2004.

del operador del sistema. Antes esta función era ejercida limitadamente por la empresa transmisora afectada por la interconexión. En esa misma ley señaló que someterá a dictamen del panel de expertos los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC. Nuevamente, acá la regulación empieza a entregarle al Coordinador potestades que se asemejan mucho a la de los órganos públicos.

En el año 2013, el Decreto N° 115 de Minería del año 2012 estableció que era incompatible la función de director del CDEC con la condición de funcionario público y la calidad de director, gerente o trabajador dependiente de las empresas coordinadas¹⁰. Esa reforma avanzó nuevamente en separar la operación del sistema eléctrico de las empresas coordinadas. El directorio estaba constituido por representantes remunerados de los sectores de la transmisión, generación o clientes regulados, y no de las empresas individualmente.

El cambio anterior, fue la preparación para que en el año 2016, se incluyese un título nuevo en la ley eléctrica, esto el Título VI BIS "Del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional"¹¹.

IV. Sobre los conceptos de autonomía e independencia

No es fácil diferenciar autonomía e independencia, y muchas veces son términos que se ocupan indistintamente¹². La doctrina jurídica administrativa se centra en el estudio del concepto de autonomía y sus diferentes alcances¹³. Para efectos didácticos, separaremos autonomía e independencia, siguiendo alguna de las ideas expuestas por el profesor Ramiro Mendoza¹⁴.

La expresión "independencia" con que la ley calificó al Coordinador del Sistema no tiene una acepción única para el derecho administrativo. Independencia se suele utilizar para referirse al poder judicial y a los otros organismos que cumple similares funciones, como es

el caso de del Ministerio Público. La expresión es muy recurrida para denotar imparcialidad.

Nos parece que la ley utilizó la expresión "independiente" para referirse al Coordinador con el objeto de diferenciarlo de los antiguos CDEC que estaban conformados por las empresas eléctricas. La ley utiliza esa expresión para destacar el fin de la subordinación entre las empresas coordinadas y el operador del sistema.

La autonomía es un atributo de la regulación del Coordinador, en cambio la independencia se refiere a la falta de influencia del poder político y de las empresas en las decisiones que adopte el Coordinador.

La autonomía define a un órgano y viene entregada por su regulación. En este sentido, los CDEC siempre fueron autónomos, pues estaban separados de las empresas, en cambio, no fueron calificados de independientes sino hasta la reforma del año 2016.

La independencia es un valor jurídico, esto es, algo deseado o protegido por la ley, pero no es un atributo que le pueda otorgar la ley con sólo calificarlo con ese nombre. Para entender lo señalado, podemos recurrir a otro valor jurídico como es la justicia. Estrictamente, no hay personas justas, lo que puede haber son conductas justas. Es cierto que personas que normalmente ejecutan actos justos, se le llaman personas justas, pero esa calificación se adquiere por la reiteración de esa forma de proceder, es el resultado de múltiples actos justos. Alguien calificado como justo, también podrá eventualmente cometer una injusticia. Esto mismo se aplica a la independencia del Coordinador.

Así, la mayor o menor independencia del Coordinador se debe resolver en concreto y no en abstracto. Son las decisiones que dicho órgano adopte las que se pueden calificar de independientes.

Como cualquier juicio de valor, la independencia del Coordinador estará influenciado por las percepciones de la persona que enuncie el juicio. Lo que para uno será muestra de independencia, puede no serlo para otro. No hay una vara única para medir la independencia, como tampoco lo hay para la justicia.

V. Sobre la autonomía e independencia del Coordinador

Desde su primera regulación en el Reglamento del año 1997, los CDEC se concibieron como un ente jurídicamente separado de las empre-

¹⁰ El decreto referido modificó el Decreto Supremo N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba Reglamento que establece la estructura, funcionamiento y financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga.

¹¹ Ley N° 20.936, de 2016.

¹² Véase ZÚÑIGA 2007, 223-244.

¹³ Véase al respecto, CORDERO, La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía. En Contraloría General de la República, Contraloría General de la República 85 Años De Vida Institucional (1927-2012) (p. 15 y ss.)

¹⁴ Véase MENDOZA 2019, en <https://noticias.uai.cl/columna/autonomia-independencia-y-estado/>.

sas, y en ese sentido, siempre han sido un órgano autónomo de las empresas coordinadas.

Esa autonomía primero se estableció con la creación de una sociedad de responsabilidad limitada donde las empresas coordinadas eran sus socios. Luego, mediante la reforma del año 2009, esos CDEC correspondía a una persona jurídica de derecho privado, ya no en la forma de una sociedad, sino como un ente especialmente regulado. Posteriormente, con la modificación del año 2016, el Coordinador corresponde a una persona jurídica de derecho público. De este modo, el operador del sistema eléctrico, ya sea el CDEC o el Coordinador, siempre fueron personas jurídicas autónomas, en el sentido que nunca se confundió con las empresas coordinadas.

Tampoco nunca el operador del sistema ha sido parte de la administración del Estado. Los CDEC siempre tuvieron su presupuesto propio y su propio órgano de administración. Desde el punto de vista de derecho administrativo, se suele referir a la posibilidad de autorregularse y contar con un presupuesto propio, como atributos mínimos de un órgano autónomo¹⁵.

Despejado el concepto de autonomía, conviene ahora analizar el de independencia.

Al día de hoy, es posible afirmar, sin asomo de dudas, que el Coordinador actual es el operador del sistema que históricamente ha gozado de mayor independencia respecto de las empresas coordinadas. Lo anterior es fruto de la reforma del año 2016, la que denominó a nuestro Coordinador como "independiente". Antes de esa ley, las empresas conformaban a los CDEC, ellas mismas o sus representantes se sentaban en su directorio. También eran las empresas las que financiaban los CDEC. Ninguna de esas cosas sucede hoy.

La misma ley que separó por completo al Coordinador de las empresas, lo acercó al poder político. Hoy el Coordinador goza de menor independencia de la autoridad política de lo que eran los CDEC. La CNE aprueba su presupuesto. La autoridad política tiene injerencia en la designación de sus directivos.

Hoy bajo la regulación vigente la separación del Coordinador de las empresas eléctricas es total, y de producirse algún tipo de vinculación negativa que afecte a su independencia no es posible atribuírsela a la regulación. Por el contrario, la vinculación del Coordinador con el poder político es mucho mayor

desde el año 2016 a la fecha, de modo que si hay que poner algún grado de alerta en esto sería en la vinculación con el poder político.

VI. Sobre la resolución de controversias en la operación del sistema eléctrico

Mientras estuvieron vigentes los CDEC las controversias que se presentaba entre las empresas se resolvían en el directorio del CDEC respectivo, pudiendo en caso de desacuerdo, ser resueltas por el Ministro de Economía¹⁶. Eso fue modificado por ley en el año 2004, entregando la resolución de esas discrepancias al Panel de Expertos que dicha ley creo.

La incorporación del Panel de Expertos a la regulación eléctrica marcó un hito, siendo el cambio más relevante en materia de resolución de controversias en el sector.

Es imposible evaluar al Coordinador separadamente del Panel de Expertos. Este último órgano influye en la conformación del Consejo del Coordinador y es el llamado a resolver las controversias que presenten las empresas coordinadas. Este elemento parece no estar presente en las críticas que a nuestro juicio se hacen incorrectamente al Coordinador actual sobre su falta de independencia. Con la reforma del año 2016, las empresas eléctricas han perdido influencia en la coordinación del sistema, pero cuentan con la posibilidad de recurrir de las decisiones del Coordinador ante el Panel de Expertos.

Como vimos anteriormente esto fue la preparación de un coordinador independiente. Esto debiera ser motivo de orgullo de nuestra regulación. Fue un éxito de nuestra regulación lograr transitar eficientemente de una coordinación que hacían las propias empresas involucradas a un coordinador independiente cuyas decisiones pueden ser resueltas por otro órgano que asegure imparcialidad en su proceder, como es el caso del Panel de Expertos.

VII. Sobre la dictación de normas por parte del operador del sistema

Dentro de la evolución del operador del sistema, merece una atención especial sus competencias normativas. Desde su creación, los CDEC contaban con facultades normativas las que se manifestaban con la dictación de su reglamento interno. Nos parece que esta facultad es una consecuencia necesaria para el ejercicio de sus funciones.

¹⁵ Véase obra citada en nota 11.

¹⁶ Decreto Supremo N° 327, de 1997. Art. 178.

La intención manifestada por el legislador, en la reforma del año 2016, fue quitarle competencia normativa al Coordinador. Esa modificación legal tuvo como precedente una disputa que fue llevada por las empresas en contra la CNE ante la Contraloría General de la República¹⁷. Como suele hacer muchas veces el Estado, trató de resolver la disputa con una ley. Así en su la reforma del año 2016, no sólo se le incorpora la CNE la facultad de dictar normas técnicas, sino además se pretendió reducir el ámbito de los procedimientos internos del Coordinador. La ley restringió los procedimientos internos tendrán a un objeto mucho más acotado¹⁸ al de la norma anteriormente vigente¹⁹. No obstante eso, los procedimientos internos gozan de muy buena salud.

Se esperaba que la norma anterior restringiría la facultad del Coordinador para dictar normas, pero no ha sucedido así. Es más el Coordinador cada vez produce mayor regulación no sólo en la forma de procedimiento internos, sino como minutas y guías.

Es cierto que la dictación de normas técnicas por parte de la CNE ha limitado el ámbito discrecional del Coordinador, pero muy lejos de aquello está que hubiera hecho desaparecer las normas emanadas del Coordinador.

VIII. La seguridad en la operación del sistema eléctrico

De acuerdo a la ley el sistema debe operar al menor costo posible abasteciendo la demanda y cumpliendo con el estándar de seguridad determinado. El estándar de seguridad lo entregan diversas disposiciones legales, reglamentarios, y sobre todo normas técnicas. Pese a la profusa regulación que existe, no es suficiente sostener que el Coordinador debiera limitarse a cumplir con aquellas normas, pues la seguridad de un sistema eléctrico está lejos de limitarse a aquello. La seguridad del sistema

no es muy diversa a las normas de seguridad que deben seguir cualquier trabajador en el desempeño de sus funciones. Por ello, no basta con seguir los protocolos, hay muchos espacios de dudas que deben ser completados por el Coordinador en base a criterios.

Las empresas coordinadas han alegado en diversas discrepancias ante el Panel de Expertos que el Coordinador opera el sistema eléctrico sobrepasando un estándar aceptable de seguridad, esto es que lo criterios que aquel utiliza exceden lo que debiera aplicarse²⁰. Esto cobra mucha importancia, pues casi siempre, mayor seguridad inciden en mayores costos, y muchos de ellos deben ser soportados por las empresas generadoras. Esto es un tema habitual a todos los sistemas eléctricos. En el pasado cuando las empresas operaban el sistema, posiblemente tomaban más riesgos que los que toma el operador independiente.

En esa tensión entre empresas y Coordinador, el Panel de Expertos suele apoyar al Coordinador en sus decisiones, pero con matices. En todos los casos del año 2022 en los que fue evidente esta tensión, la intervención del Panel fue siempre posterior a la decisión del Coordinador, de modo que el Panel tampoco tenía mucho que hacer. ¿Qué hacer cuando el Coordinador opera una instalación por razones de seguridad y alguien discrepa? No vemos que el Panel sea la instancia adecuada para corregir la operación diaria del Coordinador, pues no puede el Panel, por una simple razón de plazos, modificar lo que ya sucedió. Al acoger una discrepancia el Panel nunca podrá echar el tiempo atrás, ya que la operación del sistema fue la que fue. La alternativa que buscaron las empresas fue pedir la modificación de los balances, tratando de revertir los efectos económicos de la decisión del Coordinador, pero aquello no tuvo éxito.

Es evidente que el operador independiente siempre será mucho más conservador que un sistema operado por las empresas. En el pasado cuando las empresas operaban el sistema, la solución de la autoridad fue sancionarlas, mediante la política que se conoció como "café para todos" dado la idea que pagaban todos, justos por pecadores. Las multas indiscriminadas no demostró ser una buena solución. Mejor resultado fue la creación de Coordinador independiente.

¹⁷ Véase al respecto <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13305-profesor-alejandro-vergara-qla-cne-esta-intentando-realizar-la-coordinacion-que-la-ley-entrega-a-los-cdec>

¹⁸ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Art. 72-4, señala que los procedimientos Internos del Coordinador "estarán destinados a determinar las normas internas que rijan su actuar, las comunicaciones con las autoridades competentes, los coordinados y con el público en general, y/o las metodologías de trabajo y requerimientos de detalle que sean necesarios para el adecuado cumplimiento y ejecución de sus funciones y obligaciones, los que deberán ajustarse a las disposiciones de la ley, el reglamento, normas técnicas que dicte la Comisión y demás normativa vigente".

¹⁹ Decreto Supremo N° 327, de 1997. Art. 171.

²⁰ Una referencia a esas discrepancias para el año 2022 se pueden encontrar en el siguiente link: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/chile-analisis-discrepancias-presentadas-panel-expertos-2022.

El tema del exceso de seguridad en la operación seguirá posiblemente por años en los debates, y las empresas generadoras intentarán diversas estrategias para lograr una mayor flexibilidad para limitar las restricciones de seguridad que encarecen la operación del sistema.

Este problema, de tener alguna solución, parece ser a través del perfeccionamiento de la normativa en aquellos espacios que se estime que la discrecionalidad del Coordinador es excesiva. No parece razonable que sea el Panel el que dicte los criterios de operación del sistema eléctrico a futuro. Reconociendo que el problema no tiene una solución simple, parece que algunas medidas podrían colaborar para mitigarlo:

Uno, aumentar la regulación, especialmente a través de normas técnicas. Muchas de las discrepancias entre las empresas y el Coordinador se podrían solucionar con una mayor densidad regulatoria.

Dos, avanzar más rápidamente en el robustecimiento de la red. Muchas de los problemas de seguridad que hoy existen, y que generan los sobrecostos del sistema, son conocidos desde hace ya tiempo, no obstante ello, no sean solucionado por la dificultad para implementar las medidas técnicas respectivas.

Tres, fortalecer medidas económicas para dar flexibilidad al sistema. Muchas veces los problemas de seguridad se solucionarían traspasando algunos riesgos a los clientes. El Coordinador ha tratado sin éxito de licitar servicios de desconexión de cargas, que sin grandes costos para el sistema, podría favorecer a una operación más eficiente. Se trata de llevar los riesgos sólo a algunos clientes que están dispuestos a soportarlos. Parece una medida sensata, pero que no ha logrado tener éxito hasta ahora principalmente por restricciones regulatorias.

Cuatro, perfeccionamiento de mercado. Muchas veces detrás de los problemas de seguridad existe oculto el problema de la señal de ubicación de la generación. Dado que el generador no percibe totalmente las señales de ubicación, el sistema se ha desarrollado de una manera asimétrica, por un lado la generación y por otro la transmisión.

Conclusiones

1) El Coordinador es un órgano que ha llegado a nuestra regulación eléctrica a través de un largo proceso de reformas que son coherentes entre sí. El proceso ha buscado

reforzar su independencia de las empresas coordinadas.

2) El Coordinador es mucho más que un operador del sistema eléctrico. Está a cargo del mercado de corto plazo y tiene la facultad de dictar normativa que es relevante para el mercado.

3) La posibilidad de recurrir de las decisiones del Coordinador al Panel de Expertos es un mecanismo que asegura que las empresas puedan controvertir sus decisiones.

4) La seguridad en la operación es un tema abierto que posiblemente requiere de soluciones normativas. No parece que sea responsabilidad del Coordinador ni del Panel de Expertos completar los espacios que deben ser llenados por una regulación más precisa.

Bibliografía citada

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). La Administración del Estado en Chile y el Concepto de Autonomía. En Contraloría General de la República, *Contraloría General de la República 85 Años De Vida Institucional (1927-2012)* (p. 15 y ss.)
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro (27 de enero de 2019). Autonomía, independencia y Estado. Noticias UAI. <https://noticias.uai.cl/columna/autonomia-independencia-y-estado/>.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007). Autonomías Constitucionales e Instituciones contra Mayoritarias. *Revista Ius et Praxis* (13), 223-244.

Normativa citada

- Decreto N° 125 de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional. 20 de diciembre de 2019. D.O. No. 42.533.
- Decreto N° 4/20018 de 2007 [con fuerza de ley] del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. 05 de febrero de 2007. D.O. No. 38.681.
- Decreto Supremo N° 327 de 1997 [Ministerio de Minería]. Fija el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. 10 de septiembre de 1998. D.O. No. 36.162.
- Ley N° 19.940 de 2004. Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos. 13 de marzo de 2004. D.O. No. 37.810.
- Ley N° 20.936 de 2016. Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional. 20 de julio de 2016. D.O. No. 41.512.

Sistemas de generación-consumo: oportunidades y desafíos para la reglamentación de la Ley N° 21.505

Generation-consumption systems: opportunities and challenges for the regulation of law no. 21,505

Eduardo Escalona Vásquez*
Antonia Jorquera Cruz**

RESUMEN: Este trabajo analiza las implicancias de la incorporación a la Ley General de Servicios Eléctricos del concepto de sistemas de generación-consumo por la Ley N° 21.505. Los reglamentos que deben dictarse conforme su articulado transitorio determinarán la delimitación del tipo de infraestructura que será considerada como tal, la regulación que les será aplicable y el alcance de las atribuciones del Coordinador Eléctrico Nacional sobre éstas, lo que podrá ser determinante para la viabilidad de futuros proyectos de producción de hidrógeno verde, almacenamiento de energía, y de infraestructura que combine procesos productivos, almacenamiento e inyecciones de energía a la red.

Palabras clave: Ley General de Servicios Eléctricos, sistemas eléctricos, regulación del sistema y mercado eléctricos.

ABSTRACT: This paper analyses the implications of the incorporation of the concept of generation-consumption systems into the General Law on Electrical Services by Law No. 21,505. The regulations to be issued in accordance with its transitory article will determine the delimitation of the type of infrastructure that will be considered as generation-consumption systems, the regulation that will be applicable to them and the scope of the National Electricity Coordinator's powers over them, which could be decisive for the viability of future projects for green hydrogen production, energy storage and infrastructure that combines production processes, storage and energy injections into the grid.

Keywords: General Law on Electrical Services, electrical systems, electricity market regulation, electrical systems regulation.

I. Introducción

El presente trabajo analiza las principales implicancias de la incorporación a la Ley General de Servicios Eléctricos del concepto de "sistemas de generación-consumo" por la Ley N° 21.505, que Promueve el Almacenamiento de Energía y la Electromovilidad, publicada en el Diario Oficial el 21 de noviembre de 2022, particularmente respecto de cómo se aplicará ese concepto en los reglamentos que, conforme al artículo primero transitorio de la Ley N° 21.505, el Ministerio de Energía debe

dictar antes de un año desde la publicación de la ley en el Diario Oficial, es decir, antes del 21 de noviembre de 2023.

Dada la amplitud del concepto legal de sistemas de generación-consumo, se advierte que los reglamentos que deben dictarse serán determinantes en la delimitación del concepto y, por consiguiente, del tipo de infraestructura productiva y energética que será considerada como tal y cómo ello impactará en la regulación que les será aplicable, particularmente en aspectos como el alcance de las atribuciones del Coordinador Eléctrico Nacional (en adelante, el "Coordinador"), la participación de los titulares de estos proyectos en las transferencias de energía en el mercado de corto plazo, la contribución de estas instalaciones a la suficiencia de potencia del sistema eléctrico, la aplicación de la normativa existente relativa a los sistemas de almacenamiento, etc., y los impactos que estas definiciones pueden tener en la viabilidad de futuros proyectos de pro-

* Profesor Titular de Derecho Económico y de Derecho de la Energía en la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Dirección postal: Av. El Golf 40, piso 20, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: eduardo.escalonav@mail.udp.cl.

** Abogada, Universidad de Chile, Santiago. Dirección postal: Av. El Golf 40, piso 20, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: antonia.jorquera@u.uchile.cl.

ducción de hidrógeno verde, almacenamiento de energía, y de infraestructura que combine procesos productivos, almacenamiento e inyecciones a la red de energía renovable, y, por consiguiente, en los incentivos a las inversiones en este tipo de instalaciones.

En lo que sigue, se analizará el alcance del concepto legal de sistemas de generación-consumo y se identificarán, a partir de este análisis, los aspectos en que el contenido de los reglamentos que la Ley N° 21.505 mandata al Ministerio de Energía a dictar antes del 21 de noviembre de 2023 podría repercutir en la viabilidad y los incentivos o desincentivos a las inversiones en proyectos de generación-consumo en general, y, en particular, en los proyectos de producción de hidrógeno verde y sus derivados, y de otras tecnologías que permitan materializar los objetivos de las políticas públicas vigentes en materia de descarbonización y de posicionamiento del país como productor y exportador de energía limpia a nivel mundial.

II. Concepto de sistemas de generación-consumo

La Ley N° 21.505 modificó diversas disposiciones de la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, la "LGSE"), principalmente, para equiparar el tratamiento normativo de los sistemas de almacenamiento de energía al de las centrales generadoras, particularmente en cuanto a la participación de sus titulares en las transferencias de energía y de potencia.

Adicionalmente, la Ley N° 21.505 incorporó un nuevo literal al artículo 225° de la LGSE, el que establece la definición de los sistemas de generación-consumo:

af) Sistema generación-consumo: Infraestructura productiva destinada a fines tales como la producción de hidrógeno o la desalinización del agua, con capacidad de generación propia, mediante medios de generación renovables, que se conecta al sistema eléctrico a través de un único punto de conexión y que puede retirar energía del sistema eléctrico a través de un suministrador o inyectarle sus excedentes.

Los cargos que correspondan, asociados a clientes finales, serán sólo en base a la energía y potencia retirada del sistema y en ningún caso por la energía y potencia autoabastecida.

A estos sistemas les serán aplicables todas las disposiciones correspondientes a

las centrales generadoras y clientes finales no sometidos a regulación de precios, de acuerdo a lo que disponga el reglamento, el que establecerá las disposiciones y requisitos necesarios para la debida aplicación del presente literal.

Lo primero que se debe observar de esta definición legal es que abarca cualquier tipo de infraestructura productiva que, además, cuente con capacidad de generar para sí misma energía eléctrica por medios de generación renovables. Esto se desprende del uso de la expresión "tales como" al enunciarse los fines que debe tener la infraestructura productiva en cuestión para que sea considerada como un sistema de generación-consumo. En este sentido, y al tratarse de una enunciación meramente ilustrativa, la producción de hidrógeno y la desalinización de agua son dos de los múltiples posibles fines que puede tener la infraestructura productiva que, junto con las unidades de generación renovable, conformen un sistema de generación-consumo.

El segundo aspecto relevante de la definición legal citada es el uso de la conjunción alternativa "o" al referirse a las interacciones del sistema de generación-consumo con el sistema eléctrico al cual se encuentre interconectado.

En efecto, el primer párrafo del referido literal af) señala que la infraestructura productiva que conforma el sistema de generación-consumo "...puede retirar energía del sistema eléctrico a través de un suministrador o inyectarle sus excedentes" (todo ello, a través de un único punto de conexión). El uso de la conjunción alternativa "o" en este caso, conforme a las reglas de interpretación de la ley que establece nuestro Código Civil, implica que será un sistema de generación-consumo aquella infraestructura productiva que (i) cuenta con capacidad de generación de electricidad desde fuentes renovables cuya capacidad de generación excede la energía que consume para el proceso productivo al que está destinada (por ejemplo, a la desalinización de agua) y que, por lo tanto, cuenta con excedentes para inyectar al sistema eléctrico-, (ii) cuenta con medios de generación renovables propios, cuya capacidad de generación es destinada en su totalidad a un proceso productivo (y/o es almacenada, para luego ser destinada a dicho proceso productivo) y, además, retira energía y potencia del sistema eléctrico –a través de un suministrador– para abastecer su proceso productivo; o bien, (iii) cuenta con capacidad de generación renovable propia que destina, en parte, o en determinados momentos, a un

proceso productivo, que, en parte, o en determinados momentos, dispone de excedentes para inyectar a la red y que, en parte o en determinados momentos, retira energía del sistema eléctrico al que se interconecta.

Un tercer elemento a considerar en relación con la definición legal de los sistemas de generación-consumo es que ésta no considera ninguna limitación en términos de la capacidad de generación, de la capacidad instalada desde la perspectiva del consumo de energía de las instalaciones productivas, del tipo de instalaciones a través de las cuales se conecta al sistema eléctrico (sólo precisa que la infraestructura productiva y los medios de generación renovable que conformen el sistema deben tener un único punto de conexión al sistema eléctrico), ni la calidad o tipo de cliente a quienes se les aplicaría, tratándose de instalaciones que efectúan retiros desde el sistema por medio de un suministrador¹.

En definitiva, el concepto admite que se considere sistema de generación-consumo tanto a aquella infraestructura productiva con capacidad de generación propia que no retira energía del sistema para abastecer sus consumos, y que dispone de excedentes para inyectar a la red, como a aquella que, teniendo generación propia, no inyecta excedentes a la red y únicamente efectúa retiros desde del sistema –por intermedio de un suministrador–, e, incluso, a instalaciones productivas que, teniendo capacidad de generación propia, efectúen tanto inyecciones como retiros hacia y desde el sistema eléctrico².

¹ De lo señalado por el tercer inciso del literal af) del artículo 225° de la LGSE se puede inferir que, respecto de instalaciones de clientes finales que cuenten con medios de generación renovable, se considerarán sistemas de generación-consumo únicamente aquellos pertenecientes a clientes libres (*"A estos sistemas les serán aplicables todas las disposiciones correspondientes a las centrales generadoras y clientes finales no sometidos a regulación de precios, de acuerdo a lo que disponga el reglamento"*), pero la redacción no es inequívoca respecto de qué instalaciones se consideran sistemas de generación-consumo, sino que únicamente respecto de la normativa que les será aplicable.

² Aunque este último supuesto no es evidente en la redacción del literal af) del artículo 225° de la LGSE, durante la tramitación de la Ley N° 21.505, el Ministro de Energía de la época señaló en forma expresa, en su exposición a la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, durante el primer trámite constitucional de la Ley N° 21.505, la posibilidad de que los sistemas de generación-consumo realicen tanto retiros (por medio de un suministrador) como inyecciones al sistema eléctrico: *"A modo de ejemplo indicó que es muy probable que los proyectos de hidrogeno se construyan con distintos componentes: primero con una central de generación de electricidad renovable como un parque solar o eólico o*

Todos estos aspectos requerirán ser definidos por el reglamento al que se refiere el tercer inciso del literal af) citado, porque de esa definición dependerá a qué tipos de titulares de instalaciones eléctricas les será aplicable el concepto, y por lo tanto determinará si los titulares de estos sistemas estarán sujetos –y en qué términos– al régimen aplicable a las empresas generadoras para efectos tales como la valorización de sus inyecciones al sistema y, en general, su participación en el mercado de corto plazo, el alcance de las facultades del Coordinador respecto de este tipo de sistemas (particularmente de aquellos que no dispongan de excedentes para inyectar a la red), las obligaciones específicas que aplican a cada "tipo" de sistema de generación-consumo (diferenciando entre aquellos que inyectan energía a la red y aquellos que únicamente efectúan retiros), las normas relativas a materias de seguridad que les serán aplicables³, etc., lo que en definitiva serán factores determinantes para las futuras

una combinación de ambos, que va a estar construido para que el 100% de esa electricidad se use para producir hidrógeno. Pero como esa energía solar o eólica no va a estar siempre disponible, esos proyectos van considerar que además de la electricidad que van a producir con su propia instalación de generación van a poder retirar algo de energía complementaria del sistema. Si se usan 120 unidades de energía para producir hidrógeno, 100 de las cuales las van a producir con su propio parque, y 20 van a retirar del sistema, van a tener que pagar al sistema los costos de su uso, como de transmisión y otros, solo por las 20 unidades de energía que retiraron del sistema ya que los 100 las produjeron ellos mismos y no pasaron por el sistema. En definitiva, los cargos serán solo en base a la potencia y energía que efectivamente retiraron del sistema" (Historia de la Ley N° 21.505 "Promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad", Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Minería y Energía, de 20 de enero de 2022, en Sesión 126. Legislatura 369, boletín N° 14.731-08).

³ A nivel reglamentario, las normas sobre seguridad de las instalaciones se dividen en dos cuerpos normativos: el Decreto Supremo N° 109, de 2017, del Ministerio de Energía, que 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, y el Decreto Supremo N° 8, de 2019, del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento de Seguridad de las Instalaciones de Consumo de Energía Eléctrica. Además, para cada uno de estos reglamentos la SEC ha emitido pliegos técnicos normativos que regulan los aspectos técnicos de la seguridad de ambos grupos de instalaciones. Respecto del Reglamento de Seguridad de las Instalaciones de Consumo de Energía Eléctrica, además, se debe tener presente que, de acuerdo con su artículo 1°, éste se aplica a las instalaciones de consumo de energía eléctrica *"... hasta el punto de conexión del cliente final con la red de distribución"*, de lo cual se infiere que no es aplicable a las instalaciones de clientes libres que se interconecten a las redes de transmisión y que, en definitiva, este sería un "vacío" normativo del que tendría que hacerse cargo el reglamento que se debe dictar conforme al artículo primero transitorio de la Ley N° 21.505.

decisiones de inversión en proyectos que combinan generación eléctrica renovable con otros procesos productivos (instalaciones “multipropósito”), como es el caso de los proyectos de hidrógeno verde que se promueven en distintos puntos del país.

Además de las razones ya esbozadas, se advierte que en distintos cuerpos normativos que forman parte del marco regulatorio del sector eléctrico existen conceptos que guardan ciertas similitudes o que pueden, en algunos aspectos, confundirse o superponerse con el concepto legal de sistemas de generación-consumo y que será necesario armonizar a nivel reglamentario, dependiendo de cómo se regule el régimen de los sistemas de generación-consumo en el reglamento que, conforme al artículo primero transitorio de la Ley N° 21.505, debe dictarse a más tardar el 21 de noviembre de 2023. Efectivamente, en algunos casos se podría producir la superposición de categorías normativas respecto de una misma instalación; por ejemplo, un cliente libre que cuente con equipamiento de generación para abastecer sus propios consumos, pero que, además, disponga de excedentes para ser inyectados al sistema, será un autoprodutor y, al mismo tiempo, un titular de un sistema de generación-consumo.

Dada esta superposición de conceptos, estimamos relevante abordar aquellos tipos de instalaciones que han sido definidas en distintas normas del marco normativo eléctrico y que guardan similitudes o comparten características con los sistemas de generación-consumo, antes de abocarnos al análisis de las materias que debería regular el reglamento (o los reglamentos) que debe dar aplicación al literal af) del artículo 225° de la LGSE.

1. Relación con el concepto de autoprodutor

Aunque la LGSE no contiene una definición de autoprodutor, el Decreto Supremo N° 125 del Ministerio de Energía, de 2017, que Aprueba el Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, el “Decreto 125”) define este término en su artículo 2, letra b:

b. Autoprodutor: Todo propietario, arrendatario, usufructuario o quien explore a cualquier título centrales generadoras, cuya generación de energía eléctrica ocurra como resultado o con el objetivo de abastecer los consumos asociados a procesos productivos propios, en el

*mismo punto de conexión a la red, y que puedan presentar excedentes de energía a ser inyectados al sistema eléctrico*⁴.

Como se advierte de la disposición transcrita, lo que determina que una instalación de generación sea considerada como un autoprodutor es (i) que la energía que genera sea el resultado de otro proceso productivo, o bien, que el objetivo de dicha generación sea abastecer los consumos de ese proceso productivo; (ii) que la instalación presente excedentes de energía que puedan ser inyectados al sistema eléctrico y (iii) que tanto las inyecciones de esa instalación como sus consumos desde el sistema eléctrico sean efectuados a través de un mismo punto de conexión a la red.

En esencia, el autoprodutor es concebido como la entidad que, teniendo capacidad de producir energía eléctrica para abastecer sus propios consumos y/o como resultado de su proceso productivo, puede presentar excedentes e inyectarlos al sistema eléctrico. En este sentido, el marco normativo no exige una proporción específica entre inyecciones y retiros, no establece limitaciones a la capacidad de generación de las instalaciones ni a su nivel de consumo, ni tampoco establece limitaciones en cuanto al tipo de instalaciones a las cuales se conecta el autoprodutor (por ejemplo, a instalaciones de distribución o de transmisión en un determinado nivel de tensión) o exigencias en cuanto a la proporción entre inyecciones y retiros en el mismo punto de conexión.

Únicamente se exige a los autoprodutores demostrar al Coordinador que están en condiciones de aportar excedentes al Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, el “SEN”), considerando su capacidad instalada de generación y su propia demanda máxima (para el desarrollo de sus procesos productivos y consumos eléctricos en general).

Ahora bien, debido a la amplitud del concepto de autoprodutor, y a la existencia de otras figuras que comparten las características de un autoprodutor, la normativa les ha asignado un concepto particular, atendiendo a características específicas, por lo que debe entenderse que la figura del autoprodutor es el género,

⁴ El artículo 1-4, número 2, de la Norma Técnica de Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional (aprobada mediante la Resolución Exenta N° 253, de 2021, de la Comisión Nacional de Energía) y el artículo 7°, letra d) del Decreto Supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento para Medios de Generación de Pequeña Escala definen en idénticos términos el concepto de Autoprodutor.

pudiendo existir distintas especies dentro de dicho género. Este es el caso de los sistemas de generación distribuida para el autoconsumo, de las instalaciones de cogeneración eficiente⁵ y de los medios de generación de pequeña escala que operan como autoprodutores.

En principio, ello no constituye una contradicción, toda vez que la conceptualización de los autoprodutores no implica que se aplique a éstos un régimen normativo específico. Lo mismo ocurre con el concepto legal de sistemas de generación-consumo. Que ello se mantenga de esta forma dependerá de cómo se delimite este último concepto en el futuro reglamento y de la regulación específica que éste determine que les sea aplicable.

De hecho, conceptualmente, una instalación productiva que cuente con generación renovable (sea como resultado de un proceso productivo o generada con el objetivo de desarrollar ese proceso productivo) y disponga de excedentes para inyectar al sistema eléctrico será, al mismo tiempo, un sistema de generación-consumo y un autoprodutor. Por el contrario, si no dispusiera de excedentes de generación, pero retirase, a través de un suministrador, energía del sistema eléctrico sería un sistema de generación-consumo, y un cliente final, pero no un autoprodutor. Y si, disponiendo de excedentes para inyectar a la red, la capacidad de generación con la que cuente no sea de fuentes renovables, será un autoprodutor, pero no un sistema de generación-consumo. A su vez, sea que comparta las características de ambos (autoprodutor y sistema de generación-consumo) o sea únicamente un autoprodutor, si los excedentes de los que dispone para inyectar al sistema no superan los 9 MW, también será un medio de generación de pequeña escala (si se interconecta a un sistema de distribución será un Pequeño Medio de Generación Distribuida y, si se interconecta directamente a un sistema de transmisión, será un Pequeño Medio de Generación).

De este modo, existen distintos conceptos normativos para los diversos tipos de autoprodutores, dependiendo de las características de las instalaciones de generación en cuestión. En el caso de los autoprodutores que son, a su vez, medios de generación de

pequeña escala, su desarrollo, interconexión, operación y remuneración se rigen por las normas del Decreto Supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento para Medios de Generación de Pequeña Escala; mientras que a las instalaciones de generación distribuida para el autoconsumo y a las instalaciones de cogeneración eficiente les son aplicables reglas específicas, que se analizan en las secciones siguientes.

a. *Régimen general aplicable a los autoprodutores*

Los autoprodutores son coordinados, al igual que los titulares de cualquier central o unidad generadora interconectada al sistema eléctrico. En este sentido, aunque el artículo 72°-2 de la LGSE no los menciona expresamente al enunciar algunos tipos de coordinados, al tratarse sus instalaciones de centrales generadoras interconectadas al sistema eléctrico, forman parte de los sujetos coordinados de acuerdo con la definición general de coordinado de dicha disposición⁶, pero, además, el artículo 10 del Decreto 125 lo incluye expresamente en la enumeración de entidades coordinadas:

Artículo 10.- Son Coordinados todos los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o quienes operen o exploten, a cualquier título, las siguientes instalaciones que se interconecten al sistema eléctrico:

- a. *Centrales o unidades generadoras, incluidas aquellas de Autoprodutores;*
- b. *Sistemas de transmisión;*
- c. *Instalaciones destinadas a la prestación de servicios complementarios;*
- d. *Sistemas de Almacenamiento de Energía;*

⁵ El artículo 225° de la LGSE define en su literal ac) el concepto de instalación de cogeneración eficiente en los siguientes términos: "instalación en la que se genera energía eléctrica y calor en un solo proceso de elevado rendimiento energético cuya potencia máxima suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts y que cumpla los requisitos establecidos en el reglamento".

⁶ "Artículo 72°-2.- Obligación de Sujetarse a la Coordinación del Coordinador. Todo propietario, arrendatario, usufructuario o quien opere, a cualquier título, centrales generadoras, sistemas de transporte, instalaciones para la prestación de servicios complementarios, sistemas de almacenamiento de energía, instalaciones de distribución e instalaciones de clientes libres y que se interconecten al sistema, en adelante 'los coordinados', estará obligado a sujetarse a la coordinación del sistema que efectúe el Coordinador de acuerdo a la normativa vigente. Son también coordinados los medios de generación y sistemas de almacenamiento que se conecten directamente a instalaciones de distribución, a que se refiere el inciso sexto del artículo 149° y que no cumplan con las condiciones y características indicadas en el artículo 149° bis, en adelante 'pequeños medios de generación distribuida'. El reglamento podrá establecer exigencias distintas para los coordinados de acuerdo a su capacidad, tecnología, disponibilidad o impacto sistémico, entre otros criterios técnicos. (...)".

e. *Instalaciones de distribución;*

f. *Instalaciones de Clientes Libres; y*

g. *Pequeños Medios de Generación Distribuida.*

Tratándose, entonces, de entidades sujetas a la coordinación de la operación por parte del Coordinador les son aplicables las disposiciones que regulan la programación de la operación del sistema eléctrico y su funcionamiento en tiempo real y, en general, todas las normas aplicables a las empresas generadoras respecto de los excedentes que inyecten al sistema eléctrico.

Lo propio ocurrirá con los sistemas de generación-consumo que dispongan de excedentes para inyectar al sistema eléctrico, salvo que el futuro reglamento que regule esta materia disponga algo distinto. Sobre este punto cabe señalar que no es necesario que dicho reglamento califique en forma expresa a los titulares de sistemas de generación-consumo como coordinados, toda vez que se encontrarán sujetos a la coordinación del Coordinador por corresponder a cualquiera de las instalaciones enunciadas en las letras a, c, d, f y g del artículo 10 transcrito (v.gr., si se trata de infraestructura productiva que cuenta con medios de generación renovable para abastecer consumos propios, sin disponer de excedentes para inyectar a la red, pero que retira energía del sistema a través de un suministrador, será, al mismo tiempo, un cliente libre, y, por lo tanto una entidad coordinada en dicha calidad; y si no efectúa retiros del sistema, pero dispone de excedentes de generación para inyectar al sistema será un coordinado en calidad de autoproducer o en calidad de PMG o PMGD si dichos excedentes no superan los 9MW, dependiendo del tipo de redes a las que se interconecte).

De este modo, los autoproduceres pueden comercializar la energía que producen, percibiendo ingresos por sus inyecciones de energía al sistema eléctrico, por su aporte a la potencia de suficiencia, y, eventualmente, por la prestación de servicios complementarios; estarán obligados al pago de los ingresos tarifarios a las empresas transmisoras que corresponda; deberán cumplir con las obligaciones de información que tienen los coordinados para con el Coordinador, contar con equipamiento de medida para el registro de sus inyecciones y retiros, y con los sistemas de comunicación que exija la normativa técnica aplicable, cumplir las exigencias de seguridad que les resulten aplicables, etc., salvo que per-

tenezcan a alguna de las especies de autoproduceres que se rigen por normas especiales en estas materias.

b. *Autoproduceres titulares de instalaciones de generación distribuida para autoconsumo (net billing)*

La Ley N° 20.571 incorporó a la LGSE los actuales artículos 149° bis a 149° quinquies, que establecen y regulan las instalaciones de generación distribuida para autoconsumo, también conocidas como instalaciones de autogeneración. Estas disposiciones establecen un régimen especial para los titulares de estas instalaciones o "autogeneradores" (conocidos también en la industria como *net billing*), incluyendo reglas para la habilitación del equipamiento de generación, para la valorización de sus inyecciones y para el proceso de facturación, entre otras materias, las que sólo son aplicables a usuarios finales sujetos a regulación de precios que dispongan de equipamiento de generación por medio de energías renovables no convencionales (incluyendo sistemas de almacenamiento o instalaciones de cogeneración eficiente)⁷⁻⁸.

En otros términos, el régimen especial que establecen los artículos 149° bis a 149° quinquies de la LGSE sólo es aplicable a instalaciones de clientes sometidos a regulación de precios, de modo tal que los autoproduceres que son autogeneradores no pueden ser, al mismo tiempo, sistemas de generación-consu-

⁷ Artículo 149° bis, inciso primero, de la LGSE: "Los usuarios finales sujetos a fijación de precios, que dispongan para su propio consumo de equipamiento de generación de energía eléctrica por medios renovables no convencionales, de sistemas de almacenamiento, incluyendo aquellos sistemas de almacenamiento que forman parte de un vehículo eléctrico o de instalaciones de cogeneración eficiente de manera individual o colectiva, tendrán derecho a inyectar la energía que de esta forma generen o almacenen a la red de distribución a través de los respectivos empalmes".

⁸ "Ahora bien, cabe precisar que las ideas de autoconsumo y comercialización no son extensibles a todos los supuestos de generación distribuida, ya que nuestro legislador ha distinguido dos esquemas normativos diversos con finalidades particulares: (i) el régimen de los PMGD y PMG, en el cual el elemento esencial es la finalidad de comercialización de la energía y potencia producidas, y; (ii) el régimen de la generación distribuida residencial –net billing–, el cual ha sido previsto solo con fines esenciales de autoconsumo y no de comercialización –si bien esta última igualmente se permite aunque con carácter residual–. En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 20.571 de 2012 se dejó constancia de lo señalado por el entonces Ministro de Energía, en cuanto a que la generación distribuida residencial '(...) no es un negocio, sino que la idea es solo permitir la autogeneración con la red de distribución...', criterio reiterado además por la CGR en su dictamen N° 40.160, de 2017" (MARDONES 2019, 75).

mo, toda vez que, del tercer inciso del literal af) del artículo 225° de la LGSE se infiere, respecto de los clientes finales, que únicamente los clientes libres pueden ser considerados titulares de sistemas de generación consumo.

A nivel reglamentario, las instalaciones de generación distribuida para autoconsumo se encuentran reguladas por el Decreto Supremo N° 57, de 2019, del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento de Generación Distribuida para Autoconsumo, en particular, el procedimiento para su interconexión, para asignar los costos asociados a las obras adicionales, adecuaciones y ajustes que puedan ser necesarios para dicha interconexión, el establecimiento de límites a la conexión y a las inyecciones de aquellas instalaciones que no requieren obras adicionales, adecuaciones o ajustes para su conexión, las mediciones y la forma en que se valorizan las inyecciones del equipamiento de generación, además de los traspasos de excedentes de energía provenientes de fuentes renovables no convencionales⁹.

Además, las características y requisitos técnicos para la instalación, conexión y operación del equipamiento de generación distribuida para autoconsumo son reguladas por la Norma Técnica de Conexión y Operación de Equipamiento de Generación en Baja Tensión¹⁰.

c. *Autoprodutores titulares de instalaciones de cogeneración eficiente*

El artículo 225° de la LGSE define en su literal ac) el concepto de instalación de cogeneración eficiente en los siguientes términos: "*Instalación de cogeneración eficiente: instalación en la que se genera energía eléctrica y calor en un solo proceso de elevado rendimiento energético cuya potencia máxima suministrada al sistema sea inferior a 20.000 kilowatts y que cumpla los requisitos establecidos en el reglamento*".

De la definición legal se desprende que cualquier instalación que cumpla con estas características es una instalación de cogeneración eficiente, con independencia del tipo de redes a las que se conecte. En consecuencia, las instalaciones de cogeneración eficiente, además de ser autoprodutores, pueden ser también Pequeños Medios de Generación o Pequeños Medios de Generación Distribuida, dependiendo de si se interconectan con un sistema de transmisión o con un sistema de

distribución, y pueden ser sistemas de generación distribuida para autoconsumo (*net billing*) si su capacidad instalada no supera los 300 kilowatts y, además, inyecta sus excedentes de energía a una red de distribución.

Como se puede advertir, también las instalaciones de cogeneración eficiente pueden ser, al mismo tiempo, sistemas de generación-consumo, por lo que, si el reglamento que debe dictarse para dar aplicación a la Ley N° 21.505 en esta materia no distingue, la regulación de los sistemas de generación-consumo les será plenamente aplicables a las instalaciones de cogeneración eficiente.

De acuerdo con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 6, de 2015, del Ministerio de Energía, que Aprueba Reglamento que Establece los Requisitos que Deben Cumplir las Instalaciones de Cogeneración Eficiente, los titulares de instalaciones de cogeneración eficiente se exceptúan del pago total o parcial de peajes por el uso que hacen de los sistemas de transmisión nacional. Ahora bien, a partir de la publicación de la Ley de Transmisión, esta excepción ha perdido relevancia, dado que los peajes de transmisión nacional han sido reemplazados por el cargo único al que se refiere el artículo 115° de la LGSE, de la que no están exceptuados los titulares de instalaciones de cogeneración eficiente. Pero un aspecto en el que cobra relevancia que una unidad generadora sea calificada como cogeneración eficiente es respecto de aquellos PMG cuya fuente primaria de generación no corresponde a energía renovable no convencional, toda vez que los PMG pueden optar por operar con autodespacho¹¹ si correspon-

⁹ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) Y MINISTERIO DE ENERGÍA 2021, 139.

¹⁰ Aprobada por Resolución Exenta N° 338, de 2019, de la Comisión Nacional de Energía.

¹¹ De acuerdo con el artículo 7°, letra c), del Decreto Supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía, el autodespacho corresponde al "[r]égimen de operación de una instalación de generación interconectada al sistema eléctrico que no se encuentra sujeto al resultado de la optimización de la operación del sistema efectuada por el Coordinador y que puede ser aplicado en tanto se dé cumplimiento al principio de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico". Asimismo, y como lo ha dictaminado recientemente el Panel de Expertos, la operación con autodespacho implica que éstas no están sujetas a la optimización de la operación del sistema que lleva a cabo el Coordinador, por lo que éste no puede disponer la limitación de sus inyecciones de acuerdo con la prorrateada de reducción de generación que aplica en escenarios de "vertimiento" a las demás unidades generadoras de igual costo variable (sólo puede ajustar la generación de las unidades que operen con autodespacho por razones de seguridad, según lo disponen los artículos 102 y 120 del Decreto Supremo N° 88, de 2019, del Ministerio de Energía) (ver Dictamen N° 45-2023 del Panel de Expertos).

den a energía renovable no convencional o a instalaciones de cogeneración eficiente¹².

2. Relación con los sistemas de autogeneración

Además de las distintas subcategorías subsumibles en la categoría de autoproducción ya enunciadas, a nivel de regulación técnica se distingue una categoría distinta en la que se agrupan las instalaciones de consumo de energía eléctrica que disponen de sistemas de autogeneración, entendidos como equipamiento que genera energía y la entrega a la instalación de consumo en forma simultánea, o en paralelo, al suministro que recibe dicha instalación de consumo desde la red de distribución.

Este tipo de sistemas son denominados "sistemas de autogeneración" y se regulan por el Pliego Técnico Normativo N° 9, de la SEC¹³ (en adelante, el "PTN09"), que aborda los requisitos de seguridad que deben cumplir dichos sistemas de autogeneración en instalaciones de consumo. Tal como se advierte de la definición que la sección 4.17 del PTN09 establece de los sistemas de autogeneración, estas normas únicamente son aplicables a instalaciones conectadas a sistemas de distribución:

Sistemas de autogeneración: Sistema de generación de energía eléctrica destinado a suministrar el consumo local del recinto donde el equipamiento se encuentra ubicado bajo la tuición y responsabilidad de su dueño o usuario, con independencia o con posibilidad de funcionamiento en paralelo con la red de distribución.

La misma conclusión se desprende de la sección 2 del PTN09, que determina el alcance y ámbito de aplicación de éste:

Las disposiciones de este pliego técnico son aplicables al diseño, ejecución, inspección y mantenimiento y conexión de todas las instalaciones de consumo de energía eléctrica, en adelante e indistintamente, instalaciones, que dispongan de sistemas de autogeneración que entregan la energía generada a la instalación de consumo de forma simultánea a la suministrada por la empresa distribuidora y que no inyectan esta energía a la red eléctrica de distribución.

¹² Decreto Supremo N° 88, de 20190, del Ministerio de Energía. Artículo 110°.

¹³ Aprobado mediante Resolución Exenta N° 33.877, de 30 de diciembre de 2020, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

No son aplicables las disposiciones de este pliego a las instalaciones a que se refiere el inciso sexto del artículo 149° [medios de generación de pequeña escala (PMG y PMGD)] y el artículo 149° bis [instalaciones de generación distribuida para autoconsumo (net billing)] de la Ley General de Servicios Eléctricos.

No existe normativa técnica vigente que se refiera en forma expresa a instalaciones de consumo de energía eléctrica que dispongan de sistemas de autogeneración conectadas a sistemas de transmisión que entreguen la energía generada a dicha instalación de consumo sin inyectar a la red, de forma simultánea a la suministrada desde dichas redes de transmisión, ni tampoco a instalaciones de consumo de clientes libres con autogeneración (es decir, clientes libres suministrados por una empresa generadora, pero conectados a redes de distribución). De este modo, el PTN09 circunscribe su aplicación únicamente a instalaciones de clientes regulados conectadas a redes de distribución que reciben suministro de las empresas distribuidoras.

3. Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 21.505

Dado el nivel de incertidumbre que se produce como consecuencia de la coexistencia de los tipos de instalaciones y conceptos analizados precedentemente –algunos definidos a nivel legal, otros sólo a nivel reglamentario o, incluso, infra reglamentario– y para determinar si ello exige que el reglamento que debe regular los sistemas de generación-consumo realice un ejercicio de armonización de las distintas disposiciones normativas que definen dichos conceptos y categorías de instalaciones, es necesario acudir a la historia fidedigna de la Ley N° 21.505, y verificar si ésta permite aclarar el tipo de instalaciones y el tipo de régimen normativo que se tuvo a la vista para incorporar las instalaciones de generación-consumo a la LGSE.

Para este ejercicio, se debe tener presente, en primer lugar, que el propósito principal de la Ley N° 21.505, como lo indica su título, fue, por una parte, promover y facilitar la instalación de sistemas de almacenamiento de energía en el sistema eléctrico (atendidas las necesidades de flexibilidad aparejadas a la alta penetración de fuentes de generación renovable variable en el SEN durante la última década), y, por la otra, establecer condiciones que permitan promover la electromovilidad, como medida para reducir las emisiones de

gases de efecto invernadero del sector transporte, con miras al cumplimiento de los compromisos medioambientales adquiridos por Chile a nivel internacional. Así se entienden los párrafos dedicados a describir los antecedentes del proyecto de ley en el mensaje del Presidente de la República con el que se inició la tramitación de la Ley N° 21.505 (en adelante, el "Mensaje")¹⁴.

Como materia accesoria o adicional a estas dos metas principales, el Mensaje menciona, por primera vez, a los sistemas de generación-consumo al enunciar los objetivos del proyecto de ley:

II. Objetivos del proyecto de ley

En base a lo expuesto con la presente iniciativa se busca:

a) Habilitar una mayor participación de energías renovables en la matriz eléctrica mediante la promoción de las tecnologías de almacenamiento.

b) Habilitar la conexión eficiente de sistemas de generación-consumo, que tienen capacidad de generación propia, con energías renovables, que se conectan al sistema eléctrico a través de un único punto de conexión y que puede retirar energía del sistema eléctrico a través de un suministrador o inyectar energía al mismo. Dentro de esta definición existen proyectos que, junto con generación y consumo, pueden incorporar almacenamiento.

c) Conducir a Chile hacia los niveles de venta de vehículos eléctricos existentes a nivel internacional, equiparando el valor de sus permisos de circulación al de los autos a combustión interna equivalentes; y la habilitación para participar del mercado eléctrico como sistemas de almacenamiento.

De la lectura de la letra b) del texto transcrito se puede notar que el Mensaje incluye los sistemas de generación-consumo como una definición funcional a la promoción del almacenamiento, pero no limitada únicamente a proyectos que incorporen almacenamiento de energía.

Luego, al describir el contenido del proyecto de ley, en lo que se refiere a los sistemas de generación-consumo, el Mensaje detalla la siguiente medida:

Para habilitar y entregar certezas a los proyectos que desarrollen infraestructura de generación y consumo eléctrico, entre los cuales existen proyectos de almacenamiento, se define en el decreto con fuerza de ley N° 4/20018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica, una nueva categoría de sistema generación-consumo. Esta categoría de proyectos, con capacidad de generación propia proveniente de energías renovables, podrá retirar energía del sistema eléctrico o inyectar sus excedentes al mismo.

Nuevamente, el Mensaje da cuenta de que la incorporación del concepto de sistemas de generación-consumo a la LGSE tiene su fundamento en la promoción del almacenamiento de energía, pero, además, el párrafo transcrito refuerza lo señalado precedentemente respecto a que el concepto comprende tanto a las instalaciones que retiran energía del sistema eléctrico como a aquellas que inyectan sus excedentes de generación. En este sentido, las únicas instalaciones que no tenían un reconocimiento normativo expreso antes de la incorporación del literal af) al artículo 225° de la LGSE, y con dicha incorporación pasan a formar parte de una nueva categoría de instalaciones son aquellas instalaciones productivas de clientes libres que cuentan con medios de generación renovable propios que no se enmarcan en la categoría de instalaciones de cogeneración eficiente, y que no disponen de excedentes de generación para inyectar al sistema eléctrico.

De este modo, las instalaciones de generación *behind the meter* –es decir, ubicadas "aguas abajo" del punto de conexión del cliente al sistema eléctrico– por medio de las cuales algunos clientes libres abastecen parte de sus consumos con energía autogenerada a partir de fuentes renovables pasan a formar parte de esta categoría de sistemas de generación-consumo, por lo que la forma en que el reglamento regule dichos sistemas será de gran importancia para los titulares de estas instalaciones. En efecto, dado que este tipo de instalaciones no pertenecía a ninguna categoría normativa existente con anterioridad a la Ley N° 21.505 –exceptuando las instalaciones de cogeneración eficiente–, correspondían simplemente a instalaciones de clientes libres

¹⁴ Historia de la Ley N° 21.505.

y sus titulares estaban sujetos a las obligaciones propias de todo cliente libre.

Ahora, con la incorporación del concepto de sistemas de generación-consumo, esas instalaciones deben considerarse como pertenecientes a un sistema de generación-consumo. Sin embargo, en principio, ello no produce efectos en el régimen que se aplica a dichas instalaciones, ya que, conforme al último inciso del literal af) del artículo 225°, “[a] estos sistemas les serán aplicables todas las disposiciones correspondientes a las centrales generadoras y clientes finales no sometidos a regulación de precios, de acuerdo a lo que disponga el reglamento...”.

No obstante, si el reglamento que debe dar aplicación al referido literal af) del artículo 225° de la LGSE establece reglas específicas para este tipo de sistema, esos clientes libres deberán regirse, en lo que respecta al equipamiento de generación del que dispongan *behind the meter*, a lo que determine el reglamento, lo que podría implicar obligaciones distintas e, incluso, modificar el alcance de las facultades del Coordinador respecto de la operación de dicho equipamiento de generación, la eventual disponibilidad de dicho equipamiento para, por ejemplo, la prestación de servicios complementarios que sean requeridos para la seguridad de la operación del SEN, la aplicación de estándares técnicos y de seguridad definidos en una norma específica¹⁵, etc.

Evidentemente, dependiendo de cómo se regule este tipo de instalaciones en el referido reglamento, éste podría tener impactos directos en las inversiones que se desarrollan y que se prevén en proyectos de generación *behind the meter*, especialmente en grandes industrias como la minería, y en proyectos de producción de hidrógeno verde que se hayan concebido “aguas abajo” del punto de conexión al SEN de instalaciones de consumo exis-

tentes o proyectadas. Nos detendremos sobre este punto en la sección 4 siguiente.

Ahora bien, volviendo a los objetivos del proyecto de ley declarados en el Mensaje, cabe también detenerse en el uso de la expresión “habilitar la conexión” al referirse a la infraestructura que combina generación y consumo.

Pese a que la historia fidedigna de la Ley N° 21.505 muestra que sobre este punto no hubo discusión en ninguno de los trámites constitucionales, de la redacción utilizada por el Mensaje se colige que, al menos desde la perspectiva del diagnóstico que motivó dicho Mensaje, se entendía que, al no existir el concepto de sistemas de generación-consumo, antes de su incorporación no habría sino posible la conexión de este tipo de proyectos al sistema eléctrico (es decir, que se habría encontrado “inhabilitada”). Este entendimiento resulta curioso, dado que, antes de la incorporación del literal af) al artículo 225° de la LGSE, las infraestructura que combina generación y consumo era subsumible en otras categorías existentes de instalaciones: aquella que disponía de excedentes para inyectar al sistema eléctrico era subsumible en el concepto de autoproducción¹⁶ del Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional (y en las “subcategorías” analizadas en la sección 5 precedente, dependiendo de sus características específicas), y aquella que únicamente efectuaba retiros del sistema eléctrico para cubrir la demanda de sus procesos productivos que no era cubierta con sus medios de generación propios, sin efectuar inyecciones al sistema, era concebida como parte de las instalaciones de clientes libres, por lo que, en ambos casos, su desarrollo y conexión estaba “habilitado” por el marco normativo y, por lo tanto, podían inyectar sus excedentes al

¹⁵ Como se indicó en la nota al pie N° 4, dado que el Reglamento de Seguridad de las Instalaciones de Consumo define su ámbito de aplicación en referencia a las instalaciones que se conectan al sistema de distribución, existe un vacío normativo respecto de las normas de seguridad que deben aplicarse a clientes libres que se conectan a instalaciones de transmisión. El reglamento que debe dictarse conforme al tercer inciso del literal af) del artículo 225° de la LGSE debería señalar expresamente qué reglas serán aplicables a los sistemas de generación-consumo, por lo que podría solucionar este vacío normativo respecto de los clientes libres conectados a sistemas de transmisión que, además, cuenten con medios de generación renovable para satisfacer sus propios consumos y no dispongan de excedentes para inyectar al sistema eléctrico.

¹⁶ En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 21.505 en su exposición ante la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, durante el primer trámite constitucional, el presidente de la Asociación Chilena de Energía Solar (Acesol), señor Carlos Cabrera, hizo presente la existencia de conceptos existentes en la normativa que harían innecesaria la incorporación del literal af) al artículo 225° de la LGSE: “Manifestó que no ve necesaria esta nueva definición, en atención a que es muy similar a la de autoproducción, entendido como ‘todo propietario, arrendatario, usufructuario o quien explote a cualquier título centrales generadoras, cuya generación de energía eléctrica ocurra como resultado o con el objetivo de abastecer los consumos asociados a procesos productivos propios o de terceros, en el mismo punto de conexión a la red, y que puedan presentar excedentes de energía a ser inyectados al sistema eléctrico.’, que se encuentra regulado a nivel reglamentario” Historia de la Ley N° 21.505.

sistema y retirar energía del sistema eléctrico –por medio de un suministrador–, respectivamente (aunque el régimen aplicable puede no haber sido del todo claro, dependiendo de las características de la instalación en cuestión).

Asimismo, y dado que la totalidad de las definiciones relevantes en términos regulatorios fueron entregadas al reglamento que debe dictar el Ministerio de Energía antes del 21 de noviembre de 2023, con la sola incorporación del concepto de sistemas de generación-consumo a la LGSE no se ha “habilitado” nada hasta ahora.

Por otra parte, la historia de la Ley N° 21.505 también permite observar la directa vinculación que el Ministerio de Energía planteó entre los sistemas de generación-consumo y la promoción de la industria nacional del hidrógeno verde. En efecto, durante su exposición ante la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, el ministro de la época, Juan Carlos Jobet, señaló que la incorporación del literal af) al artículo 225° de la LGSE permitiría una mayor transparencia y flexibilidad para el desarrollo de proyectos de infraestructura que cuente con capacidad propia de generación, “...pero que también puedan requerir suministrarse desde un sistema eléctrico, así como también poder aportar con su capacidad de generación propia al mismo sistema eléctrico”, utilizando como ejemplo de lo anterior, precisamente, el caso de los proyectos de hidrógeno verde:

A modo de ejemplo indicó que es muy probable que los proyectos de hidrogeno se construyan con distintos componentes: primero con una central de generación de electricidad renovable como un parque solar o eólico o una combinación de ambos, que va a estar construido para que el 100% de esa electricidad se use para producir hidrógeno. Pero como esa energía solar o eólica no va a estar siempre disponible, esos proyectos van considerar que además de la electricidad que van a producir con su propia instalación de generación van a poder retirar algo de energía complementaria del sistema. Si se usan 120 unidades de energía para producir hidrógeno, 100 de las cuales las van a producir con su propio parque, y 20 van a retirar del sistema, van a tener que pagar al sistema los costos de su uso, como de transmisión y otros, solo por las 20 unidades de energía que retiraron del sistema ya que los 100 las produjeron ellos mismos y no pasaron por el sistema.

*En definitiva, los cargos serán solo en base a la potencia y energía que efectivamente retiraron del sistema*¹⁷.

De lo anterior se puede advertir que el concepto de sistemas de generación-consumo, tal como fue concebido por el Mensaje –y que no sufrió ninguna modificación durante la tramitación de la Ley N° 21.505– se diseñó principalmente pensando en proyectos del tipo *behind the meter*, desde su origen. Esto explicaría que se haya considerado necesario incorporar la definición, pese a su superposición parcial con la definición de autoprodutores del Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, y con otras categorías de instalaciones ya analizadas, y pese a que, en su ausencia, el equipamiento de generación de los sistemas de generación-consumo es simplemente parte de las instalaciones de los clientes (precisamente, por encontrarse “dentro” o “aguas abajo” del punto de conexión de las instalaciones del cliente al sistema eléctrico).

4. Consideraciones adicionales relativas a los sistemas de generación-consumo

Dada la ya mencionada amplitud conceptual de los sistemas de generación-consumo a nivel legal, surgen naturalmente interrogantes respecto del tipo de operación que admitirá y, por consiguiente, los tipos de negocios que podrían desarrollar los titulares de dichos sistemas.

En particular, tratándose de sistemas de generación-consumo que, además de la componente de generación propia y la infraestructura dispuesta para un determinado proceso productivo, consideren alguna forma de almacenamiento de energía (de la que produce la componente de generación y/o de la que puede retirar del sistema eléctrico por intermedio de un suministrador) –todo ello con un único punto de conexión al sistema eléctrico–, y mientras esto no sea limitado por el reglamento al que se refiere el tercer inciso del literal af) del artículo 225° de la LGSE, el concepto admite que los titulares de estos sistemas desarrollen múltiples actividades, además de la actividad productiva que consume energía de sus medios de generación propios y/o desde el sistema eléctrico (v.gr. producción de hidrógeno, desalinización de agua, minería, etc.).

Por lo anterior, y siempre que el reglamento no determine algo distinto, los titulares de estos sistemas de generación-consumo

¹⁷ Historia de la Ley N° 21.505.

podrán (i) participar del mercado de corto plazo, sea en modalidad *merchant* (es decir, únicamente inyectando a la red, sin adquirir compromisos de retiro, para el suministro a terceros) o, incluso, como suministradores de clientes finales –en teoría, incluso se admitiría que los retiros que el sistema de generación-consumo haga desde el sistema eléctrico sean intermediados por el mismo titular de dicho sistema en calidad de suministrador, en cuyo caso el tratamiento normativo de éstos debería ser el mismo que aplica a las empresas generadoras¹⁸–; (ii) realizar arbitraje de precios de la energía mediante la componente de almacenamiento; (iii) percibir ingresos tanto por las inyecciones de energía como por el aporte a la suficiencia de potencia del sistema, tanto respecto de la componente de generación como de la componente de almacenamiento; (iv) prestar servicios complementarios y percibir la remuneración correspondiente.

Esta multiplicidad de posibilidades debe, además, conjugarse con la calidad de cliente que tendrá el titular del sistema de generación-consumo cada vez que efectúe retiros del sistema para satisfacer sus consumos. Dado esto, será necesario que el reglamento defina cómo se armonizará el tratamiento de un mismo coordinado como cliente y como generador a la vez, especialmente para efectos de su consideración por parte del Coordinador en la programación de la operación del sistema, en los balances de transferencias económicas del mercado de corto plazo, en la eventual asignación directa para la prestación de servicios complementarios, y, en general, en las instrucciones de coordinación que involucren a estos sistemas de generación consumo, tanto para el despacho económico como en relación con la seguridad del sistema eléctrico.

Asimismo, dependiendo de cómo se limiten o definan las actividades permitidas y, por consiguiente, las normas que les serán aplicables a los sistemas de generación-consumo en el reglamento, se determinarán, a la vez, los posibles negocios que podría desarrollar su titular y en qué condiciones, lo que tendrá previsiblemente un impacto en las decisiones de inversión de proyectos “multipropósito” cuyas características los hagan pertenecer a la categoría de sistemas de generación-consumo. Esto puede ser una preocupación especialmente relevante para la incipiente

industria del hidrógeno verde, toda vez que decisiones tan relevantes como la ubicación de los proyectos, su interconexión o no a los sistemas eléctricos, la consideración de incluir almacenamiento, etc., podrían significar la imposición de obligaciones y de estándares normativos que no se tenían considerados en el diseño original de los proyectos, o bien, que la regulación que se aplique a los sistemas de generación-consumo implique que sea más atractivo para los desarrolladores de proyectos –especialmente de hidrógeno verde– diseñar éstos como sistemas aislados, es decir, sin considerar su interconexión a ningún sistema eléctrico, y, por consiguiente, concebir estos de forma tal que no sean subsumibles en la categoría de sistemas de generación-consumo, en cuyo caso, la incorporación de este concepto en la LGSE se volvería inútil, al menos en relación con el objetivo que tuvo a la vista el legislador al dictar la Ley N° 21.505 (vale decir, la “habilitación” de proyectos de hidrógeno verde).

Con esto último nos referimos, por ejemplo, al caso de las instalaciones de producción de hidrógeno verde que se han diseñado al interior o “detrás del medidor” (*behind the meter*) de instalaciones de clientes libres (instalaciones de consumo) interconectadas al SEN –sea a través de redes de transmisión o de distribución– versus instalaciones diseñadas para operar de forma aislada respecto de sistemas medianos y/o del SEN.

Dependiendo de cómo se regule a nivel reglamentario el régimen que se aplicará a los sistemas de generación-consumo, podría ser más atractivo para las futuras inversiones en proyectos de hidrógeno verde y sus derivados diseñarlos de forma tal que no consideren su interconexión con el SEN o con los sistemas medianos, lo que implicará que satisfarían sus consumos para el proceso productivo del hidrógeno únicamente mediante los medios de generación propia. Esta modalidad tiene, a priori dos ventajas evidentes: (i) no realizar retiros desde el sistema eléctrico permite asegurar con toda certeza que el hidrógeno producido será efectivamente “verde”, es decir, que en su proceso productivo se utilizó únicamente energía de fuentes renovables, e (ii) implica que el titular del proyecto no tendrá la calidad de coordinado y, por consiguiente, no le será aplicable ninguna de las obligaciones propias de las empresas coordinadas ni tendrá incidencia alguna el Coordinador respecto de sus instalaciones.

¹⁸ Y, entre otras obligaciones, el titular deberá cumplir con las exigencias vigentes para el resguardo de la cadena de pagos en el mercado de corto plazo, como la presentación de las garantías que le requiera el Coordinador.

Cabe detenerse sobre este último punto, porque consideramos que una menor carga regulatoria con respecto a la operación coordinada –a saber, no tener la calidad de coordinado– podría ser un incentivo determinante para que los futuros proyectos de hidrógeno verde no se configuren como sistemas de generación-consumo¹⁹ (especialmente aquellos cuyo objetivo es la exportación del hidrógeno), y, por lo tanto, no representen un aporte significativo a la descarbonización de la matriz de generación del país –salvo que parte de su producción de hidrógeno sea almacenada, y luego, destinada a la generación de energía mediante unidades generadoras interconectadas al SEN o a algún sistema mediano–, y con ello el nuevo literal af) del artículo 225° de la LGSE pierda toda utilidad y pase a ser “letra muerta”, al menos en lo que respecta a la industria del hidrógeno verde. Esto no es algo que pudiera evitarse mediante el reglamento que debe dictarse conforme al último inciso del referido literal af), particularmente lo referente al alcance de las atribuciones del Coordinador respecto de este tipo de proyectos “aislados”, toda vez que se requeriría una modificación legal para extender dichas atribuciones a instalaciones que no forman parte del SEN ni de un sistema mediano en el que exista más de una empresa generadora.

¹⁹ Si una unidad generadora no se interconecta con un sistema eléctrico –sea por medio de redes de transmisión o de distribución– su titular no estará sujeto a la coordinación de la operación por parte del Coordinador y, por lo tanto, no le serán aplicables las normas que regulan la programación de la operación, ni la interacción de los distintos agentes del mercado eléctrico en el Sistema Eléctrico Nacional, ni aquellas relativas a los sistemas medianos; no participará de las transferencias económicas que tienen lugar en dicho mercado ni le serán aplicables las obligaciones de información que rigen a las entidades coordinadas. Sin embargo, sí estará sujeta a las normas sobre seguridad de instalaciones y otras de orden técnico, dado que éstas son aplicables a toda instalación eléctrica. Por el contrario, si la unidad generadora se conecta en algún punto con el Sistema Eléctrico Nacional, estará sujeta a la coordinación del Coordinador y a una serie de obligaciones y derechos, establecidos por la regulación eléctrica en general y, según sus características específicas, de determinadas reglas especiales que dependerán (i) del tipo de redes por medio de las cuales se conecte al SEN (a saber, redes de una empresa concesionaria del servicio público de distribución ubicadas dentro de su zona de concesión, de redes de transmisión nacional, zonal o dedicada, etc.); (ii) de si contará con excedentes de generación para su inyección al sistema eléctrico o no; (iii) de la magnitud de los excedentes de potencia que pueda inyectar al sistema; (iv) de su vinculación a un proceso productivo determinado (es decir, si genera electricidad como resultado de otro proceso productivo o su objetivo es satisfacer los consumos de dicho proceso o no); (v) de la fuente primaria que utilice para generar, y (vi) de si la instalación de generación contempla una componente de almacenamiento o no, entre otras consideraciones.

En efecto, la LGSE define “sistema eléctrico”, en la letra a) de su artículo 225°, como el “conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica”. Como se colige del texto citado, para que un determinado conjunto de instalaciones pueda considerarse un “sistema eléctrico” es necesario que incluya centrales generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí. A *contrario sensu*, un conjunto interconectado de instalaciones eléctricas que no incluye líneas de distribución, líneas de transporte y/o instalaciones de centrales de generación, no podría calificarse como “sistema eléctrico” bajo el concepto de la LGSE.

A este respecto, se debe notar que el concepto de “distribución” de electricidad como actividad no se encuentra definido en forma expresa por la LGSE. Sin embargo, de las disposiciones que la regulan se advierte que la ley considera distintos regímenes para el desarrollo de dicha actividad, dependiendo de la finalidad con la que se desarrolla. Concibe, por una parte, el servicio público de distribución (cuya finalidad es el suministro a clientes regulados) y, por la otra, la distribución “no regulada”, referida a la que se desarrolla con fines distintos del suministro a clientes regulados.

En efecto, el artículo 8° de la LGSE contempla expresamente la existencia de la actividad de distribución de energía eléctrica distinta de la distribución *de servicio público*, y de la lectura de las diversas disposiciones de este cuerpo legal que se refieren a los sistemas de distribución y/o quienes los operan, se desprende que la LGSE únicamente regula la actividad de distribución de servicio público, siendo la distribución no concesionada una actividad no regulada.

Es por ello que las distintas referencias a los sistemas de distribución y las instalaciones de distribución en los reglamentos de la LGSE y en las normas técnicas sectoriales en general, deben entenderse referidas a las instalaciones destinadas a la actividad regulada de distribución –es decir, a aquella que realizan las empresas concesionarias del servicio público de distribución– cuando no se refieren en forma expresa a su aplicación a actividades no reguladas.

En el caso de la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio, por ejemplo,

la definición que su artículo 1-7 establece del concepto “sistema de distribución”, aunque alude a un nivel de tensión determinado de las instalaciones, señala en forma expresa que sólo comprende las instalaciones cuya destinación es la actividad de servicio público de distribución:

100. Sistema de Distribución: Conjunto de instalaciones de tensión nominal igual o inferior a 23 [kV], que se encuentran fuera de la Subestación Primaria de Distribución, destinadas a dar suministro a usuarios finales ubicados en zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de zonas de concesión que se conecten a instalaciones de una concesionaria mediante líneas propias o de terceros.

En consecuencia, las instalaciones que distribuyen electricidad al interior o “aguas abajo” del punto de suministro –a través del cual las instalaciones productivas de las que se trate reciben energía eléctrica desde el sistema eléctrico–, no corresponden a “instalaciones de distribución” ni pertenecen a un sistema de distribución, aun cuando operen con una tensión nominal igual o inferior a 23 kV, pues no están destinadas a abastecer a usuarios finales ubicados en zonas de concesión o que se conecten a instalaciones de una empresa concesionaria de distribución (en definitiva, su finalidad no es suministrar energía a clientes regulados ni a clientes libres conectados a las redes de una empresa concesionaria de distribución).

Por consiguiente, ninguna de las limitaciones, imposiciones y, en general, regulaciones que establece el marco normativo para los sistemas de distribución son aplicables a las instalaciones que, encontrándose “aguas abajo” del punto de conexión al SEN de una determinada instalación, distribuyen la energía eléctrica a los distintos puntos de dicha faena. Por el mismo motivo, no constituyen instalaciones de distribución aquella infraestructura que transporta la energía al interior de instalaciones, por ejemplo, al interior de un complejo productivo de hidrógeno verde que considere, además, una planta desalinizadora de agua e infraestructura portuaria para la exportación del hidrógeno producido, sin estar interconectado con ningún sistema eléctrico.

Por otra parte, la LGSE clasifica los sistemas eléctricos interconectados según su capacidad instalada para efectos de la fijación de precios de los suministros²⁰, para la rentabilidad

mínima de las empresas distribuidoras²¹ y para la determinación de los estándares de calidad de servicio²², por una parte (sistemas de más de 1,5 MW de capacidad instalada y sistemas de capacidad instalada igual o menor que 1,5 MW) y también para efectos del cumplimiento de las metas de generación renovable no convencional establecidas por el artículo 150° bis²³ (sistemas de más de 200 MW de capacidad instalada, sistemas con capacidad instalada igual o menor a 200 MW pero superior a 1,5 MW, y sistemas con capacidad instalada igual o menor a 1,5 MW). Aunque la ley no les asigna directamente esta denominación, a partir concepto legal de “Sistema Eléctrico Nacional” –establecido en el literal b) del artículo 225° de la LGSE–, y de las demás categorías mencionadas, se desprende la siguiente clasificación de sistemas eléctricos en la LGSE:

- Sistema Eléctrico Nacional: sistema eléctrico interconectado cuya capacidad instalada de generación sea igual o superior a 200 MW;
- Sistema mediano: sistema eléctrico interconectado cuya capacidad instalada es igual o inferior a 200 MW, pero superior a 1,5 MW;
- Sistema “pequeño”: sistema eléctrico interconectado cuya capacidad instalada es igual o inferior a 1,5 MW.

De acuerdo con esta clasificación, actualmente existe un único SEN, que abastece la zona norte y centro-sur de Chile, desde Arica hasta Quellón y representa el 99,31% de la capacidad instalada²⁴, además de nueve sistemas medianos: de Punta Arenas, de Puerto Natales, de Porvenir, de Puerto Williams, de Aysén, de Palena, de General Carrera y de Puerto Cisnes, de Cochamó y de Hornopirén.

Adicionalmente, y aunque no es una categoría contemplada por la LGSE; en la industria se reconoce como una categoría adicional a los sistemas aislados, que comprende a las instalaciones que no se interconectan con ningún sistema mediano ni con el SEN. En la mayoría de los casos, se produce la coincidencia de que los sistemas pequeños (de capacidad instalada menor o igual a 1,5 MW) operan aislados, por lo que se suele asimilar el concepto de sistema aislado a estos sistemas “pequeños”.

Con respecto a los sistemas medianos y el rol del Coordinador, se debe tener presen-

²¹ Artículo 152° de la LGSE.

²² Artículo 130° de la LGSE.

²³ Artículos 149° quáter, 150° bis y 150° ter de la LGSE.

²⁴ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) Y MINISTERIO DE ENERGÍA 2021, 22.

²⁰ Artículo 147° de la LGSE.

te que el artículo 212°-1 de la LGSE define a esta entidad como *"el organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí"*. Dado que esta disposición se refiere en forma expresa a la coordinación de las instalaciones del SEN, de esto se desprende que el alcance de la función coordinadora del Coordinador se limita a la operación del SEN y no se extiende a otros sistemas eléctricos (menos aún a instalaciones eléctricas que operan como sistemas aislados), con una única excepción, establecida por el inciso 3° del artículo 72°-1 de la LGSE: *"...el Coordinador deberá realizar la programación de la operación de los sistemas medianos en que exista más de una empresa generadora, conforme a la ley, el reglamento y las normas técnicas. Dichas empresas deberán sujetarse a esta programación del Coordinador"*.

De esta forma, sólo cuando en un sistema mediano opera más de una empresa generadora, el alcance de la coordinación que realiza el Coordinador se extiende a ese sistema mediano, en lo que corresponde a la programación de la operación²⁵. La regulación a la que debe atenerse el Coordinador en la programación de la operación de estos sistemas medianos está contenida en la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio para Sistemas Medianos, fijada mediante Resolución Exenta N° 179, de 2018, de la Comisión Nacional de Energía.

De acuerdo con la referida Norma Técnica, para estos efectos el Coordinador debe (i) elaborar la programación de la operación del sistema mediano y ponerla en forma oportuna a disposición de las empresas generadoras para llevar a cabo la operación en tiempo real; (ii) programar y coordinar los mantenimientos de todas las instalaciones; (iii) revisar el cumplimiento de la programación de la operación, tomar conocimiento de las desviaciones y sus causas, y acordar las medidas conducentes a corregirlas; (iv) realizar los análisis y estudios que sean necesarios para la programación de la operación, e (v) informar a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles del incumplimiento de las instrucciones de coordinación. Para estos efectos, la Norma Técnica aludida faculta al Coordinador para solicitar *"...información de las instalaciones de los Integrantes para efectos de la programación de*

²⁵ En los Sistemas Medianos en los que existe una única empresa generadora, la coordinación del sistema es realizada directamente por la empresa propietaria de las instalaciones.

*la operación"*²⁶ y efectuar los *"...controles necesarios para asegurar el cumplimiento de las instrucciones de coordinación emanadas del propio Coordinador"*²⁷.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 23, de 2015, que Aprueba Reglamento de Operación y Administración de los Sistemas Medianos Establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos²⁸, en aquellos sistemas medianos con más de una empresa generadora, los propietarios de las instalaciones interconectadas a nivel de generación-transporte deben conformar un Comité Coordinador, el que también es facultado, junto al Coordinador para requerir información a las empresas coordinadas²⁹. Además, el artículo 7° del mismo Reglamento le impone a este Comité Coordinador una serie de deberes, incluyendo la elaboración de informes que le solicite el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Energía o la Superintendencia de Electricidad y Combustibles *"...dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones y en los plazos que estos organismos determinen"*³⁰,

²⁶ Artículo 2-4 de la Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio para Sistemas Medianos.

²⁷ Idem.

²⁸ "Artículo 9°.- Existirá un Comité Coordinador por cada Sistema Mediano el que deberá estar integrado por las empresas propietarias de las instalaciones a nivel generación-transporte que conforman ese sistema, en adelante los 'Integrantes'. Para efectos del funcionamiento del Comité Coordinador los Integrantes deberán designar un representante.

En reemplazo de las empresas propietarias, podrán integrar el Comité Coordinador los arrendatarios, usufructuarios o aquellos que exploten a cualquier título las instalaciones eléctricas que conforman cada Sistema Mediano, quienes deberán designar un representante para efectos del funcionamiento del Comité Coordinador. En este caso, las empresas propietarias deberán comunicar por escrito esta situación a los demás Integrantes".

²⁹ "Artículo 14°.- Los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o quienes exploten a cualquier título las instalaciones que operen interconectadas en el Sistema Mediano respectivo, deberán proporcionar toda la información que el Coordinador y el Comité Coordinador les solicite para el correcto desarrollo de sus funciones, en la forma y oportunidad que éste señale".

³⁰ Además de los informes que le soliciten estas instituciones, de acuerdo con el artículo 21° del referido Reglamento, el Comité Coordinador debe enviar semanalmente a la Comisión Nacional de Energía, al Coordinador y a la Superintendencia un informe que contenga la operación real diaria de la semana inmediatamente anterior. También el artículo 22° obliga al Comité Coordinador a enviar mensualmente a la Comisión Nacional de Energía y a la Superintendencia un informe con la repartición de la recaudación por ventas de energía y potencia del mes anterior y con las demandas de energía y potencia del último mes, y a enviar anualmente a la Comisión Nacional de Energía un informe con la generación anual de energía de cada unidad generadora, con la demanda máxima de

De este modo, en aquellos Sistemas Medianos que cuentan con más de una empresa generadora, como es el caso, por ejemplo, del Sistema Mediano de Punta Arenas³¹ y el Sistema Mediano de Hornopirén³², a los titulares de las instalaciones eléctricas interconectadas con estos sistemas les son aplicables las normas específicas establecidas para los sistemas medianos y están sujetos a la coordinación de la operación por parte del Coordinador respecto de la obligatoriedad de dichas instrucciones cuando se refieren a la programación de la operación, así como también a la obligación de proporcionar al Coordinador la información que éste les requiera para la programación de la operación, pudiendo ser sancionados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en el caso de incumplir estas obligaciones.

Lo anterior también es relevante para efectos de las decisiones de inversión en la industria del hidrógeno verde, particularmente para aquellos proyectos que se emplazarían en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, zona que por sus características geográficas y su potencial para la generación eólica concentra un importante número de proyectos, en distintas etapas de desarrollo. Ello porque en dicha región existen cuatro sistemas medianos (el de Punta Arenas, Puerto Natales, Porvenir, y Puerto Williams) a los que, potencialmente, podrían interconectarse los proyectos de hidrógeno verde. Sin embargo, la carga regulatoria que, en principio, implicaría para los desarrolladores la interconexión de estos proyectos a alguno de estos sistemas medianos –nuevamente, dependiendo de lo que disponga el reglamento que debe dictarse conforme al literal af) del artículo 225° de la LGSE– puede constituir un desincentivo importante a la interconexión de estas instalaciones a los sistemas medianos, por lo que es probable que la mayoría de los proyectos de producción de hidrógeno verde y sus derivados que se ubiquen en la región se diseñen en forma aislada, sin contemplar su interconexión con dichos sistemas.

potencia del sistema, y con un resumen de la repartición de la recaudación por ventas de energía y potencia realizadas el año anterior.

³¹ Al mes de marzo de 2021, este Sistema Mediano se compone de unidades térmicas a gas natural o diésel y unidades eólicas, propiedad de tres empresas distintas: Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., Pecket Energy S.A. y Enap S.A. (COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL 2021, 11).

³² Al mes de febrero de 2021, este Sistema Mediano está compuesto por unidades térmicas de propiedad de SA-GESA S.A. y una unidad hidráulica de pasada, de propiedad de Energía de la Patagonia y Aysén S.A. (COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL 2021, 9).

Una situación similar prevemos respecto de proyectos de hidrógeno verde ubicados en la zona norte del país, que aprovechen el recurso solar para la producción del hidrógeno. Al igual que aquellos proyectos que consideren incorporar equipamiento de generación renovable para su destinación a un proceso productivo determinado –como puede ser el caso, por ejemplo, de faenas mineras (clientes libres) que incorporen generación *behind the meter*–, la regulación que se defina para los sistemas de generación-consumo podría significar un desincentivo a que estos proyectos consideren la inyección de excedentes al sistema eléctrico (toda vez que, de acuerdo con el literal af) del artículo 225° de la LGSE, si realizan inyecciones al sistema eléctrico “... les serán aplicables todas las disposiciones correspondientes a las centrales generadoras y clientes finales no sometidos a regulación de precios, de acuerdo a lo que disponga el reglamento (...)”).

La aplicación de las disposiciones que regulan a las centrales generadoras implicará una carga importante para empresas cuya actividad productiva principal no es la generación de energía eléctrica, lo que requerirá naturalmente un despliegue importante de recursos en lo técnico y en lo humano para asumir la posición de una empresa generadora, asumiendo también riesgos relevantes asociados a la operación de las “centrales” cuyos excedentes serían inyectados al sistema eléctrico, y, particularmente en el caso de la zona norte, los posibles ingresos asociados a esas inyecciones probablemente no sean de una magnitud suficiente para superar los riesgos que asumirían (dado el bajo costo marginal al que se valorizarían esas inyecciones, al menos bajo el escenario actual de la generación en la zona norte). Se debe tener presente también que, salvo que el futuro reglamento lo impida, los clientes libres que decidan inyectar los excedentes de sus sistemas de generación-consumo al sistema eléctrico, al aplicárseles “... todas las disposiciones correspondientes a las centrales generadoras (...)” podrían, en principio, asumir el rol de suministradores, es decir, adquirir compromisos para suministrar a otros, e, incluso, ser sus propios suministradores.

IV. Conclusiones: desafíos regulatorios del reglamento de la Ley N° 21.505

Atendidos los aspectos analizados precedentemente, asociados a la amplitud de la definición legal de sistemas de generación-consumo, estimamos que el reglamento que debe dictarse

para dar aplicación a este concepto debe, al menos, (i) definir o acotar el tipo de infraestructura productiva y energética a la que será aplicable, tanto desde el punto de vista de la titularidad de las instalaciones, definiendo el tipo de régimen que le será aplicable a sus titulares, dependiendo de si sólo retiran energía del sistema, sólo inyectan excedentes a éste, o realizan ambas actividades (al menos en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los titulares y si –y bajo qué parámetros– serán tratados como clientes libres o como generadores, o tendrán un régimen específico como titulares de instalaciones de generación-consumo); (ii) explicitar el alcance de las facultades del Coordinador respecto de las instalaciones y sus titulares; las reglas que aplicarán para su interconexión, su consideración en la programación de la operación y la operación en tiempo real, y su tratamiento en relación con el mercado de corto plazo y, en general, con las transferencias económicas que debe calcular el Coordinador; y (iii) las normas de seguridad que les serán aplicables³³.

Asimismo, consideramos que los contenidos del referido reglamento tendrán un impacto relevante en el diseño de futuros proyectos de inversión en el sector energético. A este respecto, hacemos presente que, aunque la finalidad de la incorporación del concepto de sistemas de generación-consumo a la LGSE haya sido, al menos en parte, la promoción de la industria del hidrógeno verde, la falta de definición del concepto y las implicancias de dicha indefinición con respecto a la certeza jurídica que se requiere para el diseño de este tipo de proyectos de inversión, casi con certeza, producirá que ninguno de los proyectos de hidrógeno verde y sus derivados que busquen ser competitivos para el mercado internacional del hidrógeno sea concebido como un sistema de generación-consumo. En otras palabras, dado que, por su amplitud, el concepto abarcaría este tipo de proyectos y todos aquellos que conciben infraestructura “multipropósito” junto con unidades para la generación de energía eléctrica, la falta de certeza y la carga regulatoria potencial que implicaría ser calificado como sistema de generación consumo,

³³ A la fecha de este trabajo se encuentra en tramitación por parte del Ministerio de Energía el Reglamento de Seguridad de Instalaciones de Hidrógeno, que resolvería el problema advertido respecto de los proyectos de producción de hidrógeno, sin embargo, aunque éste sea aprobado, será necesario que el reglamento de la Ley N° 21.505 señale las normas de seguridad que serán aplicables a los sistemas de generación-consumo que no comprendan la producción de hidrógeno.

probablemente inclinará a los inversionistas a diseñar sus proyectos como sistemas aislados, evitando con ello tanto la falta de certeza como la carga regulatoria, pero, también –en el caso de los proyectos de hidrógeno verde–, permitiendo asegurar que la producción del hidrógeno proviene en su totalidad de fuentes de energía renovable (lo que no es posible si el proyecto se interconecta al SEN o a algún sistema mediano).

Ahora bien, algunas de las materias enunciadas precedentemente podrían requerir ser definidas o delimitadas a nivel legal –como, por ejemplo, el alcance de las atribuciones del Coordinador respecto a los sistemas de generación-consumo–, aunque la mayoría pueden solucionarse a nivel reglamentario.

Bibliografía citada

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2022). Historia de la Ley N° 21.505. Promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) Y MINISTERIO DE ENERGÍA. (2021). *Las Energías Renovables en el Mercado Eléctrico Chileno*.
- GERENCIA DE OPERACIÓN DEL COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL (05 de marzo de 2021). Estudio de la Seguridad y Calidad de Servicio del Sistema Mediano Punta Arenas, Informe Final.
- GERENCIA DE OPERACIÓN DEL COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL (5 de febrero de 2021). Estudio de la Seguridad y Calidad de Servicio del Sistema Mediano Hornopirén, Informe Final.
- MARDONES OSORIO, Marcelo. (2019). Los pequeños medios de generación distribuida ante el derecho de energía. Régimen vigente, interpretaciones y prospectiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (29), 53-83.

Normativa citada

- Decreto N° 4/20.018, de 2006 [con fuerza de ley] del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos en Materia de Energía Eléctrica. 12 de mayo de 2006. D.O. No. 38.581.
- Decreto Supremo N° 6, de 2015 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento que Establece los Requisitos que Deben Cumplir las Instalaciones de Cogeneración Eficiente. 25 de mayo de 2015.
- Decreto Supremo N° 23, de 2015 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de Operación y Administración de los Sistemas Medianos Establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos. 23 de octubre de 2015.
- Decreto Supremo N° 109, de 2017 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de Seguridad de las Instalaciones Eléctricas Destinadas a la Producción, Transporte, Prestación de Servicios Comple-

mentarios, Sistemas de Almacenamiento y Distribución de Energía Eléctrica. 12 de junio de 2018.
Decreto Supremo N° 8, de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de Seguridad de las Instalaciones de Consumo de Energía Eléctrica. 08 de marzo de 2020.
Decreto Supremo N° 57, de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de Generación Distribuida para Autoconsumo. 24 de septiembre de 2020.
Decreto Supremo N° 88, de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento para Medios de Generación de Pequeña Escala.
Resolución Exenta N° 179 de 2018 [Comisión Nacional de Energía]. Fija Norma Técnica de Seguridad y Calidad de Servicio para Sistemas Medidos. 08 de marzo de 2018. D.O. No. 42.007.

Resolución Exenta N° 338 de 2019 [Comisión Nacional de Energía]. Aprueba Norma Técnica de Conexión y Operación de Equipamiento de Generación en Baja Tensión. 31 de mayo de 2019.
Resolución Exenta N° 253 de 2021 [Comisión Nacional de Energía]. Aprueba Capítulo de los Costos Marginales y Capítulo de las Transferencias Económicas y la Coordinación de Mercado, Ambos de la Norma Técnica de Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional. 02 de agosto de 2021. D.O. No. 43.021.

Jurisprudencia citada

Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos. Dictamen N° 45-2023, de 24 de octubre de 2023.

Transición energética y mutación regulatoria

Energy transition and regulatory changes

Enrique Sepúlveda Rodríguez¹

RESUMEN: A nivel internacional se está llevando a cabo el proceso denominado como transición energética vinculado al esfuerzo convenido por la comunidad de países para combatir el cambio climático que tiene lugar a nivel planetario a consecuencia de la producción de gases de efecto invernadero. El presente trabajo expone la ineludible vinculación de la regulación de la energía con procesos de transición que surgen en la dinámica económico-social de producción y consumo de energía eléctrica a cuyo efecto se informa de las regulaciones-transiciones habidas en Chile desde la dictación de la Ley General de Servicios Eléctricos del año 1982 en diferentes ámbitos de la operación del sistema y el mercado eléctricos y se evalúa el alcance normativo que en particular asume la transición energética para el sector eléctrico.

PALABRAS claves: cambio climático, transición energética, sistema y mercado eléctrico

ABSTRACT: At the international level, the process called energy transition is being carried out, linked to the effort to combat global climate change because of the production of greenhouse gases. This work exposes the unavoidable link between energy regulation and energy transition processes that arise in the economic-social dynamics of production and consumption of electrical energy. The study describes the regulations-transitions that have occurred in Chile since the approval of the General Electrical Services Law of 1982 in different areas of the operation of the electrical system and market and evaluates the regulatory scope that the energy transition assumes for the electric sector.

KEYWORDS: global climate change, energy transition, electrical system and market.

I. Transición energética: un fenómeno mundial que convoca al derecho nacional

Un suceso de la naturaleza de alcance planetario, identificado como el cambio climático,

ha inducido a la comunidad internacional a reformular la relación de la vida económica de los países con la energía como fuente de su desarrollo dando lugar al proceso conocido como transición energética que podemos caracterizar como un cambio significativo en el sistema energético de un país, de una región, o incluso, a nivel global.

En términos generales, la doctrina nos enseña que en una transición energética el

¹ Abogado. Licenciado en ciencias Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: esepulveda@zcabogados.cl Dirección Postal: Nueva de Lyon 145 of. 501. Providencia.

cambio puede estar asociado a la estructura del sistema (por ejemplo, suministro centralizado v/s descentralizado), a las fuentes de energía que lo alimentan, a sus costos, tanto económicos como de otro tipo, o incluso al régimen político-económico en el que tiene lugar el suministro y consumo de energía. Cambio efectivamente significativo como sucedió con el inicio del uso de combustibles fósiles a gran escala, en particular el carbón, y posteriormente la utilización masiva del petróleo como combustible para el transporte, el uso creciente del gas natural, o el despliegue de la energía nuclear.²

En particular, las políticas públicas coinciden en que en el caso del sector eléctrico, descarbonizar la generación de electricidad y electrificar después la vida social son dos de los instrumentos más importantes en la lucha contra el cambio climático³. Bajo este enfoque, la transición energética actual ha devenido en un proceso de cambio de una forma de producción de energía a otra, que incluye fuentes de energía renovables y no renovables. Entre los cambios se encuentra el reemplazo de combustibles fósiles, como el carbón y el petróleo, por fuentes renovables, como la energía solar y la eólica. En síntesis, no es una simple denominación ampulosa de una política pública, por el contrario se constituye en un cambio trascendente, cuyo origen y dimensión es de alcance global, que traspasa los espacios eléctricos y jurídicos.

Lo propio de una transición estructural de las características, magnitud e impactos como los que ostenta la transición energética es su correspondiente proyección y representación en cuerpos regulatorios que faciliten y ordenen su viabilidad para la nueva etapa que se inicia, mediante reglas, principios y directrices que orienten el comportamiento de los agentes económicos, públicos y privados, como también de los consumidores.

Como situación fáctica emergente en el desarrollo de los países, la transición energética se constituye por tanto en una fuerte presión sobre el marco regulatorio mundial y nacional de la energía bajo cuyas directrices se organiza el suministro de la electricidad para el consumo de la sociedad. De este modo podemos constatar dos consecuencias en esta relación entre hechos y derecho, a saber: i) que la historia de las regulaciones es igualmente la historia de transiciones que las han

precedido y ii) que el acierto y oportunidad de las normas condicionan la factibilidad misma de un proceso de transición.

II. Transiciones y cambios regulatorios en Chile

*El brillo de las ampollitas
era tan potente que hizo desaparecer
las sombras de la plaza.
Nona Fernandez, Chilean Electric.*

Transición energética, propiamente tal, como los procesos habidos en el curso de la historia humana que describe Vaclav Smil en su obra *Energía y Civilización*⁴, lo constituye la llegada a Chile de la electricidad a fines del siglo XIX. Según se explica en publicación del año 1987 del Colegio de Ingenieros de Chile, la primera instalación de abastecimiento eléctrico propiamente tal en el país, data de 1 de marzo de 1883 con la puesta en marcha en Santiago de un pequeño grupo generador de unos kW de potencia destinado al alumbrado de la plaza de armas, el pasaje Matte y algunas tiendas próximas. En las primeras décadas del siglo XX el abastecimiento eléctrico alcanzó niveles industriales. Consecutivamente se producen las regulaciones pioneras del sector destinadas a ordenar la prestación de los nacientes servicios eléctricos.

Una segunda transición, también de alcance general, que no tuvo ya una naturaleza energética si no que política y económica, tuvo lugar, casi 100 años después de la iluminación de la Plaza de Armas, a través de la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 1982 intitulada Ley General de Servicios Eléctricos. Con esta nueva regulación, cuya estructura y principios fundantes siguen vigentes a esta fecha, se puso término a la normativa del año 59, en la que se centralizaba en el Estado la operación y propiedad de las instalaciones eléctricas. Los hechos que dan impulso y origen a esta nueva regulación para el sector energía, se remontan al cambio político que vivió el país con el advenimiento de la dictadura cívico militar el 11 de septiembre de 1973 y la instauración de un nuevo modelo de desarrollo a través de la economía de mercado.

En tal sentido, a partir de 1980 -señala Vergara Blanco- se comenzó a aplicar una nueva política en el sector eléctrico con el objetivo de revertir la situación anterior de preponderancia estatal, y de otorgarle una parti-

² LINARES 2018, 20.

³ ARIÑO 2020, 239.

⁴ SMIL 2021, 732.

cipación significativa a la iniciativa privada. El Estado, en su función subsidiaria, en todo caso mantendría su rol normativo y regulador.⁵

Los posteriores cambios en el ámbito político que marcaron la recuperación de la democracia a partir de 1990 no vinieron aparejados de cambios normativos sustitutorios de la regulación del año 82 que se mantuvo incólume aunque sometida a modificaciones parciales para recepcionar transiciones específicas surgidas a partir del propio crecimiento del sector.

El desarrollo legislativo de la Ley General de Servicios Eléctricos podemos identificar los siguientes textos legales:

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, 1982, Ley General de Servicios Eléctricos

- 18.922 de 1990 servidumbres de paso de energía eléctrica
- 19.613 de 1999 Fortalecimiento de la SEC
- 19.674 de 2000 Servicios asociados al suministro eléctrico.
- 19.940 de 2004 Ley Corta I Transmisión
- 20.018 de 2005 Ley Corta II Licitaciones I

Decreto con Fuerza de Ley N° 4 /20.018 de 2006, Ley General de Servicios Eléctricos

- 20.220 de 2007, Seguridad
- 20.402 de 2009, Ministerio de Energía
- 20.257 de 2008, ERNC
- 20.571 de 2012, Generación residencial
- 20.698 de 2013, ERNC II
- 20.701 de 2013, Concesiones Eléctricas
- 20.726 de 2014, Interconexión de sistemas SIC-SING
- 20.805 de 2015, Licitaciones II
- 20.928 de 2016, Equidad tarifaria
- 20.936 de 2016, Sistema de Transmisión y CISEN
- 21.076 de 2018 Propiedad de medidores y empalmes (distribuidoras)
- 21.118 de 2018 Desarrollo generación residencial
- 21.194 de 2019 Rebaja la rentabilidad de las empresas de distribución eléctrica

– 21.185 de 2019 Crea un mecanismo transitorio de estabilización de precios para clientes regulados

– 21.304 de 2021 Sobre suministro de electricidad para personas electrodependientes

– 21.472 de 2022 crea un fondo de estabilización de tarifas

– 21.505 de 2022 Promueve almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad

– 21.582, 2023 Suprime o modifica la intervención de notarios en trámites

– 21.455, 2022 Ley Marco de Cambio Climático

Como se expone seguidamente, estos procesos legislativos han correspondido a procesos transicionales de diversa naturaleza originados en el sector eléctrico.

III. Primera transición regulatoria: Ley Corta I

La Ley N° 19.940, del año 2004, conocida como ley corta I, fue el primer cuerpo legal que, después de veinte años, introdujo modificaciones sustanciales al texto de la Ley General de Servicios Eléctricos contenido en el DFL 1 de 1982, y se hizo como una respuesta del estado regulador a la cadena de episodios complejos producidos o manifestados en el sector eléctrico durante la década del 90: conflictos de integración vertical en generación-transmisión, carencias regulatorias del transporte regido por contratos privados entre generadores usuarios y propietarios de la red, déficit de abastecimiento y racionamiento eléctrico en 1998-99 a causa de sequía, elevada conflictividad entre empresas eléctricas integrantes de los directorios en los entonces vigentes organismos coordinadores de la operación, centros de despacho económico de carga, en el Sistema Interconectado Central (SIC) y Sistema Interconectado del Norte Grande (SING)⁶.

Esta transición regulatoria abarcó diversos contenidos de la Ley General de Servicios Eléctricos, a saber:

- Declaración del transporte de electricidad como nuevo servicio público eléctrico y tarificación del servicio de transmisión.

⁵ VERGARA 1999, 146.

⁶ Vide: SERRA 2002, 11-43.

- Desintegración vertical de la propiedad de empresas de transporte de electricidad.
- Reconocimiento legal de los CDECs.
- Creación del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica.
- Incentivos a generación ERNC en pago de peajes de transmisión.

La más extensa y de mayor impacto para el mercado eléctrico futuro fue la reforma al régimen legal del servicio de transmisión que, en consonancia, aunque no explícita, con su nuevo status de servicio público eléctrico, se conforma como sistema de transmisión integrado por un sistema troncal, sistemas de subtransmisión y sistemas de transmisión adicional con aplicación del principio de libre acceso al uso de las instalaciones por parte de las centrales generadoras y sujeto a un régimen tarifario diferenciado para cada sistema.

Esta nueva regulación del transporte introdujo además innovadores procedimientos administrativos especiales para determinar la valorización y remuneración del servicio así como su expansión. Por primera vez, en el derecho administrativo nacional se introduce un procedimiento tarifario fundado en la elaboración de estudios técnicos independientes a las empresas eléctricas como de la autoridad reguladora y la opción de ser sometidos a contradicción por los participantes en el proceso y posterior reconducción de las discrepancias a la competencia de un nuevo órgano jurisdiccional especializado, el Panel de Expertos.

La normativa del año 2004 para la transmisión, fue considerada después un buen punto de partida como primer intento sistemático de regular íntegramente el segmento de la transmisión eléctrica en Chile, por ello, el Gobierno impulsó en el año 2016 una regulación más integral de la transmisión eléctrica, que fuera capaz de cumplir con las crecientes exigencias y demandas de este segmento y su rol central en el resto del sistema eléctrico. Así, entre otras medidas, la ley 20.936 redefine el sistema de transmisión y los cinco segmentos que lo componen, distinguiendo los sistemas Nacional, Zonal, Dedicados, para Polos de Desarrollo y de Interconexión Internacional y dispone el desarrollo de un proceso de planificación energética de largo plazo, con un horizonte de al menos 30 años, a cargo del Ministerio de Energía con un esquema de participación ciudadana⁷.

⁷ Historia de la Ley N° 20.936.

IV. Transición institucional

La LGSE del año 1982, creó las bases normativas para promover la creación de un mercado eléctrico dinámico con suministro seguro y menor costo económico, pero no introdujo un marco institucional en correspondencia con tales objetivos. De tal modo que a la llegada del siglo XXI era palmaria la precariedad institucional para hacer frente a los nuevos desafíos⁸. El peso de la actuación técnica y administrativa recaía en la Comisión Nacional de Energía que mantenía la estructura y funciones otorgadas desde su creación en 1978, mientras que la actuación política recaía en un Ministro Presidente del Consejo de la CNE.

La debilidad institucional se apreciaba especialmente en la función coordinadora de la operación del sistema eléctrico gestionado por las propias empresas eléctricas a través de los CDECs y en la carencia de mecanismos de resolución de conflictos al interior de dicho organismo coordinador como también para los conflictos surgidos en procedimientos tarifarios.

La modernización de las instituciones para la regulación dotándolas de capacidades para asumir las nuevas demandas de un mercado en permanente crecimiento ha tenido lugar a través de las leyes números 19.940, 20.402 y 20.936 promulgadas, respectivamente, en los años 2004, 2010 y 2016 que han originado en este siglo, un nuevo órgano jurisdiccional especializado, el Panel de Expertos, un nuevo órgano de la Administración del Estado, el Ministerio de Energía y la renovación del organismo coordinador, el Coordinador Eléctrico Nacional.

V. Transición comercial

La actividad de comercialización de energía, aquella que se verifica mediante contratos de suministro de largo plazo entre empresas eléctricas con los dos tipos de consumidores que reconoce la ley: clientes regulados o clientes libres, no fue objeto de regulación por el primer texto de la Ley General de Servicios Eléctricos del año 1982. El foco de la regulación se puso entonces, especialmente, en el establecimiento de principios y reglas ordenadoras del funcionamiento y operación de las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución a través de un sistema eléctrico interconectado como base industrial sobre la cual las empresas del segmento generación pudie-

⁸ Vide: SEPÚLVEDA y VERGARA 2014. MARDONES 2017, 1-28. Mardones et al. 2014, 153-182.

sen encausar la actividad comercializadora en condiciones de libre competencia concordante con la nueva política económica de libre mercado implantada por el régimen militar.

Desde el esquema original de la ley y hasta el presente, las empresas de generación de electricidad han permanecido como únicos agentes económicos habilitados para desarrollar la compraventa de energía a través del derecho exclusivo del segmento para adquirir energía que se produce en el sistema eléctrico para suministrar a sus clientes⁹. Así, en una empresa de generación recae primeramente la obligación de orden público de producir energía conforme a la demanda según las reglas de coordinación de la operación que deben acatar, y, consecuentemente, es titular de un derecho de adquisición de energía destinada a la comercialización conforme a la libertad contractual.

Una crisis regulatoria y energética se produjo a fines de la década del 90 afectante a la contratación de suministros de energía entre generadoras y compañías distribuidoras como secuela de la situación de déficits de suministro y las medidas restrictivas impuestas por la autoridad para evitar nuevas situaciones de déficits¹⁰. La compraventa de energía para las distribuidoras de servicio público llegó a una situación inédita de carencia de contratos y consecuentemente el potencial riesgo de carencia de suministros para los consumidores regulados. La situación, no obstante que fue superada mediante una resolución administrativa del Ministro de Economía que impuso al segmento de generación la obligación de suministro sin contrato a las distribuidoras, puso el foco en la necesidad de profundizar este segmento de la comercialización en tanto afecta a la regularidad de servicio de consumidores regulados.

La transición desde la contratación hacia una comercialización regulada de la compraventa de energía para los consumidores del servicio público de distribución se ha verificado mediante las leyes números 20.018

(Ley Corta II) del año 2005, y 20.805 del año 2015¹¹.

Esta regulación obliga a las empresas distribuidoras a asegurar el suministro a sus clientes mediante la licitación de grandes bloques de potencia con los generadores, asegurando con ello los ingresos a largo plazo de los generadores por medio de contratos de suministro, lo que en estricto rigor es un respaldo para las empresas generadoras para continuar con sus planes de inversión¹².

La normativa concentra su intervención en los procedimientos para realizar las licitaciones de contratos de suministro entre empresas del giro de generación y empresas concesionarias de servicio público de distribución en los que según los objetivos que se perseguían en el Mensaje del Proyecto de Ley "la autoridad regulatoria sea responsable de elaborar las bases de licitación. Las empresas distribuidoras serán las encargadas de llevar cabo el proceso administrativo de la licitación (convocatoria, recepción de ofertas, evaluación y adjudicación). Con ello, se logrará lo siguiente: a. Se le entrega expresamente un rol activo a la Autoridad, quien poseerá la conducción del proceso de licitaciones. b. Se consolidan las licitaciones como un instrumento para alcanzar los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación del sistema eléctrico. c. Se facilita la coordinación de procesos y estandarización de contratos¹³.

En resumen, se ha señalado que "El sistema de compras de energía y potencia para el suministro de los clientes sujetos a regulación de tarifas de las empresas de servicio público de distribución eléctrica, ha evolucionado en el tiempo, desde su modelo original, basado en contratos de suministro con precios explícitamente fijados por el Estado, a través de la dictación semestral de decretos de fijación de "precios de nudo" (modelo vigente hasta el año 2005), hacia un esquema de licitaciones públicas en las que el precio regulado se determina, usando como base precios obtenidos en licitaciones públicas sujetas a regulación estatal, a partir de la dictación de la Ley No 20.018 de mayo de 2005 (Ley Corta II)"¹⁴.

⁹ Entre la doctrina legal y económica, incluyendo la autoridad reguladora, está generalizado el criterio de tratar como comercialización la actividad que realizan las empresas de servicio público de distribución a pesar de no tener apoyo para ello en texto legal ni teórico que la respalde incurriendo en la contradicción de tratar como un segmento del mercado eléctrico a un monopolio natural.

¹⁰ Vide: VERGARA 2001, 799-810. También: DIAZ y SOTO, 2000, 149-192.

¹¹ Sin perjuicio de otras regulaciones como las leyes N° 20.257 y N° 20.698 relativas a cuota de ERNC en los suministros.

¹² MAZZO, 2010.

¹³ Historia de la Ley N° 20.805.

¹⁴ CASTILLO 2017, 69-101.

En el año 2020, se presentó al Congreso Nacional el proyecto de ley que establece el derecho a la portabilidad eléctrica para habilitar a los usuarios regulados a elegir su suministrador y crea la figura del comercializador como un nuevo agente económico capacitado para adquirir energía del sistema eléctrico sin ostentar la titularidad de instalaciones de generación y venderla a clientes regulados o libres¹⁵. Las concesionarias de servicio público de distribución serán, en este nuevo esquema, gestoras y operadoras de la infraestructura de la red como conductora de la energía.

VI. Transición Operacional y tecnológica (ERNC)

Podemos referirnos a transición operacional como el proceso de construcción de la infraestructura que conforma el sistema eléctrico nacional interconectado y su respectiva operación mediante la coordinación centralizada de sus instalaciones.

En cuanto a la conformación geográfica, a la dictación del DFL 1 de 1982 existían el Sistema Interconectado Central (SI), el Sistema Interconectado del Norte Grande y los sistemas aislados de Aysén y Magallanes¹⁶.

La reformulación para unificar los principales sistemas, SIC y SING, fue impulsada ante el Congreso Nacional en un escueto Mensaje de la Presidenta de la República que desembocó en la promulgación de la Ley N° 20.726, del año 2014. Se sostuvo en el Mensaje que adicionalmente al beneficio social de la unificación de los sistemas SIC y SING "se estima que al aumentar el tamaño del mercado y el número de actores en el segmento de la generación eléctrica, habrá mayor competencia y, por tanto, mejorará la oferta, reduciéndose en consecuencia los precios de la energía. Así también, se permitirá un mejor aprovechamiento de la generación de las centrales de menor costo de operación".

En cuanto a la conformación tecnológica de la matriz de generación se ha dado a través de un proceso de reconocimiento e incorporación paulatina de las tecnologías ERNC a la malla normativa que regula la operación coordinada del sistema eléctrico. La ley N° 19.940 (Ley Corta I del año 2004) inauguró tímidamente la mención a energías no convencionales como un agregado marginal y casi ex-

céntrico a una matriz de elefantiasis hidrotérmica todavía reluctante a la innovación de las ERNC. Como medida de respaldo estableció un discreto incentivo a la generación ERNC a través de la exención en el pago de peajes de la transmisión troncal¹⁷.

Un reconocimiento de mayor contundencia de la incorporación de la ERNC al menú de tecnologías del segmento generación se verificó posteriormente a través de las leyes números 20.018, 20.257 y 20.698, de los años, 2005, 2008 y 2013 respectivamente, en las que se reconocieron derechos especiales de suministro de fuentes ERNC a clientes regulados, se incorporó una primera definición de fuentes ERNC en el artículo 225 de la ley y se dio inicio a la obligación de incluir en los suministros para clientes libres o regulados una cuota anual creciente de energía proveniente de fuentes ERNC¹⁸.

Por su parte la Ley 20936 del año 2016, aporta a la creciente inserción de las ERNC mediante la creación de un sistema de transmisión zonal especial para evacuar la producción de la generación de fuentes ERNC, los Sistemas de Transmisión para Polos de Desarrollo.

VII. Transición por cambio climático

Nuevo principio rector de la ley

La natural vinculación con la protección del medio ambiente que tienen las leyes ya referidas a fuentes ERNC de generación, mediante la promulgación de la Ley 21.455, Ley Marco del Cambio Climático del año 2022, se produce una conexión regulatoria directa entre el desarrollo del sector eléctrico y la sostenibilidad medio ambiental. Esta norma marca el punto de partida para la transición energética que emprende el país.

Si examinamos la trayectoria legislativa que hemos enunciado podemos comprobar que mediante esta ley marco se rompe el desarrollo endogámico de la regulación eléctrica habituada a proyectarse normativamente sin salir de los lindes que estructuran el sistema o el mercado eléctrico. Se ha roto así la estanqueidad de la regulación eléctrica para

¹⁵ Mensaje N° 156-368, 4. Boletín N° 13782-08.

¹⁶ Para una mayor exposición del sistema eléctrico puede consultarse en SEPÚLVEDA, 2010.

¹⁷ Una referencia temprana a ERNC (considerada como energía térmica) había en el texto DFL N° 4 del año 1959 de la Ley General de Servicios Eléctricos en cuyo artículo 1° número 1, letra a) incluía en su ámbito de aplicación a las "Centrales térmicas productoras de energía eléctrica, entendiéndose por térmicas las que emplean combustibles, energía geotérmica, energía solar, energía nuclear o cualquiera otra fuente que no sea el agua;".

¹⁸ CLERC et al.2017.

iniciar una dinámica normativa vinculada a una norma matriz de alcance sustantivo y territorial mucho mayor al propiamente eléctrico, que obliga a los agentes económicos y las instituciones a sumar una nueva lógica a la política energética del país para, conforme al objeto de la Ley Marco, *transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia.*

Una primera aplicación de este enlace normativo eléctrico-ambiental se puede constatar en el reciente proyecto de ley presentado por el gobierno al Congreso Nacional en materia energética *que posiciona a la transmisión eléctrica como un sector habilitante para la carbono neutralidad.* En el Mensaje del Presidente de la República se sostiene que *se han identificado cuatro áreas temáticas en las que es preciso avanzar para alcanzar la mencionada mitigación de una manera costo-eficiente: una matriz de generación eléctrica renovable y limpia, electromovilidad, eficiencia energética e hidrógeno verde* y focaliza los objetivos del proyecto en *dar un impulso al segmento de transmisión eléctrica y posicionarlo en forma concreta como un elemento habilitante para la transición energética, que permita viabilizar más inversiones en energías renovables y limpias, así como también incorporar las metas y mandatos de la Ley Marco de Cambio Climático como elementos de los distintos instrumentos de la Ley General de Servicios Eléctricos*¹⁹.

Bajo este prisma transicional la propuesta legislativa se despliega hacia diversos ámbitos normativos de la estructura y operación del sistema eléctrico. Uno que podemos identificar como el más relevante es el que afecta a los principios establecidos en el artículo 72.1 que sitúa como principios de la Coordinación de la Operación los siguientes:

1. Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico;
2. Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y

3. Garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a esta ley.

El proyecto de ley agrega un nuevo principio:

4. Propender a una operación del sistema eléctrico bajo en emisiones de gases de efecto invernadero.

Con el establecimiento de este nuevo principio, el objetivo de alcanzar metas de mitigación del cambio climático se instala en la ley eléctrica como una nueva vis atractiva que despliega un efecto de velo de la novia al conjunto de la regulación sectorial, que el propio Mensaje del Poder Ejecutivo resume en tres temáticas: a) planificación energética e impacto territorial; b) infraestructura habilitante para la transición energética; y c) operación de un sistema eléctrico bajo en emisiones.

La protección al medio ambiente como condicionante del desarrollo energético del país deja de ser un factor externo de control y fiscalización para pasar, a partir de esta nueva regulación, a ser un factor interno que el propio sector eléctrico asume como nuevo condicionante en todos los ámbitos que van desde el desarrollo normativo, la redefinición de roles de la institucionalidad de coordinación y regulación, la planificación energética, la expansión de la transmisión, hasta la promoción de la competencia.

Sistemas de almacenamiento de energía eléctrica

El mismo año 2022 de publicación de la Ley marco del cambio climático y con referencia explícita a sus fundamentos técnicos, económicos y ambientales, se promulga la Ley N° 21.505, que *Promueve almacenamiento de energía eléctrica.* En el año 2016, la ley N° 20.936 había definido los sistemas de almacenamiento de energía, pero, a juicio del Gobierno, *quedó pendiente la habilitación para que los sistemas puros de almacenamiento, es decir, aquellas instalaciones de almacenamiento no asociadas a centrales de generación, pudieran participar del mercado eléctrico de corto plazo, tanto en el caso de transferencias de energía como de potencia*²⁰.

La relación de esta norma con la transición energética impulsada por la ley marco del cambio climático también se pone de manifiesto en cuanto en la ley de almacenamiento se fija como objetivo prioritario el de *Habilitar*

¹⁹ Boletín N° 16.078-08.

²⁰ Mensaje N° 393-369. Historia de la Ley N° 21.505.

una mayor participación de energías renovables en la matriz eléctrica mediante la promoción de las tecnologías de almacenamiento.

Para la estructura y operación del sistema eléctrico, la ley de almacenamiento de energía eléctrica implica una innovación en la clásica división segmental del sistema en la tríada generación, transporte y distribución a la que se agrega una tecnología diferenciada y con identidad propia en la cadena productiva de suministro de energía eléctrica. Es también una innovación radical de las bases científicas y técnicas esenciales en que se ha fundado la existencia de sistemas y mercados eléctricos a partir del carácter no almacenable de la electricidad. Al igual que las ERNC el desarrollo de instalaciones de almacenamiento ha dependido del desarrollo tecnológico como de los costos de implementación para alcanzar un nivel de competitividad que las haga operables en los sistemas eléctricos. En ambos casos, además, influyen las políticas públicas de descarbonización de la matriz energética.

La definición agregada al artículo 225 ad) de la LGSE dice:

Sistema de Almacenamiento de Energía: Equipamiento tecnológico capaz de retirar energía desde el sistema eléctrico, transformarla en otro tipo de energía (química, potencial, térmica, entre otras) y almacenarla con el objetivo de, mediante una transformación inversa, inyectarla nuevamente al sistema eléctrico, contribuyendo con la seguridad, suficiencia o eficiencia económica del sistema, según lo determine el reglamento.

Como nueva instalación interviniente en el aporte de suministro para el sistema eléctrico, se produce también una innovación en la nómina de los sujetos que componen el mercado de corto plazo con participación autorizada por la ley en las transferencias de energía entre empresas eléctricas sometido, como nuevo coordinado, a las directrices del Coordinador Eléctrico Nacional.

En síntesis, como conclusión general de esta ponencia, podemos apreciar que en la regulación del sector eléctrico se refleja una transición permanente de diversos ámbitos de su actividad, ya sea por requerimientos de los factores económicos, de la evolución tecnológica o de los propios desfases regulatorios para seguir el dinamismo del mercado. Hay una permanente necesidad de puesta al día de la ley que encuentra un adecuado cauce a través de la flexibilidad de una norma cuyos

principios fundacionales de seguridad y mínimo costo siguen siendo la base de su eficacia.

VIII. Conclusión

Desde el ámbito de la cooperación internacional entre las naciones para reducir los efectos nocivos en el cambio climático por la producción de gases de efecto invernadero, originado en el uso de combustibles fósiles, se viene impulsando un proceso de transición energética que se manifiesta con particular relevancia en la introducción de cambios sustanciales en la conformación de los sistemas eléctricos. En el caso chileno, por los referentes legislativos que han acompañado el desarrollo de la industria eléctrica desde los inicios del pasado siglo, se puede apreciar que el marco regulatorio nacional ha sido resultado de transiciones de diversa naturaleza y alcance que nos han permitido contar con un sistema eléctrico en constante adaptación tanto a las fuentes primarias de energía disponibles como a las condiciones económicas o los desarrollos tecnológicos sobrevinientes. La base de esta versatilidad regulatoria ha sido construida a partir de los principios originales que ordenan el sistema eléctrico, a saber, la seguridad de suministro y el mínimo costo en la operación coordinada de las instalaciones. Como consecuencia de la transición energética en curso se agrega ahora el principio de "Propender a una operación del sistema eléctrico bajo en emisiones de gases de efecto invernadero". Ello implica no sólo un desafío técnico de coordinación y eficacia en la entrada de nuevas tecnologías renovables sino también la necesidad de desarrollar una nueva interpretación jurídica en el estudio del marco regulatorio que conecte la normativa propiamente eléctrica con el ámbito regulatorio de la protección al medio ambiente.

Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. (2020). *La transición energética en el sector eléctrico. Líneas de evolución del sistema, de las empresas, de la regulación y de los mercados*. Orkestra - Instituto Vasco de Competitividad Fundación Deusto.
- Boletín N° 13782-08. Establece el derecho a la portabilidad eléctrica. 09 de septiembre de 2020.
- Boletín N° 16.078-08. Proyecto de ley, iniciado en Mensaje de S.E el Presidente de la República, que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de transición energética que posiciona a la transmisión eléctrica como un sector habilitante para la carbono neutralidad. 10 de julio 2023.
- CASTILLO MURILLO, Rodrigo (2017). Los contratos de suministro de energía eléctrica: naturaleza y problemas en cláusulas arbitrales. *Revista de*

- Derecho Administrativo Económico* (24), 69-101. <https://doi.org/10.7764/redae.24.4>.
- CLERC, Jacques et al. (2017). *Energías Renovables en Chile y el Mundo*. Centro de Estudios Públicos.
- DÍAZ, Carlos; GALETOVIC, Alexander; y SOTO, Raimundo. (2000). La crisis eléctrica de 1998-1999: causas, consecuencias y lecciones. En *Estudios Públicos*: N° 80 (pp. 149-192).
- Historia de la Ley N° 20.805. Perfecciona el sistema de licitaciones de suministro eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios. <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/3951/>.
- Historia de la Ley N° 20.936. Mensaje del a Presidenta de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5129/>.
- Historia de la Ley N° 21.505. Promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad. 21 de noviembre de 2022.
- LINARES, Pedro (2018): La transición energética. *Ambienta* 125 / diciembre 2018.p. 20. Ministerio para la Transición Ecológica. España. www.miteco.es
- MARDONES et al (2014). Los Centros de Despacho Económico de Carga como entidades que ejercen potestades públicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (18), 153-182. <https://doi.org/10.7764/redae.18.6>.
- MARDONES OSORIO, Marcelo (2017). Naturaleza jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. *Revista Jurídica Digital UANDES* 1, 1-28. <http://dx.doi.org/10.24822/rjduandes.0101.1>.
- MAZZO, Rodrigo (2010). Las Leyes Corta I, II y de ERNC: potenciando el mercado de la energía eléctrica. 2010. En [bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique (2010). *Sistema y Mercado Eléctricos*. Legal Publishing.
- SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique; VERGARA BLANCO, Alejandro (2014). *Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno*. Edits. Panel de Expertos de la LGSE, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- SERRA, Pablo (2002). Regulación del sector eléctrico chileno. *Revista Perspectivas* 6(1).
- SMIL, Vaclav. (2021). *Energía y Civilización. Una Historia*. Arpa & Alfil Editores. S. L.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). Régimen jurídico de la energía eléctrica. aspectos generales y problemas actuales. *Revista de Derecho Administrativo Económico* I (1), 141-159.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2001): Continuidad del servicio público de distribución de energía eléctrica ante la falta de contratos de abastecimiento. El caso de la Resolución 88 de 2001 del Ministerio de Economía. *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos naturales* (3), 799-810. <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/7578>.

Pliego Técnico Normativo N° 7 y su relación con los Oficios circulares de SEC N° 26.035 y N° 19.615

Superintendency of Electricity and Fuels (SEC) Technical Normative Rule N° 7 and discordance with previous SEC offices N° 26.035 and N° 19.615

Loreto Vergara Abarzúa¹

Palabras clave: Franjas de seguridad – distancias de seguridad - obligaciones de propietarios de árboles – obligaciones de concesionarias eléctricas.

Keywords: Safety strips – safety distances – obligations of tree owners – obligations of electrical concessionaires.

I. Contexto

El Grupo SAESA materializa un servicio público consistente en la distribución de energía

eléctrica entre las regiones de Ñuble y Aysén, contando al efecto con más de 64 mil kilómetros de redes de media y baja tensión que abastecen aproximadamente a 930.000 clientes. Una de las principales causas de interrupción del suministro eléctrico corresponde a la caída de árboles o ramas sobre el tendido, afectando con ello uno de los pilares del servicio, cual es, asegurar la calidad y continuidad

¹ Abogada de la Universidad Central, Máster en derecho privado de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico loreto.vergara@saesa.cl. Dirección postal: Andrés Bello N° 631, Temuco, Chile, Código Postal N° 4791219.

del suministro. Esto se produce, entre otras causas y en lo que interesa a este artículo, debido a la plantación indiscriminada por parte de empresas y particulares de especies arbóreas de gran altura, utilizando al efecto técnicas de crecimiento acelerado e invadiendo derechamente la franja de servidumbre y de seguridad de líneas eléctricas, a lo que se suma una férrea y permanente oposición por parte de estos, a las labores de mantenimiento que deben realizar y ejecutar anualmente las concesionarias del ramo.

II. La llegada de nuevos Pliegos Técnicos

En este contexto, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), en los años 2017 y 2019, con el objeto de gestionar el riesgo por la altura y proyección de caída de algunos árboles que amenazan la seguridad de la línea y para regular la oposición a la realización de mantenimientos, estableció procedimientos a través de los Oficios Circulares N° 26.035² y N° 19.615³. Ambas herramientas conocidas e implementadas por la industria eléctrica.

Sin embargo, el escenario descrito sufrió modificaciones por la misma autoridad sectorial a través de la dictación de la Resolución Exenta N° 33.277⁴, de fecha 10 de septiembre de 2020, que estableció los denominados Pliegos Técnicos Normativos (Pliegos Técnicos), los cuales dejaron sin efecto determinada normativa eléctrica, por ejemplo, el Reglamento de Corrientes Fuertes contenido en la Norma de Seguridad N° 5, E.n 71, cuyas disposiciones formaban parte de los citados oficios circulares⁵.

III. Responsabilidades, obligaciones y deberes. Algunas interrogantes

Aun cuando es la misma SEC la autora de estos nuevos cuerpos normativos, surgen algunas interrogantes referidas a su ámbito de aplicación. En primer lugar, cabe recordar que el artículo N° 2 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE)⁶, señala que son aplicables las normas técnicas eléctricas a los concesionarios, a los particulares y al Estado, estando dentro de este último las Municipalidades y Vialidad. Sin embargo, en el Pliego Técnico N° 7 sólo se observan exigencias concretas para los concesionarios, omitiéndose o invisibilizándose a

los particulares y al propio Estado. En segundo lugar, no se advierte en qué parte de la nueva normativa se materializa la responsabilidad del propietario u ocupante del predio, con el fin de asegurar los trabajos de mantenimiento. Por tal motivo, resulta en entredicho, o a lo menos cuestionada, la actual vigencia de los Oficios 26.035 y 19.615. Prueba de ello, es que en el numeral 4.12 del Pliego Técnico N° 7⁷, se reconoce que el titular de la línea puede tener dificultades para efectuar el mantenimiento, debiendo, en tal caso, acudir a la autoridad conforme a las instrucciones que se dicten al efecto, en uso de las facultades contenidas en el artículo 3 N° 22 de la Ley 18.410, sin hacer mención a los oficios citados.

Por otro lado, la mayoría de las estrategias de protección de franjas se basan en lo dispuesto en el Oficio Circular N° 26.035, el cual, con la entrada en vigor de este pliego, resulta cuestionado en su validez y vigencia. Así, por ejemplo, el Pliego Técnico N° 7 establece que en la franja de seguridad las empresas eléctricas son responsables de la presencia de árboles. Asimismo, fuera de la franja de seguridad hace responsable a los concesionarios del estado de los árboles que tienen proyección de caída sobre las redes. En definitiva, el propietario de las instalaciones eléctricas estaría obligado a gestionar siempre y en cualquier caso el riesgo en el entorno de la instalación, con independencia de su conocimiento y experiencia forestal.

En este contexto, la Ley General de Servicios Eléctricos impone a los particulares el deber de no plantar árboles que puedan perturbar la línea eléctrica. Por su parte, las empresas eléctricas pueden efectuar mantenimiento correctivo de los mismos a costa del infractor.

Pues bien, conforme con lo prescrito por el artículo 57 de la LGSE, existe una prohibición legal que pesa sobre el dueño del predio afectado por el paso del tendido eléctrico, en materia de árboles. Conforme con el tenor expreso de la norma legal en comento, el propietario del inmueble respectivo no puede plantar ni dejar crecer sus plantaciones de modo que perturben la servidumbre eléctrica, es decir, que afecten la seguridad de las instalaciones eléctricas.

Sin embargo, el numeral 4.9 plantea un enunciado similar al del art. 57 del DFL 4 (LGSE), impidiendo que dentro de la "franja

² Circular 26.035. de 2017.

³ Circular 19.615. de 2019.

⁴ Resolución Exenta N° 33277 de 2020.

⁵ WEGMANN, 2021, 165-195.

⁶ DFL 4/20018 de 2006. Ley General de Servicios Eléctricos.

⁷ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

de seguridad" existan edificios, plantaciones, construcciones u obras que perturben o pongan en riesgo la línea eléctrica. Tal impedimento se hace extensivo a corrales, huertos, parques, jardines o patios, "salvo que esta franja de seguridad sea de una línea de distribución de baja tensión"⁸.

No obstante, lo anterior, el numeral 4.10 autoriza "la existencia de árboles o arbustos dentro de la franja de seguridad, siempre y cuando se cumpla lo señalado en el punto anterior"⁹.

Dos dificultades se vislumbran en esta disposición: (i) no se hace distinción entre la clase de árboles que se pueden plantar dentro de la franja de seguridad, a diferencia de la derogada normativa contenida en la NSEG 5 E.n.71, que solo permitía la existencia de árboles frutales de una altura no superior a los cuatro metros, y (ii) se indica que esta autorización se hace operativa en la medida que "se cumpla lo señalado en el punto anterior"¹⁰.

Esto último resulta curioso, pues parece que se permiten plantaciones en aquellos espacios que cuenten únicamente con una línea eléctrica de baja tensión. Sin embargo, la parte final del numeral 4.10 hace igualmente extensiva esta autorización a las líneas de media tensión, dificultando el claro entendimiento de la norma.

En este sentido, resulta indiferente la clase de plantación que invade la franja de seguridad.

A todo ello se suma la ausencia de una efectiva regulación y fiscalización dirigida a quienes realizan plantaciones ilegales, particulares y empresas forestales.

A mayor abundamiento, el numeral 4.10, luego de hacer referencia al supuesto requisito del "punto anterior", dispone que los árboles o arbustos plantados dentro de la franja de seguridad son permitidos, bajo dos condiciones: (i) que las líneas cuenten con protecciones y medidas "para evitar incendios" y "daños a las personas que pudiesen subir a los árboles y tener contacto con los conductores por inadvertencia"¹¹; y (ii) que la altura de los árboles y su distancia al tendido eléctrico no exceda de ciertos metrajes. En el caso de efectuarse o haberse efectuado plantaciones por parte

del dueño del predio, surgen algunas dudas ¿quién y en qué momento debería asumir las obligaciones de protección y distancias? ¿Debería ser el titular del servicio público invadido el único obligado a implementar las medidas de cuidado?

Por su parte, en el numeral 4.11¹², se impone al concesionario eléctrico el deber de "identificar y evaluar el estado" de los árboles y ramas cuya altura y proyección puedan dañar la instalación o el tendido. Por cierto, esto no difiere de lo dispuesto en los arts. 131 y 139 de la LGSE, y en el art. 218 del Reglamento, manteniéndose en armonía con lo interpretado por SEC en sus Oficios Circulares N° 26.035 y N° 19.615.

Lamentablemente el Pliego N° 7 atribuye al concesionario obligaciones y responsabilidad en la mantención de los árboles, dado que aun cuando éstos no tengan problemas derivados de daños, inclinación, volcamiento o enfermedad, "de todas formas, se les deberá tener identificado, para hacerles monitoreo constante por si cambia su estado"¹³.

Es decir, pese a que los árboles no revistan problema alguno, perceptible o no, se deberán implementar medidas destinadas a su poda o corta, o bien a intervenir derechamente las instalaciones eléctricas, por si acaso cambia el estado de dichos árboles.

Lo anterior da cuenta de una imposición de deberes que exceden el fin del servicio público, exigiendo del concesionario eléctrico el despliegue de labores forestales, lo que resulta desproporcionado y contradictorio con lo dispuesto por SEC en sus Oficios Circulares N° 26.035 y N° 19.615, que imponen ciertos deberes de mantenimiento asociados a especies arbóreas bajo el supuesto que éstas "tengan la característica de perturbar el libre ejercicio del derecho de la empresa eléctrica", esto es, que "constituyan una real amenaza para la instalación".

IV. Algunas particularidades del Pliego Técnico N° 7

En relación con el Pliego N° 7: Franja y distancias de seguridad. Más allá de los aspectos técnicos que en él se establecen y que son exigentes, el tema más complejo es la responsabilidad de mantener y ejercer una acción efectiva de la protección de la franja

⁸ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

⁹ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹⁰ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹¹ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹² Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹³ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

de seguridad de las líneas. No se ve dónde el pliego hace parte de esta responsabilidad al propietario u ocupante del predio, que tiene una servidumbre gravada, para preservar los trabajos de mantenimiento de la vegetación. En la única parte donde se reconoce que el titular de la línea puede tener dificultades para efectuar el mantenimiento es en el punto 4.12, cuando dice *"...Las dificultades que en dicho mantenimiento sufra el titular de la línea eléctrica, podrán ser resueltas conforme a las instrucciones que dicte la Superintendencia en uso de las facultades contenidas en el artículo 3 número 22 de la ley 18.410"*¹⁴.

Hasta el momento puede advertirse que la mayoría de las estrategias de protección de franjas se basan en lo indicado en el Oficio Circular SEC N° 26.035, el cual, con la entrada en vigor de este pliego, no sabemos que validez tendrá.

El pliego establece que, en la franja de seguridad, se hace responsables a las empresas eléctricas de la presencia de árboles y donde idealmente no debería haberlos. Y fuera de la franja de seguridad, las hace responsables del estado de los árboles que tienen proyección de caída sobre las redes. En definitiva, el propietario de instalaciones eléctricas estaría obligado a gestionar el riesgo en el entorno de instalación.

El numeral 4.10, permite la existencia de árboles dentro de la franja, y define una metodología en base al crecimiento proyectado máximo según tipo de especie, estado de la catenaria de la línea y distancia de seguridad según nivel de tensión, pero deja siempre un grado de ambigüedad o interpretativo en caso de ocurrir un evento inesperado, por ejemplo:

*"...protecciones y medidas adecuadas para evitar incendios y para evitar daños a las personas que pudiesen subir a los árboles y tener contacto con los conductores por inadvertencia..."*¹⁵.

No queda claro cuál sería una medida adecuada para evitar un incendio. Una vez ocurrido este tipo de eventos la autoridad podrá decir que no fue adecuado o efectivo, ya sea por la forma en que actuaron las protecciones o por la presencia de vegetación, independiente del cumplimiento de las distancias de seguridad. Es más, el punto 4.12 insiste que *"...el titular de la línea eléctrica deberá mantener su franja de seguridad libre de toda*

*vegetación o material que pueda poner en peligro la línea en caso de incendio..."*¹⁶.

No es claro a qué se referirá la autoridad en cuanto a lo que se deba hacer para evitar contacto por inadvertencia. Si será suficiente que los conductores se vean a simple vista, cumplan distancia y las torres tengan letreros de peligro, o no.

De los numerales N° 4.10 y 4.12, se desprende que independiente de la causa del incendio, siempre queda un manto de duda sobre la presencia de vegetación y si el mantenimiento ha sido efectivo.

La norma no hace mención a la forma como se considerarán las restricciones que existen para intervenir aquella vegetación que está en algún estado de protección o conservación. Sólo se establece que se debe cumplir una distancia entre el conductor de la línea eléctrica y el árbol.

El numeral N° 4.11, establece que la responsabilidad de mantenimiento de la franja y la vegetación se extiende más allá de los límites de la franja:

*"...se deberá proteger la integridad de la línea eléctrica tomando las medidas necesarias, tales como, podar o talar dichos árboles, elevar a mayor altura los conductores de la línea, cambiar la disposición de las crucetas y conductores, alejar las instalaciones de la línea eléctricas de dichos árboles, entre otras..."*¹⁷.

En ninguna parte se indica el rol del propietario de los árboles y la facultad que tiene el titular de la línea eléctrica para intervenir en la vecindad de la franja o la obligación del dueño del predio de permitir los trabajos. En el pliego sólo se presentan medidas que debe ejecutar la empresa eléctrica, algunas de ellas con modificaciones de los activos.

Cabe recordar los puntos que establece al respecto el Oficio Circular SEC N° 26.035:

(ii) Obligación de revisión de franja y roce de líneas con árboles y prohibición de los propietarios de plantar y dejar crecer árboles que puedan producir perturbación en la red.

"...La gestión del riesgo de seguridad de la línea es responsabilidad del operador de la instalación perturbada, conforme con los planes de roce definidos por la empresa y los planes de acción exigidos por la Super-

¹⁴ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹⁵ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹⁶ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

¹⁷ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

intendencia, pero también, y 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, éstas se detecten, contribuir a la expedita eliminación o mitigación del riesgo...”

(iii) Obligación de despeje de la franja. “...Detectada la amenaza, esta obligación de despeje faculta a la empresa para que intervenga en la vecindad y retire la vegetación o material, sin necesidad de gestionar la autorización respectiva...”¹⁸.

En el numeral N° 5.1.C se establece la distancia entre conductores, dejando claro que los efectos de nieve y/o hielo son responsabilidad de la empresa.

Por su parte, las empresas eléctricas, en el cumplimiento de su rol correctivo, reciben el mandato jurídico, en su calidad de concesionarios, de contar con un plan de mantenimiento. En efecto, conforme con lo prescrito por el artículo 218, inciso 1°, del Reglamento Eléctrico, “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”¹⁹. De acuerdo con el texto expreso de esta norma, la obligación reglamentaria que pesa sobre la empresa eléctrica exige y se cumple con la existencia de un plan o programa de mantenimiento, en tanto éste incluya o considere, entre otros aspectos técnicos, la poda o corte de árboles que puedan afectar la seguridad de las instalaciones eléctricas. Cabe precisar que la decisión de poda o corte de árboles queda en el ámbito de gestión y decisión de los operadores de instalaciones eléctricas en función de la seguridad de las mismas instalaciones, es decir, en cuanto sea necesario para garantizar la calidad y continuidad del suministro eléctrico.

Así las cosas, los concesionarios no diseñan un plan de mantenimiento en forma antojadiza ni inorgánica. El plan exigido por la normativa eléctrica se diseña con una lógica eléctrica,

bajo un régimen y procedimiento regulado por la ley y conducido por la autoridad pública.

En efecto, todas las empresas concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, cada cuatro años, se someten a un procedimiento administrativo de fijación tarifaria (denominado “Determinación del Valor Agregado de Distribución” o simplemente VAD), a cargo de la Comisión Nacional de Energía (CNE), en cuyo contexto, en síntesis, y en cuanto al punto en comento, se revisan las necesidades operacionales de la respectiva zona de distribución, y se autorizan ciertos costos y determinadas actividades²⁰.

Dicho, en otros términos, las empresas de servicio público de suministro eléctrico no configuran sus planes de mantenimiento en forma autónoma, sino que es el propio Estado, por medio de la Comisión Nacional de Energía (CNE) dependiente del Ministerio de Energía, el que fija el estándar operacional, mediante la consideración de una empresa modelo en un sector de distribución determinado.

Ahora bien, también se debe considerar, como complejidad adicional, que el plan de mantenimiento debe compatibilizar, por una parte, la continuidad del suministro eléctrico, y, por otra, el respeto al principio de conservación de especies arbóreas.

Tanto la legislación forestal como la propia LGSE, consagra el mencionado principio, en cuya virtud, tanto en la fase de diseño o construcción, como en la fase de operación, se debe tratar, en lo posible, de no cortar las especies arbóreas, y, en caso de mantenimiento, se debe realizar respetando dichas especies, compatibilizando redes eléctricas y parque arbóreo, lo que no está exento de dificultades dada la ausencia de regulación de detalle sobre la materia por parte de las autoridades competentes. Desde luego, el respeto a este principio no permite deducir o suponer, en forma alguna, que los particulares puedan plantar especies arbóreas bajo el tendido eléctrico a condición de que la empresa se haga cargo de eventuales problemas futuros con el tendido eléctrico. Eso es, sin más, una infracción y aprovechamiento deliberado de una prohibición legal.

De esta forma, la responsabilidad de mantenimiento se extiende más allá de los límites de la franja, de acuerdo con el numeral 4.11 del RPTD N° 7, que señala: “...se debe-

¹⁸ Oficio Circular N° 26.035, de 2017.

¹⁹ Decreto Supremo N° 327, Ministerio de Minería, 12 de diciembre de 1997. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos.

²⁰ <https://www.cne.cl/tarifacion/electrica/valor-agregado-de-distribucion/>

*rá proteger la integridad de la línea eléctrica tomando las medidas necesarias, tales como, podar o talar dichos árboles, elevar a mayor altura los conductores de la línea, cambiar la disposición de las crucetas y conductores, alejar las instalaciones de la línea eléctricas de dichos árboles, entre otras...”*²¹. Como hemos dicho, en ninguna parte del Pliego N° 7 se hace referencia o se delimita el rol y la responsabilidad del propietario de los árboles y la real facultad que tiene el titular de la línea eléctrica para intervenir en la vecindad de la franja; o la obligación del dueño u ocupante del predio de permitir los trabajos.

En este orden de ideas, cabe recordar los puntos que establece al respecto el Oficio Circular N° 26.035, en particular en el numeral (ii), que regula la *“Obligación de revisión de franja y roce de líneas con árboles y prohibición de los propietarios de plantar y dejar crecer árboles que puedan producir perturbación en la red”*²². Al respecto, se dispone por la autoridad sectorial que *“La gestión del riesgo de seguridad de la línea es responsabilidad del operador de la instalación perturbada, conforme con los planes de roce definidos por la empresa y los planes de acción exigidos por la Superintendencia, pero también, y 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, éstas se detecten, contribuir a la expedida eliminación o mitigación del riesgo...”*²³.

Conclusiones

Finalmente, como se podrá advertir, no queda del todo claro si, con la entrada en vigor de los referidos Pliegos Técnicos, la aplicación de los oficios circulares de SEC se hará en armonía con aquellos o más bien estos primarán por sobre los oficios circulares y por sobre la propia Ley General de Servicios Eléctricos

y su Reglamento. Llama poderosamente la atención que la autoridad sectorial no se haya pronunciado respecto de los particulares, Municipalidades y Vialidad, atribuyendo toda la responsabilidad al concesionario eléctrico, quien, como sabemos, actúa en base a un plan de mantenimiento con una visión eléctrica, no de manera antojadiza, sino teniendo como fin la calidad y continuidad del suministro eléctrico que se ve afectado por plantaciones indiscriminadas, propias y habituales del negocio forestal.

Bibliografía citada

WEGMANN, Adolfo (2021). Franja de seguridad y obligaciones de poda y corta del concesionario eléctrico. *Revista de Derecho* núm. 57 (2021) 165-195, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Normativa citada

- Decreto N° 4/20018 de 2007 [con fuerza de ley] del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. 05 de febrero de 2007. D.O. No. 38.681.
- Decreto Supremo N° 327 de 1988 [Ministerio de Minería]. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. 10 de septiembre de 1998. D.O. No. 36.162.
- Oficio Circular SEC N° 26.035 de 2017 [Superintendencia de Electricidad y Combustibles]. Imparte nuevas instrucciones sobre mantenimiento de instalaciones, corte y poda de árboles en las proximidades de líneas eléctricas. 28 de diciembre de 2017. D.O. No. 41.943., de 2017.
- Oficio Circular SEC N° 19.615. [Superintendencia de Electricidad y Combustibles]. Informa alcance sobre obligaciones de mantención relacionadas a vegetación y poda de árboles en las proximidades a instalaciones eléctricas. Ministerio De Energía, 13 de septiembre de 2019.
- Pliego Técnico Normativo: RPTD N° 07 de 2020. Superintendencia de Electricidad y Combustibles. División de Ingeniería de Electricidad. Materia: Franja y distancias de seguridad.
- Resolución Exenta N° 33.277 de 2020 [Ministerio de Energía]. Dicta, Pliegos Técnicos Normativos RPTD N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 contenidos en el artículo 10 del Reglamento de Seguridad de las Instalaciones Eléctricas destinadas a la Producción, Transporte, Prestación de Servicios Complementarios, Sistemas de Almacenamiento y Distribución de Energía Eléctrica. 17 de septiembre de 2020. D.O. No. 42.759. Pliego Técnico Normativo N° 7, de 2020.

²¹ Pliego Técnico Normativo RPTD N° 7, de 2020.

²² Oficio Circular N° 26.035, de 2017.

²³ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007.

Desafíos regulatorios en materia forestal para el desarrollo de Proyectos de Medios de Generación Distribuida

Regulatory Challenges in Forest Law Regime for the Development of Small Distributed Generation Facilities

Miguel Pelayo Serna¹
Luis Machuca Bravo²

RESUMEN: El presente trabajo explica los principales desafíos regulatorios para el desarrollo de proyectos de “Pequeños Medios de Generación Distribuida” en el marco de la legislación forestal y la obtención de autorizaciones administrativas para realizar actividades de intervención (corta) de bosque, destrucción o descepa de formaciones xerofíticas, o especies arbóreas para el emplazamiento de este tipo de proyectos de generación eléctrica. El punto central es relevar la tensión entre una normativa de fomento en materia eléctrica y una proteccionista en materia forestal, lo que se expresa en dificultades jurídicas (legitimación administrativa, obras de conexión) y limitaciones (emplazamiento y procedimentales) desde o vinculadas a la regulación forestal para el desarrollo de estos proyectos.

Palabras clave: Pequeños Medios de Generación, PMGD, Generación eléctrica, Plan de Manejo, Permisos Ambientales Sectoriales.

ABSTRACT: The present work explains the main regulatory challenges for the development of ‘Small Distributed Generation Facilities’ projects within the framework of forestry legislation and the acquisition of administrative authorizations to carry out forest intervention activities (logging), destruction or unstemmed of xerophytic formations for the establishment of electricity generation projects. The main point is to highlight the tension between a promotional regulation in the field of electricity and a protectionist one in forestry matters, which is manifested in legal difficulties (administrative representation, connection works) and limitations (project location and procedural) for the advancement of these projects, arising or linked to forestry regulations.

Keywords: Small Generation Facilities, PMGD, Electric Generation, Management Plan, Sectorial Environmental Permits.

I. Introducción - Explicación del problema

La legislación Chilena en materia de protección forestal establece una serie de autorizaciones que deben obtenerse en forma previa a la intervención –usualmente corta– de bosques nativos, plantaciones forestales, formaciones xerofíticas, especies en categorías de conservación, e incluso de árboles aislados en zonas de protección³.

Estos permisos, generalmente se exigen en el contexto de procesos de Evaluación o Declaración de Impacto Ambiental (Evaluación de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental) relativas al desarrollo de proyectos de infraestructura, tales como líneas de transmisión o similares, y se insertan dentro de la categoría de los “Permisos Ambientales Sectoriales”⁴. Ahora bien, el hecho de que un proyecto no requiera ingresar al Sistema de

¹ Abogado Universidad de Chile (*summa cum laude*), Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford, Reino Unido. Correo electrónico: miguelpelayo@ug.uchile.cl Dirección postal: 1 norte 931, of 417, edificio portal Maule, Talca

² Abogado, Magíster en Regulación Económica de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: luis.machuca@lmbconsultores.cl Dirección postal: 1 norte 931, of 417, edificio portal Maule, Talca.

³ En el presente trabajo, por razones de brevedad, nos referiremos de forma genérica a todas estas categorías

como formaciones o especies “arbóreas”, salvo en aquellos casos en que se especifique y sin perjuicio de los conceptos legales de cada una de las categorías mencionadas (véase nota al pie N° 24).

⁴ Estos son, corta de bosques nativos (PAS 148), plantaciones forestales (PAS 149), formaciones xerofíticas (PAS 151), especies en categorías de conservación (PAS 150, 127, 128 y 129), de árboles aislados en zonas de protección (PAS 153). Lo anterior, según se regula en el Decreto Supremo N° 40, de 2012, que establece el Reglamento del SEIA.

Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en razón de que sus características no generan impactos normativamente significativos que justifiquen dicha tramitación, *no exime* de la obligación de obtener otras autorizaciones administrativas, por cuanto ellas emanan de la normativa específica, en este caso forestal, y no de normas ambientales necesariamente vinculadas a los procesos antes indicados.

Por lo anterior, proyectos de desarrollo de infraestructura que impliquen intervenciones en formaciones arbóreas como las descritas, sea que ingresen al SEIA o sea que se encuentren exentas de dicho trámite, deben cumplir con la obtención de las autorizaciones administrativas correspondientes para desarrollar la intervención.

En el presente trabajo, nos centramos en los desafíos jurídicos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de generación eléctrica que, aunque en general exentos de ingresar al SEIA⁵, quedan igualmente obligadas a cumplir con las exigencias de la legislación forestal cuando, con ocasión de su desarrollo, se requiere realizar intervenciones de corta, destrucción o despejado de bosques nativos, plantaciones forestales, formaciones xerofíticas, especies en categorías de conservación, o árboles aislados, según sea el caso. Este es típicamente el caso de Proyectos de Medios de Generación Distribuida ("PMGD")⁶ que por razones técnicas en muchos casos no requieren ingresar a tramitación ambiental, o, en caso de ser aplicable, deben por lo general someterse a una tramitación ambiental menos gravosa⁷. Las exigencias forestales y sus desa-

fos contrastan con una tramitación ambiental simplificada, y los esquemas regulatorios de incentivo al desarrollo de estos proyectos contenidos en la regulación sectorial. Aunque nos centraremos principalmente en los PMGD por ser ellos de mayor relevancia en el sector⁸, las observaciones aquí realizadas son también aplicables, en gran medida, al desarrollo de otros proyectos de generación de pequeña escala y autoabastecimiento.

A modo de marco de referencia, las dificultades prácticas vienen dadas por la naturaleza *sui generis* de los PMGD y, en general, la categoría jurídica que tienen las centrales de generación de energía conforme a la legislación eléctrica. En particular, la regla general de que la actividad de generación eléctrica no se desarrolla en virtud de concesión administrativa y, por ende, el no reconocimiento de los desarrolladores de proyectos como concesionarios⁹; el desarrollo de proyectos PMGD en modelos de negocio donde la titularidad del dominio de los predios sigue siendo de un tercero ajeno al proyecto; y la conexión a instalaciones de distribución, sin por ello detentar una calidad especial frente a la regulación o considerarse las adecuaciones para la conexión a las redes de distribución como obras sujetas a una categoría especial, dificultan la tramitación de autorizaciones forestales. Lo anterior, por cuanto, en términos generales, la legislación forestal de autorizaciones adminis-

⁵ Ello, por aplicación de los literales b), b.1 y c) del artículo 3° del Decreto Supremo N° 40 de 2012, Reglamento del SEIA, que se refieren, respectivamente, a la necesidad de ingresar al SEIA a proyectos que involucren la construcción de líneas de transmisión de alto voltaje y centrales de generación de energía mayores a 3 MW.

⁶ Esto es, conforme al Reglamento del SEIA, con una potencia instalada menor a 3 MW y conectadas al sistema eléctrico a través de líneas de media tensión o inferiores (mayores a 23Kv). Estas centrales de generación de energía se regulan en detalle en el Decreto Supremo N° 88 de 2020, normativa que reconoce dos categorías de Pequeños Medios de Generación, según si estas se encuentran conectadas a instalaciones de distribución o transmisión eléctrica. En particular, los PMGD se distinguen por tratarse de proyectos conectados a instalaciones de una Empresa Distribuidora, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público, según dispone la letra a) del artículo 2° del Decreto.

⁷ Como sería sujetarse a un proceso de Declaración de Impacto Ambiental, en consideración de superar los umbrales establecidos en los literales b), b.1 y c) del artículo 3° del Decreto Supremo N° 40 de 2012, Reglamento del

SEIA, es decir, se trate de proyectos de potencia superior a 3MW.

⁸ De acuerdo a datos a junio 2023 del Coordinador Eléctrico Nacional, existen en Chile un total de proyectos con potencia instalada de 2.313 MW, con una concentración relevante en las regiones de O'Higgins, Metropolitana, Valparaíso, y Maule, en las que se concentra una capacidad instalada de 1.435 MW. En cuanto a la tecnología, el 78% (1.796 MW) corresponde a proyectos de generación en base a tecnología solar fotovoltaica, seguido por 13% término, 7% hidroeléctrico y 2% eólico. Lo anterior da cuenta de una importante presencia de energías renovables no convencionales, representando el 87% de la generación PMGD. Véase, Coordinador Eléctrico Nacional, "Reporte PMGD, Junio 2023". Disponible en: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/07/Reporte-PMGD-Junio-2023.pdf>

⁹ Salvo el caso de generación sujeta a concesión conforme al literal a), 1, del artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018 de 2007, Ley General de Servicios Eléctricos, y la geotermia, de acuerdo a la Ley N° 19.657, de 2000. Cabe precisar además que, como explica Vergara, a propósito de la naturaleza jurídica de la concesión en materia eléctrica, que ella es obligatoria en el caso del servicio de distribución, más no para las actividades de generación y transmisión. Estas, pueden llevarse a cabo sin dicha autorización, pero se requiere para efectos de los derechos a ocupar predios (servidumbres) públicos y privados para los fines de la actividad. VERGARA 2004, 87. Véase, además, EVANS 2017, 33 y ss.

trativas se encuentra establecida en referencia a un marco de obras de infraestructura que no es adecuado a la realidad regulatoria de los PMGD.

El trabajo se estructura de la siguiente forma¹⁰. Primero, ofrece una breve explicación y descripción de las principales autorizaciones administrativas exigibles para el desarrollo de proyectos en el marco de la normativa forestal, con un foco en los PMGD. Segundo, se analizan los principales desafíos jurídicos detectados, en particular aspectos relativos a la legitimación activa, obras de conexión, y aspectos críticos asociados al emplazamiento y los procedimientos administrativos ante CONAF. Finalmente, se ofrecen conclusiones y sugerencias de solución normativa.

II. Dificultades para el desarrollo de PMGD a la luz de las exigencias de la normativa forestal

En esta sección revisamos algunas de los desafíos jurídicos¹¹ que, desde la práctica, hemos detectado como principales para el desarrollo de proyectos PMGD. Nos centramos en primer lugar en una breve referencia al régimen jurídico de los PMGD, y, posteriormente, explicar en forma breve cuáles son las principales autorizaciones que requieren obtenerse para el desarrollo de estos proyectos, explicando las características del régimen de autorización y la estructura procedimental aplicable en materia forestal.

1. Sobre el régimen jurídico aplicable a los PMGD

Los PMGD son una figura jurídica creada en razón del inciso quinto del artículo 149° del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, Ley General de Servicios Eléctricos, norma que dispone que a nivel reglamentario se deberán establecer los procedimientos de determinación de precios (para la venta de energía y potencia en

el sistema), cuando los medios de generación se conecten directamente a instalaciones del sistema nacional, zonal o de distribución, así como los mecanismos de estabilización de precios para la valorización de inyecciones de energía del sistema de centrales de generación no superiores a 9.000 kilowatts.

La normativa reglamentaria se establece en el Decreto Supremo N° 88 de 2019, del Ministerio de Energía, Reglamento para Medios de Generación de Pequeña Escala ("Reglamento PMGD"). Esta norma reconoce dos categorías de centrales de generación, según se conecten a líneas de distribución, en cuyo caso se denominan "pequeños medios de generación distribuida" o "PMGD"; se conectan a instalaciones de transmisión –nacional, zonal, dedicada, polos de desarrollo o interconexión internacional– que se designan como "pequeños medios de generación" o "PMG"; en ambos casos, cuando se trate de centrales con una potencia instalada igual o inferior a 9MW¹².

Como explicamos en *supra*, el régimen jurídico de las actividades de generación eléctrica por regla general no se somete a concesión, salvo respecto a generación hidroeléctrica y geotermia¹³, ni se considera un servicio público¹⁴. Por su parte, en el referido reglamento, se establece un régimen de procedimiento de conexión y de precios¹⁵ de carácter especial, cuyo objetivo es fomentar el desarrollo de proyectos al amparo de esta normativa. En cuanto a los PMGD¹⁶, se establece un tratamiento preferencial para la conexión a líneas de distribución, incluyendo, entre otras cosas, la obligación normativa de las empresas distribuidoras a permitir la conexión. En términos muy sucintos, el proceso implica una solicitud de conexión, seguida de estudios sobre el impacto sobre la red del proyecto (Solicitud de Conexión a la Red o "SCR"), y seguido

¹⁰ Hacemos presente que la exposición de problemas es meramente enunciativa, y busca relevar ciertos aspectos jurídicos críticos que, en una mirada más sistemática, dan cuenta de la necesidad de reflexionar sobre el régimen de permisos y sus efectos a nivel de cumplimiento. El objetivo central es informar el debate y advertir a futuros desarrolladores o asesores sobre aspectos que permitan facilitar el despliegue de proyectos PMGD y, en último término, servir de referencia para el estudio de futuros ajustes regulatorios.

¹¹ Hablamos de desafíos jurídicos, por cuanto ellos no siempre se traducen en una dificultad insalvable desde el punto de vista del derecho, no obstante si dificultan seriamente el desarrollo de procesos de autorización administrativa con las consecuencias que se detallan en el texto.

¹² Para ser precisos, la norma se refiere a que los excedentes de potencia suministrables al sistema sean menores o iguales a 9.000 kilowatts, en coherencia con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 149° de la Ley General de Servicios Eléctricos.

¹³ Véase nota al pie N° 8.

¹⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Artículo 8°.

¹⁵ El capítulo 3 del Reglamento establece un régimen opcional de precios para efectos de la venta de energía –mecanismo de estabilización–, y reglas sobre la participación de este tipo de centrales en los balances de transferencias de energía y potencia del sistema.

¹⁶ En el presente trabajo nos referimos a los PMGD de forma directa o al "desarrollador", no obstante, la normativa reglamentaria suele referirse al "propietario u operador", la que, como se explica, no es relevante a efectos de los temas que se abordan.

posteriormente por un informe de criterios para la conexión que contiene las exigencias técnicas para la conexión a la red (Informe de Criterios de Conexión o "ICC). Finalmente, si se cumplen todas las etapas y realizan las obras de adecuación del caso, el PMGD se conecta y puede inyectar su energía al sistema vía redes de distribución.

Tanto el SCR como el ICC son hitos fundamentales para el proceso de conexión, y, en ambos casos, se exigen para el desarrollador del PMGD que presente una serie de antecedentes, entre los que se incorpora una programación de interconexión y obras, y antecedentes sobre tramitación ambiental y de permisos ambientales.

En el caso del SCR, se exige además declarar que el PMGD se emplaza en un lugar con características adecuadas¹⁷. Por su parte, el ICC, tiene una vigencia limitada que, entre otras cosas, se relaciona a la existencia de una declaración administrativa por parte de la Comisión Nacional de Energía que acredita la construcción de instalaciones conforme a la normativa (denominada usualmente "declaración en construcción"), para lo cual el PMGD debe contar, entre otros, con las autorizaciones administrativas o informes favorables que sean necesarios para la construcción, otorgados por la autoridad competente¹⁸.

La relevancia de la obtención oportuna de autorizaciones sectoriales es central en el proceso de desarrollo de un PMGD, ya que, la ausencia de estas o su obtención fuera de plazo, tiene serias implicancias para el proyecto. En tal sentido, cabe destacar que para solicitar el SCR se debe indicar el cronograma de ejecución incluyendo el inicio de tramitación de permisos sectoriales¹⁹, debiendo además estar en estado de solicitud durante la vigencia del ICC, so pena de perder la vigencia dicho instrumento²⁰. Además, debe considerarse lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 72 del Reglamento PMGD, norma que señala que la Comisión Nacional de Energía podrá "revocar la declaración en construcción de una instalación cuando alguna de las autorizaciones, permisos, títulos, y demás antecedentes señalados en el Artículo 69° del presente reglamento, sean revocados, caducados o dejen de tener vigencia, según corresponda".. Esto

¹⁷ Decreto N° 88, de 2020. Artículo 43 inciso tercero letra h).

¹⁸ Decreto N° 88, de 2020. Artículo 69 inciso primero letra g).

¹⁹ Decreto N° 88, de 2020. Artículo 44 letra a).

²⁰ Decreto N° 88, de 2020. Artículos 65 letra a) en relación al inciso tercero del artículo 64.

tiene por consecuencia además la pérdida de vigencia del ICC (artículo 66 del Reglamento PMGD), cuestión que, a su vez, impide proceder con los procedimientos para la interconexión del PMGD a la red²¹.

No obstante lo anterior –un régimen preferente y habilitante–, y como explicamos en detalle en *infra*, el régimen de autorizaciones forestales –como régimen de control y preservación– no se encontraría alineado con el régimen jurídico para el desarrollo de PMGD en tanto impone desafíos jurídicos que dificultan el desarrollo de estos proyectos. Estos desafíos van desde aspectos jurídico-formales en la presentación de solicitudes ante la autoridad, hasta aspectos materiales que, de no ser considerados debidamente, pueden significar riesgos regulatorios para el correcto desarrollo del proyecto.

2. Sobre el régimen jurídico en materia forestal aplicable a los PMGD

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que en nuestra²² legislación existen dos cuerpos²³ normativos principales que regulan las intervenciones forestales.

Por una parte, el Decreto Ley N° 701, sobre Fomento Forestal, que establece las bases jurídicas de explotación de plantaciones forestales en terrenos de aptitud preferentemente forestal ("DL 701")²⁴; y por otra, la Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal ("Ley N° 20.283), que se refiere a las normas de protección de

²¹ Decreto N° 88, de 2020. Artículo 73.

²² A nivel internacional destacamos instrumentos ratificados por Chile, en particular, la Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas naturales de América, de 1940, y la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, de 1973.

²³ Además, debe tenerse en cuenta el Decreto Supremo N° 4363 de 1931, Ley de Bosques, que establece algunas reglas específicas asociadas a los ámbitos normativos de los cuerpos antes señalados, aunque de aplicación más bien residual en consideración de su data. De acuerdo a Gallardo, esta ley se mantiene vigente solamente en materia de calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal y plantación, sujetando las autorizaciones a las normas del Decreto Ley N° 701, de 1974 y la Ley N° 20.283, de 2008. Véase, GALLARDO, 2012, 41.

²⁴ Es decir, conforme al referido cuerpo normativo, terrenos que por condiciones de clima y suelo no deben ararse permanentemente, cubiertos o no de vegetación, con exclusión de aquellos que pueden ser usados para otros fines (agricultura, fruticultura, ganadería intensiva) sin sufrir degradación (art. 2°, Decreto Ley N° 701, de 1974). Esta norma contiene además ciertas normas relativas al bosque nativo, las que deben leerse en forma coherente y armónica a las exigencias de la Ley N° 20.283, de 2008).

las formaciones xerofíticas, y los bosques existentes y, en los casos establecidos en la ley, las normas que se deben observar para efectos de la intervención de formaciones arbóreas, sean estas árboles o, más típicamente, bosques²⁵.

En estos cuerpos normativos, se establece como una regla de general aplicación la necesidad de contar con autorizaciones administrativas previas a la intervención de formaciones arbóreas, usualmente la tala de árboles, aunque también se incluye otras formas de eliminación o alteración sustantiva²⁶. Esta legislación tiene como bien jurídico principal la protección del bosque, tanto los suelos como las especies²⁷, distinguiéndose, según precisamos, distintos niveles de protección según el tipo de especie a intervenir, el emplazamiento de las mismas, y las condiciones del terreno, en particular la existencia de cursos de agua, humedales u otras zonas de especial protección normativa.

La autorización administrativa por excelencia es el "Plan de Manejo", cuya exigencia se aplica conforme al DL 701²⁸, respecto de la corta en terrenos de aptitud preferentemente forestal y bosque nativo con independencia del terreno; y de la Ley N° 20.283, respecto de intervenciones de bosque nativo y formaciones

xerofíticas, tanto para fines de explotación, conservación u otras acciones que requieran intervenir este tipo de formaciones arbóreas.

A nivel conceptual, el Plan de Manejo se refiere al instrumento que, autorizado por la Corporación Nacional Forestal ("CONAF") regula el uso y aprovechamiento de los recursos asociados a formaciones arbóreas, distinguiéndose al efecto entre aquellos de preservación, cuando el objeto principal es preservar la diversidad biológica) y forestal, esto es, aquellos orientados a aprovechar los recursos²⁹.

Cabe precisar que "Planes de Manejo" es una descripción general de una serie de autorizaciones³⁰ que se orientan, con ciertas diferencias, al mismo objetivo, cual es establecer un control administrativo previo respecto de las condiciones para intervenir –típicamente cortar– especies arbóreas para fines comerciales o, en su caso, el desarrollo de otras acciones sobre los terrenos previamente forestados³¹. En tal sentido, y sin ser ésta enumeración taxativa, es preciso distinguir entre (i) Autorizaciones simples de corta, (ii) Planes de Manejo propiamente tal, (iii) Planes de trabajo y (iv) Planes de Manejo de obras civiles, los que son exigibles según el tipo de área a

²⁵ En tal sentido, en el contexto de la Ley N° 20.283 de 2008, la ley establece en su artículo 2°, numerales 1 a 6, definiciones de árbol, bosque, bosque nativo, bosque nativo de preservación, bosque nativo de conservación y protección, y bosque nativo de uso múltiple. En términos generales, la referencia a árbol se refiere a toda planta de fuste generalmente leñoso que, en estado adulto y condiciones normales de hábitat, alcanza 5 o más metros de altura o menor si las condiciones ambientales limitan su crecimiento. Por su parte, bosque se refiere a sitios poblados principalmente por árboles y con una extensión de al menos 5.000 m², con coberturas dependiendo de las condiciones ambientales. Se distingue además el bosque nativo y sus distintas categorías, siendo este, a *grosso modo*, un bosque autóctono, sea de origen natural o plantado, y cualquiera sea su superficie; variando su nivel de protección según el grado de riesgo de las especies y condiciones de ubicación. En el marco del Decreto Ley N° 701 de 1974, se reiteran definiciones de similar alcance respecto del concepto de bosque, destacando además la referencia a terrenos calificados de aptitud preferentemente forestal, que es el foco central de esta normativa.

²⁶ Al efecto, la Ley N° 20.283 de 2008 define la "corta de bosque" como la acción de talar, eliminar o descepar uno o más individuos de especies arbóreas que formen parte de un bosque (art. 2, numeral 7).

²⁷ Al respecto, Gallardo, señala que los bienes jurídicos protegidos del Derecho Forestal en Chile son los terrenos de aptitud preferentemente forestal, los suelos forestales degradados no contenidos en la categoría anterior, las especies forestales nativas y bosques nativos, formaciones xerofíticas, y plantaciones forestales. Véase, Op. Cit., GALLARDO, 29.

²⁸ Véase también artículo 5° del Decreto Supremo N° 4363, de 1931 (nota al pie N° 22).

²⁹ Véase artículo 2 Decreto Ley N° 701, de 1974 y artículo 2, numeral 18, de la Ley N° 20.283, de 2008.

³⁰ Conforme al Decreto Ley N° 701, de 1974 (artículo 2°), se refiere al "[i]nstrumento que reuniendo los requisitos que se establecen en la ley, regula el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, con el fin de obtener el máximo beneficio de ellos, asegurando al mismo tiempo la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de dichos recursos y su ecosistema".. Por su parte, la Ley N° 20.283, de 2008 (artículo 2° numeral 18), lo define como el "[i]nstrumento que reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos", distinguiendo a su vez entre planes de preservación, cuando el objetivo es resguardar la diversidad biológica, y planes forestales, cuando el fin es el aprovechamiento del bosque nativo para fines madereros o no madereros.

³¹ Al respecto, la Contraloría General de la República en relación a la labor de CONAF en la aprobación de Planes de Manejo, ha señalado que "la aprobación de un plan de manejo comprende, en síntesis, una revisión de la fundamentación técnica de los métodos de corta, de las áreas y especies afectadas e intervenidas por la obra de que se trata y las medidas de mitigación a realizar, todo lo cual no involucra la fiscalización o evaluación del diseño y condiciones técnicas de la obra correspondiente, aspectos que, dependiendo de su naturaleza, competen al organismo sectorial pertinente, como podría ser, a modo ejemplar, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la Dirección de Vialidad, la Dirección General de Aguas y otros organismos competentes". Dictamen N° 119541 (2021).

intervenir, las especies afectadas, y los fines de la intervención.

Con todo, la regla general aplicable será que siempre se requiere la aprobación previa de un "Plan de Manejo" para la corta de bosque nativo (conforme al DL 701 y la Ley N° 20.283), y en el caso de plantaciones forestales en terrenos de aptitud preferentemente forestal. Por el contrario, no se requiere esta autorización, cuando las especies a intervenir no constituyan bosque conforme a la legislación, o las especies exóticas que conforman la plantación no se encuentren inmersas en terrenos de aptitud preferentemente forestal, como por ejemplo suelos de uso agrícola.

La intensidad regulatoria y, por consiguiente, la dificultad de la obtención de estas autorizaciones, está directamente vinculada al nivel de protección de las especies involucradas. Luego, en el caso del bosque nativo, la legislación ha establecido reglas especiales respecto a intervenciones sobre bosques nativos de conservación y protección, llegando al caso de la prohibición de corta, eliminación, destrucción o descepado de bosque nativo y formaciones xerofíticas clasificadas de conformidad al artículo 37° de la Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente³².

De forma excepcional, puede intervenir o alterarse estas formaciones, previa autorización de la CONAF, lo que se hace mediante la dictación de una resolución debidamente fundada, siempre que se trate de intervenciones que cumplan una serie de requisitos copulativos que deben ser ponderados por la autoridad administrativa³³. Lo anterior, en el marco de un procedimiento administrativo complejo y con elementos que otorgan un importante ámbito a la discrecionalidad administrativa, según detallamos más adelante.

Estas exigencias y limitaciones, según sea el caso, son aplicables a todo tipo de proyectos que impliquen la intervención de formaciones arbóreas, y, por ende, no son exclusivamente

exigibles al desarrollo de actividades de explotación forestal o que impliquen aprovechamiento del recurso madera, sino que a todo tipo de actividades que impliquen intervención antrópica de formaciones arbóreas. Luego, proyectos de generación eléctrica como los PMGD, cuya construcción implique la ejecución de actividades de corta o descepado de formaciones arbóreas, sea para la ubicación de la central de generación o las instalaciones necesarias para la conexión a las redes de distribución, deberán obtener previo a la realización de obras el Plan de Manejo o de Trabajo correspondiente, denominado de "Obras Civiles", es decir de obras de carácter permanente.

El desarrollo de intervenciones sin la previa obtención de un Plan de Manejo, implica una acción de corta no autorizada que, dependiendo del tipo de especie y el emplazamiento, tiene sanciones de multa que oscilan entre los 5 y las 50 UTM por ejemplar, más aumentos de hasta el 200% en caso de retiro total o parcial de productos de corta. Además, se establecen delitos³⁴ específicos para casos en los que se entrega información falsa.

Como revisamos a continuación, la normativa que regula estas autorizaciones supone una serie de desafíos jurídicos que dificultan la implementación, desarrollo de PMGD, y, como explicamos, se trata de un problema regulatorio que tiene el potencial de poner en riesgo la continuidad de los procesos de construcción asociados a su desarrollo de no obtenerse oportunamente las autorizaciones sectoriales correspondientes. Estas dificultades son expresión de las tensiones entre una normativa de fomento³⁵, esto es, que facilita y, hasta cier-

³² Se refiere a especies clasificadas en las categorías de "en peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro", que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat.

³³ Estos son: no amenacen la continuidad de la especie, sean imprescindibles, y tengan por objeto realizar investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinadas a la ejecución de obras o al desarrollo de actividades de construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley. Véase artículo 19 inciso 2° de la Ley N° 20.283, de 2008.

³⁴ Los delitos establecidos en la Ley N° 20.283 de 2008 son, en síntesis, la presentación o elaboración de un Plan de Manejo basado en certificados falsos o que acrediten un hecho inexistente (art. 49); presentar un Plan de Manejo basado en antecedentes falsos, para acogerse a las bonificaciones establecidas en la ley.

³⁵ En este sentido, Evans, a propósito de su explicación sobre el régimen concesional eléctrico, explica que el fomento corresponde "a aquella actividad de la Administración del Estado que consiste en la entrega de incentivos por parte de ésta a los particulares para fomentar el desarrollo de una determinada actividad o prestación que se considera de interés para la comunidad y que es realizada por ellos. En ese contexto, los medios de fomento jurídico son todos los actos de la Administración que benefician o amplían el estatuto jurídico de los particulares y en ellos se incluyen los actos administrativos de contenido favorable, como es el caso de la concesión". Op. Cit., EVANS, 33. En el marco de PMGD, aunque no existe concesión, sí existe un marco de autorizaciones de la Administración y un régimen jurídico especial para facilitar la instalación de este tipo de centrales de generación, pudiendo aplicarse por extensión la referencia anterior a este régimen especial.

to punto, promueve la realización de actividades –como el caso de PMGD–, y aquellas que protegen ciertos derechos o bienes jurídicos específicos, en este caso particular, el patrimonio forestal y las especies que le constituyen.

III. Sobre los desafíos regulatorios en materia forestal para el desarrollo de PMGD

1. Legitimación para actuar frente a la Administración

La legitimación administrativa³⁶ para poder participar en un procedimiento administrativo, se refiere a la habilitación para poder participar en un procedimiento administrativo es una categoría jurídica importante por cuanto se vincula a la posibilidad de impugnar el acto administrativo y ejercer derechos frente a la administración en el marco del proceso administrativo. En el derecho administrativo chileno, la legitimación se encuentra relacionada a la categoría de “interesado” en el procedimiento administrativo, la que se establece en el artículo 21 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA), que reconoce tres categorías de interesados habilitados para actuar, a saber, (i) los titulares de derechos o intereses individuales o colectivos, (ii) los que tengan derechos que puedan ser afectados por la decisión o, en la misma situación, (iii) los que tengan intereses individuales o colectivos posiblemente afectados (en tanto no haya acto resolución definitiva)³⁷.

La legitimación administrativa en el marco de la tramitación de un Plan de Manejo ante CONAF se encuentra especialmente definida y, por ende, *limitada* por la legislación forestal. Lo anterior es consistente³⁸ con la

³⁶ Sobre el particular, por razones de extensión, no podemos abordar en detalle el debate sobre la legitimación activa en materia administrativa. Sin embargo, cabe señalar que, como explica Bordalí, a propósito de la legitimación en materia de contencioso administrativo ambiental, para tener legitimación activa “... se deberá afirmar que se es titular de un derecho subjetivo que necesita tutela jurisdiccional. O bien, que se es titular de un interés legítimo. Esta última categoría es de especial relevancia en el Derecho Administrativo. Son ellas, derecho subjetivo e interés legítimo, las clásicas posiciones jurídicas subjetivas legitimantes en la Justicia Administrativa”. BORDALÍ 2018, 71.

³⁷ Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal se refiere a la legitimación para solicitar una invalidación que exige ser parte del procedimiento administrativo.

³⁸ Lo que no es incoherente con la normativa, por cuanto el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 19.880 de 2003 reconoce que tiene carácter supletorio respecto de procedimientos administrativos especiales, como es el caso de los procedimientos en el marco del Decreto Ley N° 701, de 1974 y la Ley N° 20.283, de 2008.

aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, y encontraría su fundamento en que la legislación exige, una relación directa del solicitante de autorización –Plan de Manejo– con el bien jurídico protegido (el bosque, plantación forestal, formación xerofítica o árbol) o, con el terreno de emplazamiento o, en ciertos casos, con la realización de obras asociadas a un régimen jurídico particular (servidumbre o concesión). La consecuencia práctica de esta limitación para actuar, es que, como detallamos, fuera de estos casos los particulares no tienen la aptitud para actuar válidamente y en forma directa ante la administración y obtener un Plan de Manejo.

En el marco del DL 701, si bien no se establece una regla específica respecto de quién se entiende como “interesado” para efectos de presentar solicitudes a CONAF, de la lectura de las normas que precisan el alcance del Plan de Manejo, este debe ser presentado por los propietarios de los terrenos que soportarán la intervención a las especies arbóreas objeto del plan respectivo. Ello implica que terceros que detenten un título diverso, sea este un derecho real (como usufructo, uso y goce) o de mera tenencia (arrendamiento), no tendrían legitimación para presentar ante la CONAF una solicitud de Plan de Manejo.

Por su parte, la Ley N° 20.283, establece expresamente el concepto de “interesado”. Este concepto, aunque amplía la norma del DL 701, restringe la legitimación administrativa al propietario o poseedor en proceso de saneamiento del título del predio, o titular de alguno de los derechos indicados en los incisos cuarto y quinto del artículo 7°, esto es, titulares de concesiones o servidumbres mineras, de gas, servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley y, en el caso de bosques fiscales, al concesionario o arrendatario del inmueble fiscal.

En el caso de los PMGD, estas categorías no son, por regla general, aplicables.

Primero, porque respecto de los inmuebles en los que se emplaza el desarrollo de estos proyectos, la práctica es tener un título de mera tenencia como arrendatario por un período lo suficientemente largo como para cubrir la etapa operativa de este tipo de instalaciones (lo que varía según la tecnología). Luego, al no ser necesariamente titulares de dominio, no tienen legitimación *directa* para actuar frente a CONAF en la presentación de un Plan de Manejo para la construcción de un PMGD al amparo del DL 701.

Segundo, porque aun en el caso de la Ley N° 20.283, la ampliación de la legitimación para actuar frente a CONAF no aplica a los PMGD. Ello, por cuanto no son titulares de servidumbres de ninguna naturaleza (como sería el caso de titulares de proyectos de líneas de transmisión que estén asociadas a servidumbres eléctricas), ni concesionarios para la generación de electricidad, ya que, como explicamos, dicha exigencia solamente se restringe a ciertos tipos de centrales (hidroeléctrica, geotermia). En el caso de la calidad de interesado al concesionario o arrendatario, esta se refiere a bosques fiscales, lo que, en general, se refiere a privados que utilizan los bosques con fines forestales³⁹.

Ambas consideraciones significan que, en los hechos, los desarrolladores de PMGD no pueden presentar directamente Planes de Manejo. Luego, deben actuar a través de los titulares de dominio de los predios donde se ubican los proyectos. Esto, aunque fácil de resolver jurídicamente a través de un mandato o la actuación directa del titular de dominio, implica una posición jurídica mermada frente a la regulación, especialmente compleja de resolver en casos donde no existe una buena interacción con los dueños del terreno o se verifican otros hechos que complejizan acciones que afecten el dominio de forma sobreviniente (por ejemplo, la muerte del titular y tener que coordinar acciones con la sucesión o la existencia de múltiples dueños o predios con distintos titulares de dominio).

Ahora bien, nada obsta a que un desarrollador de un proyecto PMGD comparezca ante la administración en el marco de un procedimiento administrativo, arguyendo que tiene intereses (el desarrollo del proyecto) o derechos (aquellos vinculados a las actuaciones al amparo del Reglamento PMGD, como el ICC o la declaración en construcción) que pueden encuadrarse en las hipótesis del artículo 21 LBPA. Sin embargo, ello no resuelve el hecho de que el inicio del procedimiento administrativo se reconozca en la legislación forestal solamente a ciertas personas en una situación jurídica específica en relación al predio donde se encuentran las especies arbóreas o vinculados a regímenes jurídicos específicos para la ejecución de obras. La falta de control directo sobre la tramitación implica un riesgo regulatorio para el desarrollador de PMGD, en par-

³⁹ Es decir, de explotación maderera y, por consiguiente, la intervención no tiene como objetivo despejar el área para la construcción de infraestructuras.

titular considerando que, a efectos del ICC, debe acreditar el inicio de la tramitación de ambiental y de permisos sectoriales, so pena de perder vigencia el ICC⁴⁰, lo que impacta en el posterior procedimiento de interconexión y, en general, el desarrollo del proyecto.

Finalmente, destacamos que una consecuencia asociada a lo anterior es el potencial debate en torno a la legitimación para impugnar el acto administrativo en sede administrativa o judicial. Al respecto, como explica en forma crítica Vergara⁴¹, la Corte Suprema ha distinguido entre una legitimación activa para actuar en el procedimiento administrativo y otra para poder impugnar el acto administrativo terminal del procedimiento, en razón de que los segundos exigen "*intereses personales y directos (...) amparados por el ordenamiento jurídico y que afecten la esfera personal del actor de manera directa y determinando lesionando un derecho, como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política*"⁴². En el caso de la Ley N° 20.283, la normativa relativa a impugnar la resolución que resuelve una solicitud de Plan de Manejo, es expresa en señalar que ello corresponde únicamente al "interesado", de manera similar al régimen de recursos del DL 701 que lo circunscribe al solicitante. Luego, de aplicarse el criterio antes señalado y considerando la normativa, se restringen seriamente las opciones del desarrollador del proyecto PMGD para impugnar *directamente* una resolución que no le sea favorable, como un rechazo o una aprobación por parte de CONAF con restricciones que impidan el correcto despliegue de las obras⁴³; aplicándose las prevenciones antes indicadas respecto del impacto en el desarrollo del proyecto.

2. Obras asociadas a la conexión a la red de distribución

Como explicamos, los PMGD se definen por conectarse a las redes de distribución, lo que ocurre, por lo general, a través de líneas de

⁴⁰ Artículo 65° letra a) en relación al inciso tercero del artículo 64° del Reglamento PMGD.

⁴¹ Véase al respecto VERGARA 2017.

⁴² Ibid., citando sentencia Sky Service S.A. con Fisco (2007).

⁴³ En el marco del Decreto Ley N° 701, de 1974 (artículo 21°, inciso séptimo) establece además la paralización de faenas de corta, respecto de la corta de bosque nativo en terrenos de aptitud preferentemente forestal, la que puede ser decretada directamente por la CONAF, pudiendo requerir al juzgado de policía local competente auxilio de fuerza pública de ser necesario. Ante este evento, solamente el titular de dominio del predio se encuentra legitimado activamente para impugnar la decisión.

tensión inferior a las que se consideran como gatillantes de procesos de evaluación ambiental ante el SEIA, lo que facilita su tramitación desde una perspectiva ambiental. Respecto de estas instalaciones de conexión, el PMGD no detenta ninguna calidad jurídica especial, ni tampoco realiza estas obras en virtud de una concesión para obras de transmisión ni tampoco le asisten el régimen de servidumbre de las instalaciones sujetas a régimen de concesión⁴⁴.

Por consiguiente, los PMGD que requieran realizar intervenciones en formaciones arbóreas en los predios de emplazamiento del proyecto o aledaños, según sea el caso, se enfrentan a las mismas limitaciones antes comentadas.

Luego, de forma directa, los PMGD no cuentan con mecanismos regulatorios que faciliten la obtención de las autorizaciones sectoriales forestales sino es mediante la intervención de terceros titulares del dominio tanto en el marco del DL 701 como de la Ley N° 20.283. Cabe precisar, que, en este último caso, si la distribuidora debe realizar obras de adaptación para la conexión del PMGD⁴⁵, se hace aplicable la categoría de interesado pero solamente respecto de la empresa de distribución involucrada en la conexión del PMGD, ya que dichas obras, de implicar intervenir formaciones arbóreas, podrían ser consideradas de aquellas indicadas en el artículo 7° de la Ley N° 20.283, en tanto se trataría de obras en el marco de una concesión de servicios eléctricos (en este caso, de distribución)⁴⁶.

3. Limitaciones de emplazamiento del proyecto

A las dificultades asociadas a la falta de legitimación para actuar frente a la administración, se agregan las vinculadas al emplazamiento del PMGD. En particular, aquellos casos donde no es posible realizar la corta de especies arbóreas o su autorización es en extremo exigente y excepcional.

⁴⁴ Conforme al Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007 (artículo 48°), todas las actividades sujetas a concesión eléctrica, llevan aparejadas servidumbres que se aprueban en el decreto de concesión y se crean en virtud de la ley. En particular, la ley (artículo 50°) les reconoce una serie de derechos, entre ellos, el de ocupar terrenos necesarios para obras, ocupar y cerrar terrenos para los fines de la concesión.

⁴⁵ En la nomenclatura del Reglamento PMGD, obras adicionales, adecuaciones y ajustes.

⁴⁶ Cabe precisar que en este caso, no obstante ser la distribuidora parte interesada en la conexión de un PMGD, sigue siendo una restricción a la intervención directa del PMGD en el proceso de obtención del Plan de Manejo

En efecto, en el marco de la Ley N° 20.283, la regla general es que toda corta, destrucción o descepado de formaciones xerofíticas o de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en el que se encuentre (lo que marca una diferencia con el DL 701, que se circunscribe a terrenos de aptitud preferentemente forestal), debe hacerse previa aprobación de Plan de Manejo. Sin embargo, existen casos en los que la corta se encuentra prohibida de manera absoluta y casos donde se encuentra limitada.

Respecto de las prohibiciones, encontramos antecedentes en el Decreto Supremo N° 4363 de 1931, Ley de Bosques, régimen que estableció la prohibición de corta de árboles y arbustos nativos cercanos a los manantiales⁴⁷.

En esta misma línea, el régimen jurídico actualizado en materia de protección de bosques, contiene una serie de normas prohibitivas. En este sentido, la Ley N° 20.283 establece la prohibición de corta a 500 metros de glaciares⁴⁸, respecto del cual la regla es absoluta. Lo mismo ocurre en relación a intervenciones de los denominados "Monumentos Naturales", que corresponde a un listado de especies arbóreas que no pueden ser intervenidas, salvo situaciones muy excepcionales⁴⁹.

A nivel reglamentario se especifican otras prohibiciones respecto de las que no cabe excepción⁵⁰. En particular, el Decreto Supremo N° 82 de 2011, del Ministerio de Agricultura (norma vinculada a la Ley N° 20.283), Reglamento de suelos, aguas y humedales, prohíbe la corta de vegetación hidrófila nativa en sitios

⁴⁷ Artículo 5° del Decreto Supremo N° 4363 de 1931, Ley de Bosques. Esta norma, como indicamos previamente, aunque vigente, tiene una aplicación residual en consideración de las reformas posteriores conforme al Decreto Ley N° 701 y Ley N° 20.283 de 2008 y sus reglamentos, operando a su respecto la derogación tácita.

⁴⁸ El artículo 17° de la Ley N° 20.283 de 2008 señala: "Prohíbese la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los glaciares, medidas en proyección horizontal en el plano".

⁴⁹ Las especies son –se indica número y año de Decreto, todos del Ministerio de Agricultura– la Araucaria (Decreto N° 29, de 1976); Alerce (Decreto N° 490, de 1976), el Queule, Ruil, Belloto del Norte y Belloto del Sur, y Pitao (todos del Decreto N° 13, de 1995).

⁵⁰ En tal sentido, los artículos 7 y 8° del Decreto Supremo N° 82 de 2011 disponen reglas especiales respecto del porcentaje de cobertura arbórea remanente posterior a intervenciones en formaciones xerofíticas y bosque nativo esclerófilo y palma chilena, las que varían en intensidad según pendiente del terreno.

Ramsar⁵¹, la corta de bosque nativo en suelos de baja profundidad⁵², y el despejado de árboles, arbustos y suculentas de formaciones xerofíticas en áreas de pendiente y erosionadas⁵³.

La misma normativa establece limitaciones o prohibiciones parciales asociadas a la corta en zonas cercanas a cursos de agua, humedales y zonas protegidas en el marco del referido reglamento de suelos, aguas y humedales. En tal sentido, se establece⁵⁴ la prohibición de corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos, siempre que se cumplan con exigencias de ubicación: (i) que se realicen en la zona de protección de exclusión de intervención, estos, 5 metros alejados a ambos lados de cursos naturales de agua, cuya sección de cauce, delimitada por la marca evidente de la crecida regular, es superior a 0,2 metros cuadrados e inferior a 0,5 metros cuadrados; y (ii) que se emplacen las especies a intervenir en bosque nativo o plantaciones en terrenos de aptitud preferentemente forestal. La norma prohíbe además la corta, destrucción o despejado de árboles, arbustos y suculentas, en formaciones xerofíticas⁵⁵, y la construcción de estructuras vías de saca⁵⁶, ingreso de maquinarias y depósitos de cosechas.

Este segundo ámbito de prohibiciones es *relativo*, por cuanto permite la corta de bosque nativo si se deja una cobertura arbórea de al menos un 50% y se realizan ciertas acciones

aprovechamiento con métodos de regeneración y protección⁵⁷.

Respecto de este segundo ámbito de limitación a la intervención de especies arbóreas, se añade la complejidad de una definición normativa amplia del concepto curso de agua o, como se define en el referido reglamento, "cauce". En este sentido, la norma define "cauce" como el "[c]urso de agua conformado por un lecho de sedimentos, arena o rocas, delimitado por riberas definidas, por el cual escurre agua en forma temporal o permanente"⁵⁸. Complementa la regla que el artículo 5° del mismo reglamento dispone que las prohibiciones y limitaciones de intervención forestal en áreas alejadas o contiguas a cursos de agua, se hacen aplicables a "manantiales, cuerpos de agua, y cursos naturales de agua permanentes y no permanentes" en el territorio nacional, con la excepción de las Regiones de la Araucanía, Magallanes y de la Antártica Chilena (en cuyo caso se aplica solamente respecto de cauces permanentes de agua).

En los hechos, esto implica que la existencia de accidentes geográficos en terrenos de emplazamiento de PMGD (como una quebrada o similar) por los cuales puedan escurrir aguas en forma ocasional (no permanente) por evento pluviales o nivales de carácter estacional, pueden ser considerados *normativamente* como cauces y, por ende, restringir las áreas de intervención forestal en los terrenos a ubicar el PMGD.

La tercera prohibición la establece el artículo 19° de la Ley N° 20.283, el que señala que se prohíbe "la corta, eliminación, destrucción o despejado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la ley N° 19.300 y su reglamento, en las categorías de «en peligro de extinción», «vulnerables», «raras», «insuficientemente conocidas» o «fuera de peligro», que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat"⁵⁹. En síntesis, se debe tratar de especies nativas, clasificadas en las categorías de protección

⁵¹ Decreto Supremo N° 82 de 2011. Artículo 10°. La referencia a sitios Ramsar es respecto de sitios declarados Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en el marco de la Convención sobre los Humedales, acordada en Ramsar, Irán, en 1971. Además, la norma (artículo 12) exige una faja de 10 metros de ancho la que se puede intervenir dejando una cobertura arbórea de al menos 50%.

⁵² Conforme al Decreto Supremo N° 82 de 2011. Artículo 9°, la profundidad es de 20 centímetros, salvo entre la Región Metropolitana y la Antártica Chilena, donde la restricción es para suelos de profundidad menor a 10 centímetros o cuando los bosques de Lengua o Coigüe en estado adulto no superen 8 metros de altura.

⁵³ Conforme al artículo 6° del Decreto Supremo N° 82 de 2011, pendiente entre 10 y 30% que presenten erosión moderada, severa y muy severa; como en aquellas con pendientes superiores al 30%.

⁵⁴ Artículo 3°, en relación a la letra p) del artículo 2° del Decreto Supremo N° 82, de 2011.

⁵⁵ Según se definen estas en el numeral 14 del artículo 2° de la Ley N° 20.283, de 2008.

⁵⁶ Se refiere a la "[t]rocha de carácter temporal que no tiene la consideración de pista forestal, habilitada como consecuencia de actuación imprescindible para la extracción o arrastre de la madera desde el lugar de apeo hasta el cargadero o pista forestal". Real Academia Española de la Lengua, Diccionario Panhispánico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/v%C3%ADa-de-saca>.

⁵⁷ La misma regla se sigue cuando se trata de zonas de protección de manejo limitado, que se refiere a áreas contiguas a la zona de exclusión de intervención antes indicada.

⁵⁸ Decreto Supremo N° 82 de 2011. Artículo 2°, letra e).

⁵⁹ A la fecha de este artículo, las especies protegidas de conformidad al Decreto Supremo N° 29 de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento de Clasificación de Especies, se clasifican las especies en las categorías de extinta, extinta en estado silvestre, en peligro crítico, en peligro, vulnerable, casis amenazada, preocupación menor y datos insuficientes

indicadas, y que se encuentren en un bosque nativo. De acuerdo a la "Guía" de CONAF⁶⁰ que especifica la norma, la prohibición también aplica a especies nativas que forman parte de plantaciones efectuadas en razón de compensación, reparación o mitigación dispuestas por la autoridad.

Esta prohibición es relativa, y, por excepción⁶¹, es posible realizar la corta en tanto se cumpla con las copulativamente con ciertas condiciones establecidas en el inciso segundo del artículo 19° de la Ley N° 20.283. Estas son, que la intervención o alteración (i) tenga por objeto investigaciones científicas o fines sanitarios, o se trate de obras de construcción de caminos, ejercicio de concesiones o servidumbres reguladas por ley (incluyendo eléctricas), (ii) que sean imprescindibles, y (iii) que no amenacen continuidad de la especie en la cuenca intervenida o, excepcionalmente, fuera de ella. En el caso de las obras mencionadas en (i), estas además deben ser de interés nacional, lo que implica un requisito adicional para el desarrollo de proyectos.

Para proceder a aplicar esta excepción, la norma exige que la CONAF, por resolución fundada, y en tanto se cumplan copulativamente los requisitos, se permita realizar la intervención. Una vez dictada la resolución, el titular del proyecto debe obtener un Plan de Manejo de "Preservación"⁶², en virtud del cual ejecutar la intervención.

La norma en comento es compleja, en cuanto a las exigencias que deben cumplirse para proceder a la autorización implican un análisis de la autoridad administrativa de elementos técnicos copulativos que exceden la materia forestal y se insertan en calificar aspectos extra forestales, tales como el interés científico o sanitario, el interés nacional o la imprescindibilidad de las obras.

⁶⁰ Corporación Nacional Forestal 2020, 14.

⁶¹ La excepcionalidad de esta autorización queda de manifiesto en que, en el curso del año 2023, se han aprobado solamente 2 autorizaciones del referido artículo 19 de la Ley N° 20.283, sin que exista un criterio claro del regulador –CONAF– respecto a las exigencias a considerar. Menos aún se tiene claridad respecto de la "imprescindibilidad" de las obras.

⁶² Este Plan de Manejo, conforme al Decreto Supremo N° 93 de 2009, que establece el Reglamento General de la Ley N° 20.283, se define como el instrumento que "planifica la gestión del patrimonio ecológico buscando resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos".

Respecto de los PMGD, desde una perspectiva normativa, la prohibición es *prima facie* absoluta, por cuanto las obras consideradas por la normativa –y respecto de las cuales se debe declarar un interés nacional– son *solamente* aquellas reconocidas en el inciso cuarto del artículo 7° de la Ley N° 20.283, esto, es, construcción de caminos, ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras concesiones o servidumbres reguladas por ley; las que, como se analizó en *supra*, no reconocen obras de centrales de generación de energía eléctrica que *no* se encuentren sujetas al régimen de concesión u obras de conexión que no estén sujetas a dicho régimen administrativo establecido por la ley⁶³.

Un ejemplo concreto de lo anterior es el reciente caso (marzo 2023) de un PMGD fotovoltaico de 9MW de potencia instalada, que solicitó a CONAF la autorización del artículo 19° de la Ley N° 20.283, en razón de que el proyecto implicaría la intervención de especies en categoría de conservación (algarrobo). En el marco del procedimiento administrativo, la CONAF solicitó *previo* a resolver se presentara documentación que permitieran dar cuenta del otorgamiento de concesión o servidumbre regulada por la ley. El requerimiento fue respondido por el desarrollador acompañando servidumbre eléctrica de carácter *voluntaria*⁶⁴ constituida en favor de la sociedad titular del proyecto, respecto de lo cual CONAF requirió informe a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles sobre si dicha servidumbre se encontraba reconocida en el marco de la Legislación eléctrica. La referida Superintendencia mediante oficio respondió, en síntesis, que respecto de instalaciones eléctricas de generación fotovoltaica no aplica el régimen concesional ni tampoco servidumbres asociadas. Luego, CONAF resolvió rechazar la solicitud de autorización en razón de que "*no cumple con lo dispuesto en el inciso según del artículo 19, y el inciso cuarto del artículo 7, ambos de la*

⁶³ Al revisar la Guía de CONAF en la materia, no se establecen normas que permitan reconocer una categoría de "otras" obras. Véase Op. Cit., Corporación Nacional Forestal 2020, 14-19 (formulario de solicitud).

⁶⁴ Estas servidumbres, a diferencias de las constituidas en razón de la ley, se rigen por las normas civiles de derecho común, en particular el artículo 880 del Código Civil. Cabe señalar que, como precisa EVANS, estas servidumbres se rigen por el referido Código, y las demás leyes que establecen límites a gravar predios ajenos, destacando en este caso los límites en materia de prohibición de servidumbres del artículo 54° de la Ley General de Servicios Eléctricos. Op. Cit. EVANS 2017, 116.

Ley N° 20.283"; en dos palabras, no ser obras que justifiquen la autorización excepcional⁶⁵.

Todo esto da cuenta de un criterio de derecho estricto⁶⁶ de CONAF en cuanto a las justificaciones de la corta, la que no permite extender el régimen de servidumbres o concesiones⁶⁷ a situaciones que no se encuentren expresamente reconocidas en la legislación, en este caso eléctrica, vigente.

Ahora bien, incluso de ser superable el requisito anterior⁶⁸, la declaración de excepcionalidad se hace de muy difícil aplicación a proyectos PMGD en consideración de las

⁶⁵ Véase Resolución N° 287, de 2023, respecto del proyecto parque fotovoltaico Lucía Solar", en particular considerandos 4, 5, 10, y resuelto 1. Respecto del oficio a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles este se encuentra citado y parcialmente extractado en el considerando 10 de la resolución referida (en referencia a Oficio Ordinario Electrónico N° 161263, de 2023). Este criterio se le había aplicado previamente al mismo proyecto y por las mismas razones, según consta en Resolución de CONAF N° 243, de 2022, y se ha aplicado respecto de otras solicitudes de actividades de generación eléctrica no sujetas a régimen concesional eléctrico, como ocurrió respecto de un proyecto de generación eólica de 42 MW de potencia –por ende, no PMGD–, según consta en Resolución de CONAF N° 672, de 2022. La resolución de CONAF N° 287, de 2023 se puede consultar en: <https://www.conaf.cl/wp-content/uploads/2023/03/16-Resolucion-N%C2%B0-287-2023.pdf>; la resolución N° 243, de 2022 en <https://www.conaf.cl/wp-content/uploads/2013/02/Parque-Fotovoltaico-Lucia-Solar.pdf>; y la resolución N° 672/2022 en https://www.conaf.cl/wp-content/uploads/2013/02/Res_672-2022.pdf.

⁶⁶ La CONAF ha señalado expresamente este criterio. Así, por ejemplo, en resolución de rechazo a un parque eólico señaló "Que la norma establecida en el artículo 19 de la Ley N° 20.283 es una norma de derecho público, que busca proteger bienes públicos, del tipo prohibitiva, y que como tal es de derecho estricto y debe aplicarse cada vez que una persona natural o jurídica, solicite intervenir algún individuo de una de las especies vegetales en estado de conservación de acuerdo con el artículo 37 de la Ley N° 19.300". Véase, Resolución de CONAF N° 546, de 2022, considerando 7. Disponible en línea en: <https://www.conaf.cl/wp-content/uploads/2022/07/Parque-Eolico-Ramadilla.pdf>.

⁶⁷ Aun en caso de tratarse de una obra sujeta a régimen de concesión eléctrica, CONAF ha construido criterios de alta exigencia para justificar la intervención. Así, por ejemplo, respecto de una central hidroeléctrica amparada en un régimen concesional conforme a la ley eléctrica, la Corporación decidió, luego de un estudio y oficios a otras entidades públicas, rechazar autorización en razón de que el proyecto no demostró de forma satisfactoria la "no amenaza a la continuidad" de las especies, aplicando en la materia el principio precautorio en materia ambiental. Véase Resolución de CONAF N° 508/2022 de fecha 17 de junio de 2022, respecto de central hidroeléctrica "Rucalhue Energía SpA", en particular considerando 18. Disponible en <https://www.conaf.cl/wp-content/uploads/2022/07/RUCALHUE-ENERGIA-SPA.pdf>

⁶⁸ Cuestión muy difícil considerando el criterio asentado de CONAF en interpretar la normativa relativa a obras justificantes de la autorización en un sentido estricto.

otras exigencias. Así, respecto de la imprescindibilidad, CONAF precisa en la "Guía" que ello requiere explicar "la ubicación o la imposibilidad de reubicar las obras o actividades, de manera que las intervenciones o alteraciones no se produzcan"⁶⁹. Respecto del interés nacional, el mismo documento precisa que deben cumplirse con criterios, entre estos, seguridad de la nación o casos imprevistos, habilitación de terceros para la construcción de obras públicas, aporte al desarrollo social, económico y ambiental, y beneficio cultural⁷⁰. En ambos casos, exigencias difíciles de cumplir para un PMGD en tanto proyecto de generación de pequeña escala, cuya ubicación puede variar y que, además, se inserta en un sistema eléctrico cuyo suministro se encuentra respaldado por un conjunto de actores que participan en un sistema eléctrico regido bajo una lógica de mercado (al margen de un régimen de despacho coordinado), y que se desarrolla al margen de una planificación central o estratégica del Estado o una ubicación geográfica específica⁷¹.

En suma, las normas de protección forestal establecen una serie de prohibiciones que impiden la intervención de especies arbóreas, en algunos casos de manera absoluta, y, en otros, de manera relativa o limitada. En estos casos, las autorizaciones permiten intervenir parcialmente las zonas o considerar áreas libres de intervención, lo que tiene dificultades prácticas para el emplazamiento de proyectos PMGD, tanto en su fase de construcción como posterior operación. En el caso de especies especialmente protegidas, aunque existe la posibilidad de una autorización excepcional por parte de CONAF al efecto, ella no sería aplicable a los PMGD, tanto por no ser obras consideradas por la excepción, y, aun obviando dicho requisito, otros aspectos de este tipo proyectos que no serían suficientes para cumplir las exigencias legales de la autorización.

4. Cumplimiento normativo

En este contexto normativo donde los PMGD tienen una posición jurídica "impotente" frente al regulador a efectos de poder iniciar directamente los procedimientos de obtención de autorizaciones forestales, es posible que

⁶⁹ Op. Cit. Corporación Nacional Forestal 2020, 22.

⁷⁰ Op. Cit. Corporación Nacional Forestal 2020, 41.

⁷¹ Al menos en principio, ya que existen herramientas regulatorias, como los Polos de Desarrollo de Generación Eléctrica, que permiten generar instalaciones de transmisión sobredimensionadas a fin de promover fuentes renovables de generación en zonas geográficas específicas.

los desarrolladores acuerden *ex ante* con los titulares del dominio de los predios en los que se emplazaría un proyecto, a que sean estos quienes tramiten las autorizaciones necesarias para la intervención del bosque. Esto, aunque no tiene reproche jurídico alguno, sí puede tener impacto en otras áreas regulatorias, particularmente vinculadas a la protección del patrimonio ambiental.

En tal sentido, la corta previa –en este caso autorizada– por parte de un titular, de forma *desvinculada* de un proyecto, puede implicar eliminar un componente ambiental (bosque) que, de haberse considerado en el contexto de desarrollo de un proyecto de infraestructura, como un PMGD, no podría haberse realizado o, se habría ejecutado con otras consideraciones técnicas o ambientales.

Aún más, en ciertos casos, implicaría que se permitiría realizar acciones que, de solicitarse por parte del desarrollador el respectivo Plan de Manejo, no serían legalmente admisibles, como sería por ejemplo la construcción de obras civiles sobre zonas de vertientes, quebradas, cursos de agua, pendientes pronunciadas, según se revisó previamente⁷².

A lo anterior se agrega el hecho de que el proceso administrativo de aprobación de un Plan de Manejo ante la CONAF es de única instancia, breve (con una duración de entre los 90 y 120 días, según el tipo de autorización), y sujeto a una regla de silencio positivo, esto es, que pasado el plazo legal para aprobar o rechazar la solicitud, se entiende por aprobado el Plan presentado. La regla general es que, de no aplicarse el silencio, CONAF dicta una resolución binaria que aprueba o rechaza el Plan de Manejo, existiendo una instancia de impugnación de la resolución ante el Juzgado de Letras en lo Civil competente, en un procedimiento incidental, de única instancia,

⁷² En particular, véanse las exigencias respecto de la construcción de caminos establecidas en el artículo 17°, y las limitaciones del artículo 3° y siguientes, ambos del Decreto Supremo N° 82 de 2011,

En el extremo, podría generarse una situación de incumplimiento por parte del titular de dominio del predio de emplazamiento, realizando una “corta no autorizada”, es decir, sin Plan de Manejo o en contravención al existente, pagando las multas asociadas, y facilitando, el desarrollo del proyecto al desaparecer el elemento protegido por la legislación forestal. Al igual que en el caso anterior, se trata de una situación que, reprochable jurídicamente y sancionada conforme a la normativa, puede verse incentivada producto de una regulación de protección desalineada con la realidad normativa del sector eléctrico respecto de proyectos no sujetos a régimen de concesión o servidumbre.

oyendo a las partes y sin ulterior recurso, exigiendo, si lo estimase un peritaje técnico⁷³.

Lo anterior da cuenta de un procedimiento administrativo que, en el marco actual de proyectos que requieren aprobación de Planes de Manejo que exceden materias estrictamente forestales, como es el caso de los PMGD, se torna inadecuado para poder abordar todas las aristas técnicas y legales de cada proceso. En particular, se trata de un procedimiento que no reconoce instancias previas de corrección o mejora, por lo que defectos formales o falta de antecedentes suficientes en la presentación, pueden significar, derechamente, el rechazo de la solicitud. Ello no obsta a la presentación de una nueva solicitud, pero puede afectar los plazos de implementación de un proyecto. Como explicamos previamente, en el caso de los PMGD, la normativa del Reglamento PMGD exige cumplir con plazos de *inicio* plazos de *inicio* y de *obtención* de autorizaciones, como requisito de validez del ICC y, por extensión, para efectos de la conexión a las redes de distribución y el desarrollo general del proyecto.

Por otro lado, el proceso de aprobación de un Plan de Manejo, como es natural, se centra solamente en aspectos forestales. Sin embargo, en los hechos, y en particular en el marco de la Ley N° 20.283 respecto a intervenciones de bosque nativo, existen otros ámbitos normativos relevantes que CONAF no puede tomar en cuenta al analizar solicitudes de Planes de Manejo. Así, por ejemplo, en el caso de los PMGD, considerando que más del 90% de ellos corresponden a proyectos de generación basados en energías renovables no convencionales⁷⁴ y, por consiguiente, constituyen un aporte al cuidado del medio ambiente; la normativa no incorpora elementos sobre el mérito ambiental o contribución a la protección ambiental en su conjunto.

En definitiva, existen espacios de mejora generales sobre el procedimiento administrativo de aprobación de Planes de Manejo, así como también la necesidad de incorporar en las consideraciones de la autoridad variables extra forestales respecto de proyectos que, por ejemplo, contribuyen positivamente a la protección del medio ambiente, como es el caso (en general) de los PMGD. En este marco, se debe considerar tanto el impacto en el desarrollo de proyectos, como también la ne-

⁷³ Decreto Ley N° 701, de 1974. Artículo 5° y Ley N° 20.283, de 2008. Artículo 8°.

⁷⁴ Véase nota al pie N° 7.

cesidad de coordinar los objetivos regulatorios del sector eléctrico y ambiental. Ello es una exigencia que, a nivel de administración, emana de los principios de coordinación de la actuación administrativa, lo que invita a informar de mejor manera los procesos de autorización con insumos técnicos de otros reguladores, en este caso, del sector eléctrico.

IV. Conclusiones y propuestas regulatorias

1. Conclusiones

En esta presentación hemos pasado breve revista a las autorizaciones administrativas necesarias en materia forestal para el desarrollo de proyectos de infraestructura, con un foco en los PMGD, por ser estos proyectos de menor entidad y complejidad, con tramitación ambiental simplificada o innecesaria (según sea el caso), y que cuentan con instrumentos regulatorios de fomento a su construcción (régimen tarifario especial, procedimiento administrativo de conexión *ad hoc*, entre otros).

A pesar de estas características, los PMGD que requieran intervenir especies arbóreas con ocasión de su construcción, enfrentan serias dificultades que van desde la falta de legitimación para actuar directamente frente a CONAF en procedimientos de autorización, la ausencia de reconocimiento de las obras PMGD como aquellas que tienen un estatus preferente en la regulación forestal; ambos factores centrales que redundan en dificultades que pueden afectar el desarrollo de proyectos y, en ciertos casos, incentivar buscar alternativas que pueden disminuir la efectividad de los instrumentos regulatorios de protección forestal.

Por otro lado, hemos visto que la normativa considera una serie de restricciones y, en ciertos casos, prohibiciones, a las intervenciones sobre bosques nativos y formaciones xerofíticas, cuestión que no siempre es posible de conocer *ex ante* para desarrolladores, por existir elementos técnicos de difícil estudio o que solamente se pueden apreciar *ex post* a presentar un Plan de Manejo. Estas limitaciones pueden ser superadas en ciertas hipótesis, pero ellas, *prima facie*, no alcanzan a proyectos PMGD por razones jurídicas y técnicas. Luego, nuevamente nos encontramos con una situación de contradicción entre normativas, entre fomento de energías limpias y protección de los bienes jurídicos bosque y formaciones xerofíticas.

2. Propuestas regulatorias

Finalmente, a modo de sugerencia, creemos que parte de los desafíos pueden superarse con ciertas intervenciones regulatorias precisas:

(i) Reconocer a PMGD y obras asociadas una calidad jurídica especial para la legitimación activa frente a CONAF;

(ii) Asociado a lo anterior, reconocer a las obras relevancia suficiente como para poder ser consideradas en las justificaciones de autorizaciones especiales de intervención de bosque nativo de preservación;

(iii) Reconocer un procedimiento *ad hoc* apropiado al desarrollo de PMGD, que converja con las etapas de construcción de proyectos que, usualmente, requieren celeridad por razones financieras, procedimiento de conexión, entre otros;

(iv) Precisar a nivel reglamentario o infra reglamentario, criterios que permitan orientar la preparación y presentación de Planes de Manejo para proyectos PMGD, destacando aquellos aspectos que, conforme a la normativa, requieren especial atención para evitar defectos de forma o fondo en las presentaciones; y

Con todo, consideramos que, al margen de las posibles mejoras al régimen jurídico forestal para efectos de la tramitación de proyectos PMGD, existe un desafío mayor relacionado a la necesidad de generar una regulación sectorial más coherente en cuanto a los distintos objetivos de política pública que subyacen a los cuerpos normativos. En tal sentido, aunque los operadores jurídicos son capaces de generar soluciones a las dificultades señaladas, no se debe olvidar que CONAF y otras agencias administrativas deben actuar en el marco del derecho público y, por ende, con un espacio limitado de decisión, muchas veces de altas exigencias normativas que pueden generar obstáculos absolutos al desarrollo de ciertos proyectos de infraestructura u obras. Por ello, junto a cambios normativos, se hace necesario mejorar la coordinación de la actuación administrativa⁷⁵, que permitan informar de mejor manera los procesos de autorización sectorial de CONAF, en sectores complejos, como el eléctrico y, en particular, apoyar el desarrollo de obras que, en último término,

⁷⁵ Recordando el mandato del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala que "Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones"

colaboran a los fines protectores ambientales de la normativa ambiental, como es el caso de los PMGD.

Bibliografía citada

- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2018). Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)* (51), 69-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018005000201>.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.9541, de 06 de julio 2021.
- Coordinador Eléctrico Nacional (junio 2023). Reporte PMGD. <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/07/Reporte-PMGD-Junio-2023.pdf>.
- Corporación Nacional Forestal (2020). Guía para la solicitud de excepcionalidad del artículo 19 de la Ley N.º 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.
- EVANS ESPINERIRA, Eugenio (2017). Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica, Tomo I. Thomson Reuters.
- GALLARDO GALLARDO, Enrique, (2012). Manual de Derecho Forestal. Corporación Nacional Forestal.
- Real Academia Española de la Lengua. Diccionario Panhispánico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/v%C3%ADa-de-saca>
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). Derecho Eléctrico. Editorial Jurídica de Chile
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017). Legitimación activa ¿Dos tipos de "interés" para el procedimiento y contencioso administrativo?, Parte III. *El Mercurio Legal*. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=906103&Path=/0D/D3/>

Normativa citada

- Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018 de 2007 [Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción]. Fija Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, De Minería, De 1982, Ley General De Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. 05 de febrero de 2007. D.O. No. 38.681. .
- Decreto Ley N° 701 de 1974 [Ministerio de Agricultura]. Fija Régimen Legal de los Terrenos Forestales o Preferentemente Aptos para la Forestación, y Establece Normas de Fomento sobre la Materia. 28 de octubre de 1974. D.O. No. 28.789.
- Decreto N° 13 del año de 1995 [Ministerio de Agricultura]. Declara Monumento Natural las Especies Forestales Queule, Pitao, Belloto Del Sur, Belloto Del Norte y Ruil. 03 de abril de 1995. D.O. No. 35.134.
- Decreto N° 29 del año 1976 [Ministerio de Agricultura]. Declara Monumento Natural a la Especie Forestal Araucaria Araucana. 26 de abril de 1976. D.O. No. 20.440.

- Decreto N° 490 del año 1976. [Ministerio de Agricultura]. Declara Monumento Natural a la Especie Forestal Alerce. 05 de septiembre de 1977. D.O. No. 29.854.
- Decreto Supremo N° 29 de 2011 [Ministerio de Medio Ambiente]. Reglamento de Clasificación de Especies Silvestres según estado de conservación. 27 de abril de 2012. D.O. No. 40.248.
- Decreto Supremo N° 4363 de 1931 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Aprueba texto definitivo de la, Ley de Bosques. 31 de julio de 1931. D.O. No. 16.036.
- Decreto Supremo N° 82 de 2011 [del Ministerio de Agricultura]. Reglamento de suelos, aguas y humedales. 11 de febrero de 2011. D.O. No. 39.883.
- Decreto Supremo N° 88 de 2020[, del Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento Para Medios De Generación De Pequeña Escala. 08 de octubre de 2020. D.O. No. 42.775.
- Ley N° 18.575 de 2001. Bases Generales de la Administración del Estado Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre de 2001. D.O. No. 37.113.
- Ley N° 20.283 de 2008. Ley Sobre Recuperación Del Bosque Nativo y Fomento Forestal. 30 de julio de 2008. D.O. No. 39.125.
- Resolución N° 508 de 2022 [Corporación Nacional Forestal]. Rechaza la intervención o alteración de hábitat de especies en categoría de conservación solicitada por Rucalhue energía Spa. 17 de junio de 2022.
- Resolución N° 243 de 2022 [Corporación Nacional Forestal]. Rechaza la Tramitación de la solicitud PAS 150- Declaratoria de interés nacional presentada para el proyecto parque fotovoltaico Lucía Solar. 24 de marzo de 2023.
- Resolución N° 287 de 2023 [Corporación Nacional Forestal]. Rechaza la Tramitación de la solicitud PAS 150- Declaratoria de interés nacional presentada para el proyecto parque fotovoltaico Lucía Solar. 23 de marzo de 2023.
- Resolución N° 546 de 2022 [Corporación Nacional Forestal]. Rechaza la solicitud de autorización excepcional PAS 150- Declaratoria de interés nacional, presentada para el desarrollo del proyecto parque eólico Ramadilla. 06 de julio de 2022.
- Resolución N° 672 de 2022 [Corporación Nacional Forestal]. Rechaza la Tramitación de la solicitud PAS 150, intervención excepcional de especies art. 19 Ley 20.283 sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal, presentada para el proyecto parque fotovoltaico Lucía Solar. 08 de agosto de 2022.

Jurisprudencia citada

- Sky Service S.A. con Fisco de Chile (2009): Corte Suprema, 22 de junio de 2009 (Rol N° 5553-2007). Tercera Sala. [Recurso de casacion].

Criterios jurídicos para la determinación de mínimos técnicos

Legal criteria for the determination of technical minimums

Oscar Guzmán Zepeda*

RESUMEN: La regulación del sector eléctrico chileno ha establecido los denominados mínimos técnicos como una medida para garantizar la seguridad del suministro en consideración de que actualmente el sistema eléctrico no cuenta con la flexibilidad y soporte necesario para satisfacer la demanda con medios de generación renovables variables de forma permanente. De esta forma, se ha establecido que una cantidad relevante de unidades de generación térmicas funcionen al mínimo e inyecten energía al sistema aun cuando sus costos sean superiores al costo marginal.

Esta regulación y el uso que se ha hecho de ella ha agravado la difícil situación que están sufriendo las empresas de generación renovables, por cuanto las unidades en mínimo técnico tienen reservada una parte de la saturada red, son pagados fuera del costo marginal y, en general, gozan de seguridad en sus inversiones que hoy no cuentan las unidades renovables.

Por lo anterior, en la presente ponencia nos referiremos, sin cuestionar la necesidad real de contar con el mínimo técnico, a los criterios jurídicos que deben considerar los organismos reguladores –como la Comisión Nacional de Energía y el Coordinador Eléctrico Nacional– para el diseño de la regulación y la aplicación de esta, sosteniendo que estos criterios deben considerar la seguridad, la eficiencia económica y la sustentabilidad, sin los cuales se podría incurrir en arbitrariedad.

Palabras clave: Mínimos técnicos, regulación económica, Derecho Eléctrico.

ABSTRACT: The regulation of the Chilean electricity sector has established the so-called technical minimums as a measure to guarantee the security of supply considering that currently the electricity system does not have the necessary flexibility and support to meet the demand with variable renewable generation means on a permanent basis. In this way, it has been established that a relevant number of thermal generation units operate at the minimum and inject energy into the system even when their costs are higher than the marginal cost.

This regulation and the use that has been made of it has aggravated the difficult situation that renewable generation companies are suffering, since the units in technical minimum have a reserved part of the saturated network, are paid outside the marginal cost and, in general, enjoy security in their investments that renewable units do not have today.

Therefore, in this paper we will refer, without questioning the real need for the technical minimum, to the legal criteria to be considered by regulatory agencies – such as the National Energy Commission and the National Electricity Coordinator – for the design of the regulation and its application, arguing that these criteria should consider safety, economic efficiency and sustainability, without which it could incur in arbitrariness.

Keywords: Technical minimums, economic regulation, Electricity Law.

Introducción

En virtud de la necesidad de contar con un sistema eléctrico confiable y seguro el Coordinador Eléctrico Nacional ha establecido los denominados mínimos técnicos, en virtud de los cuales se garantiza el funcionamiento e inyección de energías de las centrales térmicas al sistema eléctrico, cuyo pago no marca costo marginal.

En el escenario actual, en que las generadoras a base de energías renovables se encuentran en una situación delicada, por cuanto gran parte de sus inyecciones están valorizadas a costo cero, y los vertimientos producidos por no poder contar con la infraestructura necesaria para transmisión y almacenamiento, se ha puesto en entredicho los criterios y forma de determinar los mínimos técnicos.

Concretamente, se critica que las grandes generadoras térmicas cuentan con ventajas de mercado por sobre las generadoras a base de energías renovables no convencionales, como son asegurar de manera permanente inyec-

* Abogado, Universidad de Talca, Doctor en Derecho, Universidad de Talca. Profesor Investigador Asistente de Universidad de Talca, Chile; abogado, Doctor en Derecho, Universidad de Talca. Correo electrónico: oguzman@utalca.cl Dirección postal: Avenida Lircay S/N, Talca.

ciones de energía al sistema, valorizadas fuera del costo marginal, uso preferente de la red de transmisión y, en general, seguridad para sus inversiones. Naturalmente, un escenario como este afecta de manera importante la transición energética chilena.

Sin desconocer que contar con mínimos técnicos es totalmente necesario para que el sistema eléctrico funcione de forma segura, el hecho de que estos perjudiquen a un sector esencial para la transición energética exige que su aplicación sea la mínima necesaria y en condiciones de no afectar a los demás intervinientes del mercado eléctrico.

Si bien la determinación de cuantos son los mínimos técnicos se basa principalmente en criterios y procesos propios de la ingeniería, no se debe desconocer que por la naturaleza propia de la actividad también debe atender a criterios jurídicos dispuestos en la Constitución y las leyes, de forma tal de ajustar los requerimientos del sistema a la satisfacción del bien común.

En este sentido, se hace necesario precisar la naturaleza de los mínimos técnicos, por cuanto pueden ser entendidos como un beneficio a un determinado sector económico, lo que implica que debe hacerse con arreglo al artículo 19 N° 22 de la Constitución, lo cual exige un fundamento legal y la exclusión de toda arbitrariedad. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la seguridad no es el único principio que debe atender el Coordinador, pues la ley establece también los principios de operación más económica y el acceso al mercado, y aunque no se señala en la Ley General De Servicios Eléctricos, la sustentabilidad.

Por lo anterior, en la presente ponencia se pretende evidenciar la necesidad de aplicar criterios jurídicos establecidos en la Constitución y las leyes, que exigen que la aplicación y determinación de los mínimos técnicos debe ser de la manera más restrictiva posible, evitando caer en arbitrariedad y armonizado con demás principios que rigen el actuar del regulador.

I. Los mínimos técnicos en el sector eléctrico chileno

Debido a la incertidumbre y la intermitencia propias de la generación por energías renovables, como el sol y el viento, el sistema eléctrico requiere –para su seguridad– contar con el respaldo de las generadoras térmicas para que puedan funcionar cada vez que el sistema lo requiera.

Sin embargo, cuando se presenta un desequilibrio las centrales térmicas no pueden funcionar automáticamente, incurren costos para ponerse en funcionamiento, y más importante aún, requieren de un determinado tiempo para comenzar a generar la energía necesaria.

Por este motivo el Coordinador despacha una cantidad importante de centrales termoelectricas, a pesar de que una buena parte de la generación de estas centrales será innecesaria durante parte importante del día por ser cubierta por la generación de las energías renovables, sin embargo, debido a sus limitaciones operacionales, estas centrales se verán obligadas a continuar operando en sus mínimos técnicos, con un costo variable de operación por encima del precio spot del sistema¹.

Por consiguiente, se necesita que estas plantas estén funcionando constantemente a lo menos a su nivel mínimo, inyectando energía, para así poder mantener o aumentar su generación cuando el sistema lo necesite.

Por lo anterior se han creado los mínimos técnicos, los cuales son definidos en anexo técnico como «la potencia activa bruta mínima con la cual una unidad puede operar en forma permanente, segura y estable inyectando energía al SI en forma continua»². Si bien este concepto es amplio, las unidades que funcionan a mínimo técnico son térmicas, a base de carbón, gas o petróleo.

El fundamento legal para el establecimiento de mínimos técnicos se encuentra hoy en día más claramente en las funciones que la Ley General de Servicios Eléctricos entrega al Coordinador en el artículo 72°-1, en virtud de la cual se establece que la coordinación de la operación debe hacerse por esta entidad, con el fin de preservar la seguridad del sistema eléctrico, garantizar la operación más económica y garantizar el acceso abierto.

En particular, se asienta que el fin de la seguridad fundamenta la existencia de mínimos técnicos con que pueden funcionar las centrales térmicas, pues de carecer de estas unidades de respaldo, lo que demorarían en entrar en operación podría generar desequilibrios en el sistema que impedirían suministrar la energía necesaria para todos los consumidores.

Cabe hacer presente que estas plantas térmicas funcionaran en mínimo técnico sólo

¹ MUÑOZ y VÁSQUEZ 2021.

² COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA 2015.

cuando el costo marginal es menor que sus respectivos costos variables de operación, pues el caso de que el costo marginal es mayor funciona igualmente, pero de acuerdo a las reglas generales de despacho.

Para la determinación del valor del mínimo técnico, la CNE dicta un Anexo Técnico de Mínimo Técnico, de la Norma Técnica de Calidad del Servicio.

Esta regulación establece un procedimiento el cual, en primer término, considera que las mismas empresas generadoras declaren de forma justificada su valor de mínimo técnico. Este informe es supervisado por el Coordinador y, si es favorable, se publica con el objeto de recibir comentarios y observaciones de otros actores del sistema.

Si el Coordinador no está de acuerdo con el informe, este emite comentarios al titular, para que envíe una nueva versión.

Luego, evaluado informe de parte del titular contestando observaciones y comentarios, este es sometido a la aprobación del Coordinador.

En caso de ser rechazado el informe técnico, se dispone por parte del Coordinador que un experto independiente realice las pruebas necesarias para determinar el valor del mínimo técnico.

Actualmente hay cerca de 40 unidades térmicas en el Sistema Eléctrico Nacional cuyos mínimos técnicos se activan dependiendo de los programas de operación y las condiciones presentes en el sistema en tiempo real. Tanto la programación, como la operación en tiempo real, se realizan considerando el debido resguardo de la seguridad de suministro de la manera más costo efectiva³.

II. Los mínimos técnicos a la luz del artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República

Un aspecto relevante de la regulación de los mínimos técnicos radica en que por sus especiales consideraciones resultan sumamente conveniente para las unidades sujetas al sistema, gozando de una seguridad comercial que no gozan los demás competidores del sector.

Un primer aspecto relacionado con lo anterior se puede apreciar en el hecho de que la energía inyectada mediante esta figura no es valorizada de igual forma que la de los demás

generadores, pues no ingresa al costo marginal, sino que se valora de acuerdo con sus costos reales de operación.

Esta situación hace que centrales térmicas tengan asegurado un mínimo de inyección de energía al sistema, el cual es valorizado de forma tal de costear sus costos. En cambio, la generadora de energías renovables en un mismo bloque horario puede estar despachando a costo cero, por debajo de sus costos reales y siempre a un precio menor que las unidades en mínimo técnico.

Cabe agregar que fuera de contar una la posibilidad de vender energía a un precio mayor al del sistema, las unidades en mínimo técnico ocupan de forma preferente la red de transmisión, lo cual cubre el espacio que pueden utilizar las demás generadoras. Esta situación hoy en día es particularmente relevante debido a los graves problemas de la red producto de la saturación de esta.

Como se puede apreciar, la necesidad de contar con mínimos técnicos redundante en beneficios para las unidades de generación que operan de esta forma, por cuanto en aquellos bloques horarios en que sus costos no son competitivos, por vía de regulación pueden seguir operando, gozan de preferencia para despachar su energía y, lo más importante, todo valorizado a sus costos.

Beneficios de este tipo son sumamente atractivos, pues neutraliza parte importante de los riesgos de su actividad comercial, gozan de seguridad para operar, cuentan con ingresos constantes que mejora su liquidez y les permite asegurar sus inversiones. Todo lo anterior en desmedro de las demás unidades, mayoritariamente de energías renovables, quienes se ven enfrentados a un escenario riesgoso, cambiante y, durante parte importante del año, deficitario.

Llegado a este punto, reflexionemos sobre si estos beneficios de que gozan las unidades térmicas son jurídicamente legítimos. Lo anterior es relevante por cuanto se hace una excepción a las reglas de mercado y de igualdad de los distintos actores, lo cual requiere un fundamento que excluya cualquier forma de arbitrariedad.

Un parámetro fundamental para discernir la legitimidad de contar con mínimo técnicos se encuentra en la Constitución, en particular en el artículo 19 N° 22, el cual proscribe cualquier tipo de discriminación arbitraria por parte del Estado en materia económica. Acto segui-

³ COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL 2023.

do, permite establecer beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, siempre que se cumplan dos requisitos, que sea por ley y que no importe una discriminación arbitraria.

Este derecho fundamental busca garantizar la igualdad de trato en materia económica, prohibiendo cualquier forma de discriminación. En este sentido, lo que estaría prohibido es establecer alguna diferencia o igualdad arbitraria, esto es, carente de un fundamento plausible o razonable, desproporcionada o inconducente con el fin por el cual se ha establecido⁴.

Se hace presente que este deber se lo asigna la Constitución al Estado y sus organismos, por lo cual quedan incluido los órganos descentralizados, como son la Comisión Nacional de Energía o el Coordinador Eléctrico Nacional.

En este sentido, queda despejar es si el beneficio que conlleva los mínimos técnicos es de aquellos a que hace referencia el artículo 19 N° 22 de la CPR. Sobre el particular, la Constitución señala que en virtud de una ley, y siempre que no signifique una discriminación, se pueden establecer beneficios directos o indirectos a favor de algún sector o actividad. En este caso, el beneficio operaría para empresas generadoras de electricidad térmica que operan a mínimo técnico.

En cuanto a los beneficios, estos pueden ser directos o indirectos. Los primeros, son aquellos comúnmente conocidos como subsidios, en los cuales el Estado realiza un aporte económico a la actividad, mientras que los segundo, conocidos como franquicias, el Estado deja de cobrar por medio de alguna exención tributaria o arancelaria. Por otro lado, la diferenciación también puede venir dada por un gravamen especial.

Así las cosas, cuesta encuadrar los mínimos técnicos dentro de alguna de estas categorías, pues el pago por el servicio de cierta forma lo asumen los consumidores que deben pagar una energía más cara, pero también afecta a los demás competidores, particularmente generadores renovables. Sin embargo, no se establecen ni subsidios ni franquicias que harían directa alusión a los enunciados de hecho que señala la Constitución.

En lo que respecta al fundamento de los mínimos técnicos, en principio se puede descartar la arbitrariedad por cuanto existe un fundamento razonable, pues estos son esta-

blecidos como una condición necesaria para dar seguridad al sistema eléctrico, pues en condiciones de mercado normales las energías renovables en muchos momentos no tienen la capacidad de satisfacer la demanda, por lo cual es necesario que las unidades térmicas estén en condiciones de operar cuando se produzca la necesidad.

Con relación a que el precio sea fijado fuera del costo marginal según sus costos de operación, se fundamenta en que, de no ser así, estas plantas no serían económicamente sustentables. Aun así, queda plantearse si no sería más razonable que dichos costos marquen el precio marginal para los demás generadores.

Lo anterior no descarta del todo la arbitrariedad, pues una cosa es que sea justificado y razonable que existan mínimos técnicos, pero si la extensión de la medida, esto es, la cantidad de unidades y el mínimo técnico declarado, excede lo estrictamente necesario para dotar de seguridad al sistema, nos encontraremos con un beneficio arbitrario y por consiguiente inconstitucional.

Visto así, más que un beneficio fundado en potenciar un determinante sector o actividad, como los tratados en artículo 19 N° 22, los mínimos técnicos son más bien una circunstancia completamente necesaria en el escenario actual del sistema eléctrico, pero que sin embargo reportan una gran ventaja y beneficio para estas unidades.

Por lo anterior, se pueden entender que en el escenario actual los mínimos técnicos son una suerte de *windfall profits*, que en este caso viene a beneficiar a los actores más contaminantes del sector eléctrico.

Los *windfall profits* o beneficios sobrevenidos extraordinarios son aquellos beneficios inusualmente altos o abundantes, sostenidos durante un periodo de tiempo y que son extraordinarios y/o inesperados. Se trata de un término aplicable a cualquier actividad económica, pero que solemos asociar con el sector eléctrico⁵.

En este caso, el beneficio se traduce en que, en condiciones de mercado normales, en que el sistema cuente con la necesaria flexibilidad, muchas empresas generadoras térmicas no podrían entrar en funcionamiento, pues sus costos exceden los de otras formas de generación más económica, o si lo hicieran, lo harían en cantidad y costo menor.

⁴ CEA 2012, 550.

⁵ COLÓN 2021.

Gracias a los mínimos técnicos, estas generadoras aseguran el financiamiento de sus operaciones y compromisos económicos, todo lo cual lo hacen a costa de generadoras renovables, que pierden mercado y posibilidad de vender a un mejor precio. En definitiva, hay un operador del sistema que tiene un negocio asegurado, mientras que otro está sujeto a vicisitudes y, como se ha visto en algunos casos, en imposibilidad de asumir sus obligaciones comerciales con el sistema y sus financistas⁶.

Este beneficio extraordinario no se encuentra en la ley, más bien, tiene un fundamento en la ley, en particular, en el artículo 72°-1 de la Ley General de Servicios Eléctricos, en virtud de la cual se establece que la coordinación de la operación debe hacerse por esta entidad, con el fin de preservar la seguridad del sistema eléctrico, garantizar la operación más económica y garantizar el acceso abierto. Ahora, lo anterior no implica que no sea aplicable lo establecido en el inciso primero del N° 22, esto es, que no puede tratarse de una discriminación arbitraria.

En este sentido, la arbitrariedad no viene dada por el hecho de existir los mínimos técnicos, sino más bien por la aplicación y extensión de los mismo, que cada vez que excedan lo estrictamente necesario, significaran una discriminación arbitraria.

Por consiguiente, un primer criterio normativo a considerar para la aplicación y determinación de los mínimos técnicos es la proscripción de la arbitrariedad, que conlleva a que la Comisión Nacional de Energía al dictar normas técnicas y sus anexos debe dotar la normativa de los mecanismos necesarios para evitar un aprovechamiento indebido de las generadoras térmicas, y para el Coordinador, velar por hacer un uso mínimo del mecanismo.

III. Criterios jurídicos para la determinación de mínimos técnicos

La existencia y fundamento para establecer el mecanismo de los mínimos técnicos en el sistema eléctrico chileno este dado, precisamente, por principios de la regulación económica establecidos en la ley y que, en ejercicio de facultades de los órganos sectoriales, han sido el criterio utilizado para regular la actividad.

Ahora, junto con fundar la existencia de los mínimos técnicos, los principios jurídicos también deben operar como un criterio a la

hora de determinar cual va a ser la extensión de estos y el procedimiento para el cual va a ser establecido.

En este sentido, cobra relevancia un adecuado entendimiento de los principios jurídicos que, como lo ha desarrollado el profesor Robert Alexy, son normas jurídicas –por consiguientes obligatorias– que operan como mandatos de optimización, esto es, que en cada caso se deben aplicar en la mayor medida de lo posible dentro de las condiciones jurídicas y reales existentes, ergo, se pueden cumplir en distinta medida, según el caso⁷.

Visto de esta forma, pueden ser concurrente dos o más principios en una situación concreta, donde la aplicación de uno puede de cierta forma restar la aplicación de otro. En dicho caso, corresponde al operador buscar el máximo de aplicación de ambos, de forma tal de no dejar inaplicado ninguno de ellos.

De esta forma, los principios jurídicos específicos de la coordinación del sistema eléctrico, como también los de la regulación del sector eléctrico y los que irradian nuestro ordenamiento jurídico, deben necesariamente aplicarse tanto en el procedimiento en que se fijan los mínimos técnicos, como también en la determinación de la necesidad de estos.

Por consiguiente, aun cuando estos principios pueden ir en sentidos contrarios, no dejan de ser criterios jurídicos obligatorios, por consiguiente, tanto la Comisión Nacional de Energía como también el Coordinador Eléctrico Nacional deben ponderar o armonizar, según el caso, de tal forma de darle una máxima aplicación posible.

En el caso particular que analizamos, es posible advertir tres criterios jurídicos a considerar, como son los principios de la coordinación, seguridad del servicio y garantizar operación más económica, como también un principio que forma parte esencial del derecho eléctrico, la sustentabilidad.

1. Principios de la coordinación como criterio normativo para establecimiento y determinación de los mínimos técnicos

A partir de la importante reforma del año 2016, que realizó un cambio profundo de la coordinación del sistema eléctrico, explicitando principios para la operación de las instalaciones eléctricas sujetas a coordinación.

⁶ BITRAN 2023.

⁷ ROBERT ALEXY 1993, 86-87.

La coordinación de la operación del sector eléctrico establecida en el artículo 72-1 de la Ley General de Servicios Eléctricos, establece que esta debe regirse por tres principios fundamentales: reservar la seguridad del servicio, garantizar la operación más económica y garantizar el acceso abierto.

Es en virtud del primero de estos principios que se establece la necesidad de contar con mínimos técnicos, pues la intermitencia de la generación solar y eólica impiden sostener de forma continuada la demanda, sobre todo en las horas de mayor consumo, por lo cual se requiere que cuando se necesite energía de base térmica se pueda contar con ella de forma económica y rápida.

Sin embargo, a pesar de que la seguridad es un principio jurídico de obligada consideración para el Coordinador, de la misma forma también lo son el principio de la operación más económica. Por consiguiente, este último principio debe ser considerado por el Coordinador en la mayor medida posible.

A mayor ahondamiento, ninguno de los principios enunciados es jurídicamente de mayor jerarquía que los demás, son iguales, lo que implica que desconocer o no considerar uno de ellos involucra un actuar ilegal y arbitrario del Coordinador. Naturalmente, no es posible sostener que este sea el caso, pero se hace preciso considerarlos como criterios vinculantes y armonizarlos o ponderarlos de tal forma que no se inaplique ninguno.

En este ejercicio, se hace necesario conocer los aspectos principales de estos principios, de seguridad y operación más económica, para tener una idea de que exige cada uno y, de esta forma, entender cómo operan los criterios jurídicos para la fijación de los mínimos técnicos.

a) *Principio de preservar la seguridad del suministro*

Dentro de los objetivos principales que la ley asigna al coordinador es el de preservar la seguridad del suministro, un aspecto esencial del sistema eléctrico, que requiere esfuerzos y recursos a gran escala y de alta tecnología producto de la misma naturaleza del sistema como del recurso que provee.

La seguridad en el contexto del derecho de la electricidad se manifiesta de formas múltiples, pero que se resumen en dos aspectos, garantizar la accesibilidad y asequibilidad a los servicios energéticos modernos, con especial

hincapié en lograr un acceso universal, considerando a los más vulnerables y como herramienta indispensable para combatir la pobreza energética⁸.

Con respecto a la asequibilidad, se refiere a que un hogar sea capaz de hacer frente a una factura energética, en un sentido económico, de forma que no genere un grave desequilibrio en el presupuesto familiar. En lo que respecta a que la energía sea accesible, significa a la posibilidad de tener acceso a la energía, pues existe un suministro al cual pueden acceder los hogares⁹.

De esta manera, para garantizar la seguridad del suministro, se requiere un acceso universal, no discriminatorio, suficiente, confiable y seguro a la energía, y a un costo que pueda ser asumible por las familias¹⁰.

A partir de lo anterior, podemos deducir múltiples dimensiones en que actúa la seguridad, como son la seguridad del abastecimiento, entendida como la disponibilidad de energía a precios asequibles; la seguridad de las instalaciones frente a agresiones o accidentes; y –se agrega– la seguridad ambiental y social, referida a los impactos ambientales de la actividad y la resistencia del sistema frente a las demandas sociales por disponibilidad y precios de la electricidad¹¹.

En este orden de cosas, la seguridad energética también implica que el país pueda disponer de sus propios recursos energéticos para satisfacer su demanda, sin depender en demasía de fuentes externas. La dependencia energética de recursos fósiles acarrea distintas amenazas, como son los altos valores que puede alcanzar, la inestabilidad en países proveedores, escasez, el transporte, entre otros¹².

En concreto, este aspecto de la seguridad en Chile se materializa sustituyendo progresivamente las unidades de generación a base de combustibles fósiles por generadoras renovables. Sin embargo, la regulación actual de los mínimos técnicos no contribuye a este propósito, muy por el contrario, perpetua este tipo de generación y resta mercado para la generación renovable.

De esta forma, el principio de seguridad del servicio además de justificar la existencia de mínimos técnicos también es un criterio

⁸ DEL GUAYO 2020, 326-328.

⁹ ARENAS *et al.* 2019, 176-177.

¹⁰ DEL GUAYO 2009, 233-235; BRADBROOK y GARDAM, 2006, 409.

¹¹ ESCRIBANO 2006, 3-5.

¹² PASTÉN 2012, 31.

para hacer una aplicación lo más restrictiva posible de estos.

b) *Principio de garantizar la operación más económica*

La ley al establecer para el Coordinador el principio rector de la operación más económica se refiere a un aspecto esencial del Derecho de la Energía, como es la eficiencia económica, sin la cual se hace irrisorio cumplir con los múltiples objetivos y fines del suministro eléctrico.

La eficiencia económica, en simple, significa que el suministro de energía se haga el menor costo posible, de forma tal que tanto la generación, transporte y distribución de electricidad sean en las condiciones de calidad y seguridad adecuadas y más baratas.

En el estado actual del Derecho de la Energía, el logro del objetivo de la eficiencia económica esta necesariamente unido a la libre competencia en el mercado eléctrico, la libertad de empresa y una regulación necesaria para suplir fallas de mercado y satisfacer el bien común¹³. Lo anterior se ha ido afianzando desde que comenzaron los procesos de liberalización del sector eléctrico, levantando monopolios y creando –o recreando– mercados donde sea posible, de manera que se cuente con los incentivos necesarios para la inversión y desarrollo de la actividad.

El mercado permite que haga imperioso para los actores prestar los servicios a un menor costo posible, incentiva y crea ciclos de inversión, la inclusión de las más modernas tecnologías hace posible que ingresen nuevos actores en el mercado, incentiva a los consumidores a hacer un uso eficiente de la energía, entre otros beneficios¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, se requiere que la matriz energética utilice la generación más económica, la cual hoy en día esta dada por las energías renovables, particularmente las no convencionales solar fotovoltaica y eólica. Esta energía limpia y barata durante varios bloques horarios al día tiene la capacidad de satisfacer íntegramente la demanda, sin embargo, esto no sucede debido a que parte relevante del suministro es proveído obligatoriamente mediante los mínimos técnicos, a un costo muy superior.

Destacando que la existencia de los mínimos técnicos hoy en día esta justificada, en

su determinación el criterio de la eficiencia económica es perfectamente aplicable con el objeto de que la extensión del mecanismo sea la mínima posible, para lo cual se debe limitar la cantidad de unidades y rebajar en lo posible la potencia de su mínimo técnico.

Naturalmente, se podría sostener que aplicar en este caso el criterio de eficiencia afectaría la seguridad, sin embargo, la seguridad tampoco es un absoluto, pues como en toda actividad humana, hay un riesgo tolerable en pro de alcanzar otro fin igualmente importante.

2. *Sustentabilidad como criterio normativo para establecimiento y determinación de los mínimos técnicos*

El desarrollo sustentable, definido de forma brillante en el informe Brundtland como «*aquel que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*»¹⁵, es esencial al Derecho de la Energía, por cuanto es esta actividad económica el principal emisor de gases de efecto invernadero, y de ahí la preocupación internacional porque sea una actividad sustentable.

Si bien no se encuentra la sustentabilidad entre los principios de la coordinación de la operación del sistema eléctrico, hoy en día resulta indesmentible que es un principio que permea ampliamente la regulación económica del sector eléctrico, por cuanto existe una vasta gama de tratados internacionales, leyes y políticas públicas enfocadas en este aspecto.

En este sentido, tiene relevancia la reciente Ley N° 21.455, Ley Marco de Cambio Climático, la cual tiene por objeto que el desarrollo del país sea bajo en emisiones, estableciendo metas relevantes, como es alcanzar la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050. Además, impele al país a cumplir con las convenciones internacionales que haya ratificado sobre cambio climático.

Asimismo, tratándose de políticas públicas, se destaca la Política Energética Chilena, “Energía 2050”, que dentro de sus pilares se encuentra una “energía compatible con el medio ambiente”, propendiendo al desarrollo de energías renovables.

Esta política es del tipo directivas emanadas del Presidente de la República y los Ministerios mediante Decretos Supremos, y como tal,

¹³ DEL GUAYO 2020, 329.

¹⁴ DE LA CRUZ 2009, 306-307.

¹⁵ Informe Brundtland, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS 1987, 23.

tienen un claro efecto jurídico en la Administración del Estado, pues como indica Precht, son emanaciones de los superiores jerárquicos o autoridades de tutela de los órganos del Estado, los cuales, por mandato del artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, deben «*cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción*», y como señalan los artículos 11 y 12 de la misma ley, las jefaturas y autoridades deben velar por el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos¹⁶.

Por lo anterior, el autor considera que estas normas establecen una línea de conducta que debe seguir el ejercicio del poder discrecional de quien las emite, siendo por tanto productora de efectos jurídicos.

En este sentido, los órganos del Estado, dentro de los cuales se incluyen el Coordinador y la Comisión Nacional de Energía, tienen que propender a la unidad de acción y satisfacción de los fines y objetivos establecidos en la política energética, por lo cual también la sustentabilidad cabe dentro de sus criterios jurídicos a considerar.

Por su parte, a nivel internacional, existe una amplia gama de instrumento internacionales suscritos por Chile que reconocen este principio y se obliga a promoverlo, destacando los tratados que garantizan el derecho a un nivel de vida adecuado¹⁷, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, la Programa 21 surgida de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro y sus actualizaciones, etc.

En virtud de lo antes expuesto, resulta de evidente aplicación los criterios de sustentabilidad tanto en la coordinación del sistema eléctrico como en el diseño de instrumentos regulatorios por los órganos reguladores, lo cual aplicado a los mínimos técnicos, se materializa en el diseño de normativa técnica más estricta para definir que unidades se necesita que operen de esta forma como el es su auténtico mínimo para funcionar de forma segura.

IV. Comentarios finales. Desafíos regulatorios

El hecho de que existan múltiples criterios normativos que influyen e impactan en la de-

terminación y establecimiento de los mínimos técnicos nos otorga parámetros jurídicos que deben ser aplicados en la mayor medida de lo posible para cumplir con la normativa sectorial y evitar que este instrumento sea de carácter arbitrario. Naturalmente, estos criterios jurídicos deben operar con pleno apego de los demás principios técnicos y económicos presentes en la coordinación del sistema eléctrico.

En este sentido, la Comisión Nacional de Energía en el diseño y aplicación de las normas técnicas del sector eléctrico debe establecer mecanismos de determinación que minimicen la posibilidad de que se pueda hacer un uso arbitrario de estos, o que inapliquen los demás principios presentes en la actividad.

Por su parte, el Coordinador debe ejercer sus facultades de la forma más restrictiva posible en cuanto a la necesidad de que una determinada planta funcione en mínimo técnico, y si es así, que dicho mínimo sea el más bajo dentro de las posibilidades. Aplicar estos criterios podría hacer repensar cuanto riesgo estamos dispuesto asumir, más considerando que los cortes de suministro en Chile causados por bajas de potencia son marginales.

Lo anterior nos lleva a cuestionar el mecanismo actualmente vigente, en que se confía más que nada en la autorregulación de las generadoras, siendo que, por los incentivos en juego, sería más conveniente y ajustado a los criterios normativos que sean entes externos quienes realicen las pruebas necesarias para calcular el mínimo técnico de un determinado plantel.

Asimismo, y a más largo plazo, es necesario analizar a la luz de los principios ya mencionados, modificaciones regulatorias referente a la forma de valorizar el mínimo técnico, a la necesidad de afectar el costo marginal, y otorgar la necesaria flexibilidad al sistema.

En este camino, se valora positivamente “La agenda inicial para un segundo tiempo de la transición energética” del Ministerio de Energía, el cual, en lo referente a los mínimos técnicos, pretende actualizar el valor de estos, y permitir más flexibilidad al sistema¹⁸.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. *Centro de Estudios Constitucionales*.
 E. ARENAS; R. BARRELLA; P. BURZACO; J. CABRERA; E. CENTENO; M. ESCRIBANO; J. IBÁÑEZ, J. LINARES; P. LINARES; J. ROMERO y P. SANZ (2019). La pobreza energética

¹⁶ PRECHT, 1989, 466-469.

¹⁷ El derecho a un nivel de vida adecuado es posible encontrarlo en Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

¹⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA 2023; PEÑA 2023.

- tica en España. En: A. Blanco, J. Lopé-Ruiz y S. Mora [Coord.]. *Informe España 2019* (176-222). Universidad Pontificia Comillas.
- BITRAN, Eduardo (20 de abril de 2023). Crisis de las energías renovables. Responsabilidad compartida. *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/opinion/columnistas/crisis-de-las-energias-renovables-responsabilidad-compartida>.
- BRADBROOK, A.J. y GARDAM, J.G. (2006). Placing access to energy services within a human right framework, *Hum. Rights Quarterly* 28, 389-415.
- COLÓN, Javier (2021). Los beneficios sobrevenidos (windfall profits) del sector eléctrico en tiempos de pandemia. <https://elperiodicodelaenergia.com/los-beneficios-sobrevenidos-windfall-profits-del-sector-electrico-en-tiempos-de-pandemia/>.
- Comisión Nacional de Energía (2015). Anexo Técnico: Determinación de los Mínimos Técnicos en Unidades Generadoras. <https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/06/Anexo-NT-Determinaci%C3%B3n-de-M%C3%ADnimos-T%C3%A9cnicos-en-Unidades-Generadoras.pdf>.
- COORDINADOR ELÉCTRICO NACIONAL (28 de julio de 2023). Coordinador inicia campaña para detectar espacios de flexibilización de centrales térmicas. <https://www.coordinador.cl/novedades/coordinador-inicia-campana-para-detectar-espacios-de-flexibilizacion-de-centrales-termicas/>.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan (2009). El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación. En: S. Muñoz; M. Serrano, y M. Bacigalupo [Direc.]. *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético. Tomo I* (279-331) Iustel.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2009). Derecho comparado: El contexto europeo. En S. MUÑOZ MACHADA [Dir.]. *Derecho de la Regulación Económica. III sector energético. Tomo I* (233-264). Iustel.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2020). Concepto, contenidos y principios del Derecho de la Energía. *Revista de Administración Pública* (212), 309-346.
- ESCRIBANO, Gonzalo (2006). Seguridad energética: Concepto, escenarios e implicaciones para España y la Unión Europea. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos* (33), 1-22.
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2023). Agenda inicial para un segundo tiempo de la transición energética. Acciones para una descarbonización acelerada del sector eléctrico. https://energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/agenda_inicial_para_un_segundo_tiempo_de_la_transicion_energetica.pdf.
- MUÑOZ, Cristián y VÁSQUEZ, Felipe (2021). Operaciones a mínimo técnico y la brecha entre costos y precios de la energía. *Breves de Energía*. <https://www.brevesdeenergia.com/blog/posts/operaciones-a-minimo-tecnico-y-la-brecha-entre-costos-y-precios-de-la-energia/#1>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1987). Comisión Mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo. *Nuestro futuro común*.
- PASTÉN, Cesar (2012). Chile, energía y desarrollo. *Obras y Proyectos* (11), 28-39.
- PEÑA, Karen (21 de abril de 2023). Comienza el análisis para el ajuste de mínimos técnicos de centrales térmicas en medio de medidas anunciadas para la transición energética. *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/empresas/energia/comienza-analisis-para-el-ajuste-de-minimos-tecnicos-de-centrales>.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989). Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio. *Revista Chilena de Derecho* (16), 465-474.

Planificación de la transmisión eléctrica: experiencia, diagnóstico y reformas para abordar la transición energética

Transmission planning: experience, diagnose and reforms to face the energetic transition

Rodrigo Quezada Marín*

RESUMEN: La Ley N° 20.936 buscó regular integralmente la transmisión, con el objetivo de promover un adecuado desarrollo del sistema eléctrico. A través de la planificación centralizada, el regulador fue dotado

* Abogado de la Comisión Nacional de Energía, licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derecho de los Recursos Naturales, con mención en Derecho de Energía, por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Postítulo en Regulación y Competencia por la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Correo electrónico: raquezada@uc.cl.

de facultades para adoptar un rol preponderante en el crecimiento del sistema, siendo responsable de conciliar los objetivos económicos, ambientales y sociales de la industria en beneficio del bien común. El presente trabajo se enfoca en revisar los principales cambios introducidos en materia de planificación, elaborar un diagnóstico a partir de sus resultados y presentar potenciales modificaciones normativas para abordar los desafíos del escenario actual de transición energética.

Palabras clave: industria eléctrica, planificación, transmisión eléctrica, infraestructura, regulación.

ABSTRACT: Law No. 20.936 sought to comprehensively regulate electric transmission, aiming to promote an adequate development of the system. Through centralized planning, the regulator was empowered to adopt a leading role in the growth of the electric system, being responsible for conciliating the economic, environmental, and social objectives of the industry for the benefit of the common good. This work focuses on reviewing the main changes introduced in planning, preparing a diagnosis based on its results and presenting potential regulatory modifications to address the challenges of the energy transition.

Keywords: electric industry, planning, electric transmission, infrastructure, regulation.

Introducción

La transición energética es una prioridad global y Chile no es la excepción. En tal sentido, los instrumentos de planificación sectorial y de colaboración público-privada para la promoción de las energías renovables en nuestro país, han transformado a este tipo de fuentes de generación eléctrica en las principales tecnologías presentes hoy en día en nuestro Sistema Eléctrico Nacional.

No obstante lo anterior, algunas características de estos recursos energéticos, como su concentración en zonas geográficas de alto potencial o la intermitencia y fluctuación de sus flujos, así como las crecientes dificultades y retrasos en el desarrollo oportuno de las redes necesarias para evacuar las grandes cantidades de energía producida, suponen una serie de desafíos regulatorios que deben ser abordados para adaptar la infraestructura de transmisión eléctrica a este nuevo escenario, con el objetivo de alcanzar las ambiciosas metas carbono neutralidad que nuestro país ha comprometido internacionalmente¹.

Para lograr lo indicado, se requiere de una planificación centralizada integral que permita responder con eficiencia y rapidez a las necesidades de expansión, reforzamiento e incorporación de nuevas tecnologías a las redes, para que así el segmento de transmisión actúe como habilitante para el proceso de transición energética.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objetivo exponer y analizar los resultados obtenidos por nuestra regulación en materia de planificación y desarrollo de la transmisión eléctrica, a partir de la experiencia acumulada luego de transcurridos más de siete años de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.936 de 2016, del Ministerio de Energía, que estableció un nuevo sistema de transmisión eléctrica ("Ley de Transmisión").

En particular, la revisión que se presenta se enfoca en los plazos y el funcionamiento del proceso de planificación del segmento de transmisión que le corresponde desarrollar anualmente a la Comisión Nacional de Energía ("CNE"), atendidos los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación que establece la ley para el sistema eléctrico, y en cómo este proceso ha interactuado con los demás mecanismos de proyección y desarrollo de la infraestructura establecidos en la Ley de Transmisión.

En base a lo expuesto, se elabora un diagnóstico de los resultados obtenidos a la fecha, con la finalidad de abordar los principales espacios de mejora detectados considerando el marco normativo vigente. Asimismo, se revisan las reformas normativas en curso en relación con la planificación de la transmisión, y las alternativas de potenciales modificaciones legales y reglamentarias que, a nuestro juicio, permitirían abordar con mayor eficacia

¹ Chile suscribió en 2015 el Acuerdo de París, tratado internacional acordado por los 195 países participantes de la XXI Conferencia Internacional sobre Cambio Climático, en el cual se fijaron metas de reducción en las emisiones de gases de efecto invernadero con el objetivo de reducir el aumento de la temperatura global. En abril de 2020, nuestro país actualizó su "Contribución Determinada a Nivel Nacional" (NDC), en la cual estableció que el peak de emisiones se alcanzará el 2025 y reiteró su compromiso con la carbono neutralidad al 2050. En ese sentido, en mayo de 2022 se promulgó la Ley N° 21.455, también conocida como Ley Marco de Cambio Climático, la cual tiene por objeto, según indica su artículo primero, "hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisión de gases de efecto invernadero al año 2050 (...)".

los desafíos que existen en el actual escenario de transición energética.

I. La regulación de la industria eléctrica

La industria energética presenta una serie de características particulares que justifican la aplicación de distintas técnicas regulatorias de intervención. En principio, se trata de un sector estratégico para el crecimiento de la economía y el bienestar de la población. Asimismo, las actividades de la industria suelen presentar un alto grado de complejidad técnica y ser intensivas en uso de capital², mientras que las elevadas economías de escala presentes en los segmentos de transmisión y distribución, asociadas a la expansión de la infraestructura de red, originan monopolios naturales que estimulan la integración de las actividades en una sola compañía³.

Fue la consideración de dichas características lo que determinó que, desde aproximadamente la segunda mitad del siglo XX y luego de un vertiginoso crecimiento inicial impulsado casi exclusivamente por la iniciativa privada, existiese una estrecha relación estatal con el sector eléctrico, con un cierre a la competencia en todos los segmentos de la industria y un alto grado de planificación central con estricto control gubernamental.

Sólo a finales del siglo comenzó, en la parte norte de Europa, un proceso de reforma caracterizado por la liberalización y privatización del sector energía. Esta etapa estuvo orientada por la confianza en los mecanismos de mercado y la propiedad privada, lo que determinó la introducción de competencia en todos aquellos espacios de la industria en que fuese posible, mientras que en los segmentos de transmisión y distribución, considerados monopolios naturales, se buscó a través de la regulación replicar el funcionamiento de los mercados competitivos.

Así, la reforma eléctrica o liberalización de la industria implicó un retraimiento del Estado en cuanto gestor de empresas, para dar espacio, en mayor medida, a funciones relacionadas con la regulación y supervisión

de los mercados⁴, especialmente relevantes en el caso de los segmentos de transmisión y distribución, pues el hecho de tratarse de monopolios naturales conlleva la necesidad de una intervención regulatoria central que evite las ineficiencias que pueden originarse en caso de quedar la ejecución y expansión de la infraestructura de red a la libre iniciativa privada.

II. Sobre la planificación de la transmisión

La actividad de planificación estatal ha sido definida doctrinariamente como "(...) la potestad administrativa conferida a los órganos competentes para la aprobación del planeamiento de cualquier clase, fundamentalmente el relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo, los recursos naturales, etc. (...)"⁵.

A nivel de transmisión eléctrica, tanto la ejecución de proyectos como la expansión del sistema encuentran intervenidas regulatoriamente mediante la actividad estatal de planificación, la cual "busca asegurar que el servicio en cuestión pueda prestarse de la forma más eficiente posible, alcanzando el mayor número de usuarios del servicio de que se trate considerando la demanda existente y proyectada (...)"⁶. Lo anterior, en un régimen que emule, en lo posible, condiciones competitivas para los actores del mercado.

En particular, la planificación del segmento de transmisión en nuestro país se sustenta en lo dispuesto en el DFL N° 4, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE") y el Decreto N° 37 de 2019, del Ministerio de Energía, que aprueba Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión ("Reglamento de Transmisión"). Los citados instrumentos definen el marco normativo de la planificación sectorial y otorgan facultades y responsabilidades en la materia al Ministerio de Energía, la CNE y el Coordinador Eléctrico Nacional ("Coordinador").

A mayor abundamiento, desde la dictación de la LGSE, en 1982, el sector de transmisión ha sido objeto de profundas reformas. La principal de ellas se materializó con la dictación de la Ley N° 19.940 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, también conocida como Ley Corta I,

² CAMERON 2007, 7.

³ Como señala MOLINA 2017, 32, "se entiende por economías de escala (o rendimientos crecientes a escala) cuando el costo medio a largo plazo disminuye al aumentar la producción". Estas economías de escala generan los denominados monopolios naturales en los segmentos de transmisión y distribución eléctrica. Sin embargo, en los segmentos de generación y comercialización no existen o son escasas, por lo que son potencialmente competitivos.

⁴ Al respecto, vid. OLIVARES 2014, 211-214.

⁵ MARDONES 2020, 210.

⁶ Ídem., 212.

que reformuló sustancialmente la regulación del segmento.

Así, en lo que respecta a la actividad de planificación de la transmisión, se debe tener presente que hasta antes de la implementación de la Ley Corta I, las inversiones que las empresas debían realizar se encontraban limitadas pues las compañías transmisoras recibían los ingresos necesarios para cubrir sus costos con independencia de los niveles de demanda u oferta de energía en el sistema, lo que ocasionaba un desincentivo para el desarrollo de nueva infraestructura, generándose cuellos de botella relevantes en distintos puntos del sistema eléctrico⁷.

A raíz de lo anterior, la Ley Corta I buscó relevar el rol fundamental del segmento de transmisión para el sistema, y la necesidad del regulador de hacerse cargo de generar las correcciones necesarias para el desarrollo y funcionamiento del mercado en su conjunto. Esto se plasmó en modificaciones fundamentales en la regulación de la actividad económica de transmisión, a saber: i) la definición de que se trata de una actividad de servicio público, por lo que debe operar bajo condiciones de confiabilidad y calidad determinadas, quedando sujeta a la obligación de prestación de servicio e inversión; ii) la diferenciación del sistema de transmisión de acuerdo con la funcionalidad y objetivo de las redes, distinguiéndose entre sistema troncal, subtransmisión y transmisión adicional; y iii) mediante el establecimiento de un nuevo mecanismo de expansión de las instalaciones, centralizado para el caso del sistema de transmisión troncal, y unilateral, conforme al criterio del operador, en el caso de la subtransmisión.

III. La Ley de Transmisión: diagnóstico y objetivos

Si bien el mensaje de la Ley de Transmisión indica que la Ley Corta I constituyó un primer esfuerzo relevante por regular sistemáticamente la transmisión en nuestro país⁸, también manifiesta la necesidad de avanzar en la elaboración de una regulación más integral del segmento, señalando que el diagnóstico entre "expertos y actores vinculados al sector eléctrico" era que la Ley Corta I había resultado insuficiente para el adecuado desarrollo del sistema eléctrico en su conjunto.

En cuanto a la planificación del sector, se estimaba que la transmisión troncal requería de

una visión estratégica de largo plazo, que permitiese incorporar algunas de las variables que enfrentaban los desarrolladores de proyectos de generación y promover un sistema que considerara obras con holguras, es decir, con una capacidad suficiente para soportar en forma segura aumentos futuros en la energía transportada. Asimismo, debido a su relevancia, se consideró necesario incorporar a la subtransmisión en la planificación centralizada, a fin de solucionar los problemas de congestión derivados de la falta de obligatoriedad de su expansión y promover un crecimiento integral de la red.

Otros puntos relevantes que surgieron en la discusión legislativa fueron la carencia de instancias de participación ciudadana en las decisiones de localización de líneas y subestaciones, la falta de criterios territoriales para la expansión de la transmisión, con la consecuente alza en la oposición social al desarrollo de proyectos, y la necesidad de considerar en la expansión de las instalaciones variables con una perspectiva de largo plazo, a fin de incorporar nuevas tecnologías, gestión de la demanda y aspectos asociados a la resiliencia ante situaciones extremas, entre otros⁹.

En definitiva, lo que se buscó con la Ley de Transmisión fue dotar al Estado de facultades suficientes para adoptar un rol preponderante en el desarrollo del sistema eléctrico, siendo responsable de conciliar los objetivos económicos, ambientales y sociales de la industria en beneficio del bien común. Para lograr lo anterior, se reformuló la planificación de la transmisión, relevándose su rol y robusteciéndose su regulación.

1. Reformas implementadas

En conformidad con el diagnóstico existente, la Ley de Transmisión implicó la mayor reestructuración del segmento desde la promulgación de la LGSE. Como se indicó, las modificaciones tuvieron en el procedimiento de planificación la transmisión uno de sus principales ejes, a través del cual se buscó diseñar un procedimiento que permitiera expandir armónicamente las instalaciones de nuestro sistema, con visión de largo plazo y un enfoque eminentemente territorial.

De tal manera, se incorporó un nuevo proceso Planificación Energética de Largo Plazo ("PELP"), a cargo del Ministerio de Energía, a realizarse quinquenalmente y con un horizonte de 30 años. Mediante este nuevo

⁷ ARIZTÍA 2016, 41.

⁸ Historia de la Ley N° 20.936, 5-6.

⁹ Historia de la Ley N° 20.936, 5-6.

instrumento, se buscó entregar los lineamientos generales de los escenarios de largo plazo que muestren el desarrollo de la demanda y oferta de energía en el país, incluyendo en su análisis a la eficiencia energética, las nuevas tecnologías, la generación distribuida, las redes inteligentes, entre otros.

Asimismo, se extendió la planificación anual, a cargo de la CNE, a todo el segmento de transmisión, considerando expansiones vinculantes y con un horizonte de al menos 20 años. Tal como dispone la ley, en este proceso el planificador debe considerar la PELP y los objetivos de eficiencia económica, competencia, seguridad y diversificación establecidos para el sistema eléctrico, para lo cual debe ajustarse a los siguientes criterios: i) minimizar los riesgos de abastecimiento; ii) crear condiciones que promuevan la oferta y faciliten la competencia; iii) considerar instalaciones económicamente eficiente y necesarias para el desarrollo del sistema eléctrico; iv) posibilitar la modificación de instalaciones existentes a fin de realizar ampliaciones evitando duplicidades. De igual manera, se formalizan distintas instancias de participación ciudadana, en conformidad con el nuevo procedimiento, son aplicables a la planificación de la transmisión.

Por último, se crea la categoría de sistemas de transmisión para Polos de Desarrollo, con el objetivo de facilitar que zonas con alto potencial de generación de energía puedan aprovechar las mismas instalaciones de transmisión bajo criterios de eficiencia y optimización económica, así como un nuevo mecanismo de optimización y facilitación territorial para los grandes proyectos de transmisión denominado estudio de franjas, cuya finalidad es lograr la determinación de trazados de las redes que se puedan imponer legalmente y que, a la vez, sean armónicos desde una perspectiva económica, social y ambiental, para aquellas instalaciones que el regulador considere necesario¹⁰.

2. Resultados de la nueva transmisión

El primer proceso PELP correspondió al del periodo 2018-2022, y fue elaborado por el Ministerio de Energía en febrero de 2018. En este proceso pionero pudo participar toda persona natural o jurídica inscrita en el regis-

¹⁰ El detalle del procedimiento para la realización del Estudio de Franjas se encuentra contenido en el Decreto N° 139 del Ministerio de Energía, de 22 de marzo de 2017, Reglamento para la determinación de franjas preliminares para obras nuevas de los sistemas de transmisión ("Reglamento Estudios de Franjas").

tro establecido en el artículo 83° de la LGSE, quienes contaron con la posibilidad de acceder a las audiencias públicas convocadas al efecto, realizar observaciones a los instrumentos emitidos y ser notificados de las distintas etapas e hitos del proceso. La PELP 2018-2022 incluyó cinco escenarios energéticos, cuyos antecedentes fueron actualizados anualmente a lo largo del período respectivo.

Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 84° de la LGSE, en 2021 se inició el segundo proceso PELP, correspondiente al periodo 2023-2027. En esta oportunidad, se definieron tres escenarios energéticos y, como novedad, atendidas las proyecciones de inversión en la zona, las provincias de Antofagasta y Tocopilla, en la Región de Antofagasta, fueron dispuestas como potenciales polos de desarrollo de generación eléctrica, en conformidad con lo establecido en el artículo 85° de la LGSE.

En relación con la planificación anual de la transmisión, tal como se indicó en el acápite precedente, el procedimiento se complejizó pues, a diferencia de la antigua planificación que sólo consideraba al segmento de transmisión troncal –en un proceso simultáneo de expansión y tarificación realizado cuatrienalmente–, con la promulgación de la Ley de Transmisión se extendió la planificación a todo el segmento de transmisión, pasando a realizarse anualmente y mandatando al planificador a considerar una serie de nuevos criterios para el desarrollo del proceso¹¹.

Al respecto, una de las principales dificultades que ha debido enfrentar el nuevo proceso de planificación ha sido el cumplimiento de los plazos de los hitos establecidos en la ley. Así, a modo de ejemplo, los últimos tres pro-

¹¹ La planificación se encuentra establecida en los artículos 87° y siguientes de la LGSE. Sin perjuicio de lo anterior, la regulación de detalle del proceso se encuentra contenida en el Reglamento de Transmisión, específicamente, en su Título III. A modo de síntesis, el procedimiento anual de planificación inicia con el envío, dentro de los primeros quince días de cada año, de una Propuesta de Expansión por parte del Coordinador a la CNE. Posteriormente, existe una etapa de promoción de proyectos por parte de los interesados y la posibilidad de que el Coordinador complemente o modifique su Propuesta de Expansión en base a ellos. Luego, dentro del tercer trimestre del año, la CNE debe emitir el informe técnico preliminar que contiene el Plan de Expansión, el cual podrá considerar o no los proyectos promovidos. Finalmente, una vez transcurrido el plazo para realizar observaciones al informe técnico preliminar, la CNE debe emitir y comunicar el informe técnico definitivo que contiene el Plan de Expansión, aceptando o rechazando fundadamente las observaciones planteadas, momento en el cual comienza a correr el plazo para que los interesados puedan presentar sus discrepancias ante el Panel de Expertos.

cesos de planificación, correspondientes a los años 2020, 2021 y 2022, han tardado 22 meses en promedio desde su inicio, con el envío de la Propuesta de Expansión por parte del Coordinador a la CNE, hasta su finalización, definida por la dictación de los respectivos decretos expansión por parte del Ministerio de Energía, lejos de la anualidad contemplada en la legislación.

En todos los casos, el mayor retraso se ha originado en la emisión del informe técnico preliminar que contiene el Plan de Expansión por parte de la CNE, el cual, en promedio, demora aproximadamente 7 meses desde el vencimiento del plazo para que el Coordinador complemente o modifique su propuesta de expansión anual, y ha sido emitido, en todos los casos indicados en el párrafo anterior, durante el primer trimestre del año siguiente al periodo de planificación¹².

Finalmente, en lo que respecta al nuevo procedimiento de estudio de franjas, cabe señalar que el Decreto Exento N° 4, del Ministerio de Energía, de fecha 3 de enero de 2019, que fijó las obras nuevas del sistema de transmisión nacional y zonal correspondientes al Plan de Expansión el año 2017, definió las primeras y únicas obras de transmisión que hasta ahora han debido someterse al procedimiento en cuestión, a saber, las líneas de transmisión 2x500 kV Entre Ríos- Ciruelos, y 2x500 kV Ciruelos-Pichirropulli, energizada en 220 kV¹³.

3. La vía rápida del artículo 102° de la LGSE

Adicionalmente al nuevo proceso de planificación, la Ley de Transmisión definió un mecanismo especial de ejecución y desarrollo para aquella infraestructura que, por ser necesaria y urgente, requería ser excluida de la planificación con el objetivo de materializarse en forma más expedita.

Así, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del art. 102° de la LGSE, para la ejecución de este tipo de instalaciones se

requiere una autorización excepcional de la CNE, previo informe que justifique la necesidad y urgencia de la obra, debidamente aprobado por el Coordinador según el procedimiento y los demás requisitos establecidos al efecto en los artículos 38 y siguientes del Reglamento de Transmisión¹⁴.

Otro punto importante es aquel relacionado con la forma en que se remuneran este tipo de instalaciones, pues la normativa dispone que deben ser consideradas como "obras existentes" para efectos de su valorización, por lo que deben ser incluidas en el proceso cuatrienal de calificación y tarificación de las instalaciones de transmisión que lleva a cabo la CNE¹⁵, lo cual hace que pierdan atractivo económico en relación con la remuneración fijada para los proyectos incluidos en la planificación anual, determinada como resultado de una licitación competitiva entre los actores del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, el mecanismo en cuestión –sin ser su objetivo inicial– se ha transformado en una válvula de escape para la concreción rápida de obras que, por diferentes razones, no pueden sujetarse a los tiempos de la planificación de la transmisión. En tal sentido, la experiencia de los procesos revisados en este trabajo muestra que el procedimiento de planificación, desde su inicio hasta llegar a la dictación de los correspondientes decretos de expansión por parte del Ministerio de Energía, demora aproximadamente dos años, mientras que la aprobación y concreción de una nueva subestación o la ampliación de una línea de transmisión existente por vía del artículo 102° de la LGSE, toma un lapso de entre dos y dos años y medio¹⁶.

¹² El artículo 111 del Reglamento de Transmisión dispone que durante el tercer trimestre de cada año, la CNE deberá emitir el informe técnico preliminar que contenga el Plan de Expansión, el cual deberá ser publicado en su sitio web en la misma oportunidad.

¹³ Este proceso sigue en desarrollo, sin que a la fecha se haya emitido por parte del Ministerio de Energía el respectivo decreto fijando la Franja Preliminar, en conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Reglamento de Estudio de Franjas. En tal sentido, con fecha 6 de julio de 2023, se publicó en el Diario Oficial la Res. N° 29 Exenta del Ministerio de Energía, que declaró la procedencia de realizar un proceso de consulta indígena previo a la dictación del referido decreto.

¹⁴ La regulación de detalle de este tipo de obras se encuentra contenida en el Título II, Capítulo 2, Párrafo V del Reglamento de Transmisión. En particular, el artículo 40 de la referida normativa dispone que se considerarán como necesarias y urgentes las obras que se requieran para asegurar el abastecimiento de la demanda o para aumentar la seguridad y calidad del servicio, así como aquellas obras de transmisión asociadas a proyectos de generación, sistemas de almacenamiento de energía o nueva infraestructura para la prestación de servicios complementarios, siempre que se justifique, si corresponde, su exclusión del proceso de planificación respectivo o su ejecución implique una reducción en los costos de operación y otorgue beneficios netos al sistema.

¹⁵ Según lo dispuesto en los Capítulos III, IV y V del Título III de la LGSE.

¹⁶ Dicha estadística es el resultado del análisis propio elaborado a partir de los decretos de expansión emitidos por el Ministerio de Energía y las resoluciones dictadas por la CNE autorizando la ejecución de obras en virtud de lo establecido en el artículo 102° de la LGSE. A mayor abundamiento, entre los años 2017 y 2022, la CNE ha autorizado

IV. Proyecto de ley de transición energética

Durante el segundo semestre de 2023, inició su tramitación legislativa el proyecto de ley transición energética¹⁷, cuyo objetivo es posicionar al segmento de transmisión eléctrica como sector habilitante para lograr el cumplimiento de las metas climáticas y ambientales dispuestas en la Ley Marco de Cambio Climático (el "PdL").

Para lograr lo anterior, la autoridad redefine los roles de los organismos que forman parte del proceso de expansión de la transmisión y modifica el diseño de la planificación del segmento, con el objetivo de hacer más eficiente y coherente el proceso con la operación de un sistema eléctrico bajo en emisiones, y de promover la competencia y fomentar la incorporación de sistemas de almacenamiento a gran escala.

En particular, en materia de planificación de la transmisión, el PdL reformula el proceso PELP haciendo énfasis en su carácter territorial, para lo cual considera tres instrumentos nuevos que reemplazarían a los existentes. En primer lugar, un Plan Nacional de Energía, con vigencia de ocho años y una actualización a la mitad del periodo, con el objetivo de ser congruente con los procesos de planificación anual, y que deberá utilizar como insumo para su elaboración a los Planes Estratégicos de Energía en Regiones y Polos de Desarrollo; en segundo lugar, se incorporan los Planes Estratégicos de Energía en Regiones, cuyo fin es orientar con un enfoque territorial el desarrollo energético local a nivel regional; y, por último, se redefinen los Polos de Desarrollo de Generación Eléctrica, los que pasan a ser regionales y no provinciales, facilitando su identificación y el establecimiento de sistemas de transmisión idóneos.

Ahora bien, es en relación con el proceso de planificación anual de la transmisión donde el PdL incorpora las modificaciones más profundas. Así, la planificación es reformulada pasando a tener un carácter bienal, sin perjuicio de la emisión de informes de expansión anuales por parte de la autoridad, en los cuales se incluirían las obras nuevas y de ampliación que formarían parte de cada instancia. Lo señalado, con el objetivo de que las obras de más fácil estructuración –ya sea por su simpleza o por existir análisis avanzados provenientes

de procesos anteriores– sean incluidas en un primer informe anual, dejando para el informe que debe ser dictado al término del segundo año de la planificación, a aquellas instalaciones de mayor complejidad que requieren de un nivel de análisis superior.

Asimismo, el PdL introduce un nuevo régimen para las obras de transmisión necesarias y urgentes que se excluyen del proceso de planificación, el cual presenta dos particularidades en relación con el mecanismo actual. En primer lugar, este nuevo régimen se activa por expreso mandato de la autoridad, iniciando con una propuesta de la CNE, ya sea de oficio o a petición del Ministerio de Energía o del Coordinador, la cual requiere de la aprobación del primero y de un informe técnico favorable del segundo de los organismos mencionados. En segundo lugar, a diferencia del mecanismo establecido en el art. 102° de la LGSE, en este régimen las instalaciones se remuneran de la misma forma que las obras del plan de expansión, lo cual constituye un evidente incentivo para su realización oportuna¹⁸.

V. ¿Reestructurar el fondo de la planificación?

Si bien el PdL busca abordar específicamente los retrasos en la ejecución de las obras de transmisión al reformar la periodicidad del proceso de planificación y establecer un nuevo mecanismo de obras necesarias y urgentes mandatadas, no se debe perder de vista que, tal como se indicó al inicio de su tramitación, esta iniciativa de ley busca introducir modificaciones que cuenten con un amplio consenso de las partes interesadas a fin de agilizar al máximo su tramitación legislativa.

Por lo anterior, las medidas que se introducen están dirigidas a obtener resultados eficaces en el corto plazo, más que a reestructurar el fondo de la planificación del segmento de transmisión con el objetivo de contar con planes que indiquen más precisamente la infraestructura que debe formar parte de la expansión de la red, y faciliten la incorporación de nuevas tecnologías que sean coherentes

38 de este tipo de obras, las que corresponden en forma equilibrada a obras nuevas y de ampliación.

¹⁷ Boletín N° 16.078-08.

¹⁸ Como se indicó, la regulación actual de las obras necesarias y urgentes establece que estas "serán consideradas como obras existentes para efectos de su valorización", siendo adscritas transitoriamente por parte de la CNE a uno de los segmentos del sistema de transmisión hasta la siguiente calificación cuatrienal de las instalaciones. Por su parte, la remuneración de las obras incluidas en la planificación anual de la transmisión se determina a partir del resultado de la licitación pública internacional que le corresponde efectuar al Coordinador.

con los desafíos operacionales que supone la amplia penetración de las energías renovables variables en nuestra matriz energética.

Así, si la finalidad es obtener planes de expansión que permitan un crecimiento armónico de la red y coincidan de mejor manera con las necesidades actuales y futuras del sistema, los cambios regulatorios deberían orientarse a definir ciertos aspectos técnicos de detalle en los cuerpos normativos que rigen la planificación de la transmisión, particularmente, en relación con la modelación de las variables consideradas en el proceso y la realización periódica de estudios especializados, de manera de facilitar reevaluación permanente de las metodologías que lo rigen.

En este orden de ideas, cabe señalar que el actual procedimiento de planificación que contempla nuestra legislación implica un proceso complejo, el cual, según lo dispone el artículo 87° de la LGSE, se encuentra orientado por la eficiencia económica, la competencia, la seguridad y la diversificación de las instalaciones del sistema eléctrico, que debe contemplar holguras y redundancias para la operación de las redes, y cuya metodología en general se encuentra consagrada en el Reglamento de Transmisión, donde se realiza una aproximación secuencial por etapas en las que la planificación debe abordar la inclusión de los conceptos previamente señalados.

En tal sentido, atendida su complejidad y el aprendizaje que se adquiere durante su desarrollo, la normativa que regule la planificación necesariamente debe contar con la flexibilidad suficiente para permitir la inclusión de mejoras continuas, inherentes a procesos en permanente evolución. Por tanto, si bien los referidos aspectos técnicos de detalle podrían normativizarse mediante la inclusión de capítulos específicos en el Reglamento de Transmisión, o incluso mediante la elaboración de una Norma Técnica de Planificación, lo esencial es que su regulación entregue espacio suficiente para la inclusión de avances que faciliten el perfeccionamiento de los procesos.

Por otra parte, si se busca exclusivamente acelerar la planificación y lograr que los proyectos de transmisión cuya materialización es más urgente se ejecuten en forma rápida, medidas como las incluidas en el PdL parecen ir en el camino regulatorio adecuado, aunque no suficiente.

Lo indicado, pues un proceso bienal facilitaría la incorporación de obras más simples o previamente analizadas al término del primer

año, mientras que en el segundo año se impulsarían aquellas obras más complejas y que, por tanto, requieren de un nivel mayor de estudio. A nuestro juicio, esto no sólo ordenaría el proceso de planificación sino que sinceraría los plazos establecidos para el cumplimiento de hitos por parte de la autoridad, los que, como se revisó anteriormente. Adicionalmente, el nuevo mecanismo de obras necesarias y urgentes mandatadas permitiría complementar más profundamente la planificación, otorgando nuevas herramientas a la autoridad para promover en el crecimiento del sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, una materia de la cual no se hace cargo el PdL es de las crecientes complejidades territoriales que enfrentan los grandes proyectos de transmisión y las dificultades que ello implica para la transición energética. Si bien la Ley de Transmisión intentó abordar el asunto mediante la implementación del procedimiento de estudio de franjas, lo cierto es que dicho mecanismo ha resultado lento y poco flexible para los fines que se tuvo a la vista al momento de su incorporación¹⁹. En tal contexto, la implementación de un régimen adecuado que permita la coordinación temprana entre partes interesadas en relación con la localización de la infraestructura, y que unifique criterios en cuanto a la tramitación de los permisos necesarios para la ejecución de los proyectos, continúa siendo un asunto pendiente para nuestra regulación en materia eléctrica.

VI. Desarrollo armónico a nivel de generación

Si bien el presente trabajo se ha centrado en revisar la planificación de la transmisión, con el objetivo de abordar las reformas necesarias para que el segmento actúe como habilitante de la transición energética, no caben dudas de que una correcta sincronización entre el desarrollo de los proyectos de generación y la

¹⁹ Al efecto, lo que el legislador buscaba con este mecanismo era lograr un equilibrio económico, social y ambiental para la definición de trazados, dotando al sistema de mayor certeza para la realización de los proyectos, otorgando un rol preponderante al Estado y reduciendo los riesgos de los inversionistas. Sin perjuicio de lo anterior, la excesiva dilación evidenciada en el primer proceso de Estudio de Franjas, llevó a que el Estudio de Franja determinado inicialmente para la obra de transmisión "Nueva línea HVDC Kimal – Lo Aguirre", fuese revocado mediante Decreto Exento N° 163 del Ministerio de Energía, de fecha 1 de septiembre de 2020, debido a la trascendencia de la obra para el sistema en general y las dificultades que conllevaría un eventual atraso producto de la ejecución del estudio en cuestión. Al respecto, vid. Historia de la Ley N° 20.936, 11-12.

expansión de las redes de transmisión es fundamental para lograr el crecimiento armónico de nuestro sistema eléctrico, en línea con las metas de descarbonización existentes.

Así, no obstante que el análisis de las reformas para lograr lo anterior excede largamente el propósito de este estudio, cabe señalar que, en tanto no exista una coordinación suficiente entre el desarrollo de la generación y la expansión de la infraestructura de transmisión, cualquier modificación a la planificación no será suficiente para evitar la congestión en zonas altamente saturadas en cuanto a producción de energía y el subsecuente vertimiento de los recursos.

Por lo anterior, un requisito sine qua non para que el segmento de transmisión sea un actor principal en el tránsito hacia la carbono neutralidad, es la implementación de reformas a nivel de generación que permitan que la expansión y ubicación de los proyectos sea coherente con las necesidades del sistema.

Para lograr dicho objetivo, resulta necesario comenzar a plantear y analizar medidas tales como el retorno de las señales de localización para la generación, lo cual podría implicar el fin del traspaso a los clientes finales del pago de los costos del sistema de transmisión, dando paso a una tarificación de nuevas inversiones según quien se beneficia de ellas²⁰, o la implementación de modificaciones al régimen actual de acceso abierto, orientadas a establecer desincentivos para la instalación de nuevos proyectos en zonas del sistema previamente congestionadas.

Conclusiones

El nuevo proceso de planificación implementado por la Ley de Transmisión significó el establecimiento de directrices claras dirigidas a orientar la expansión de las redes de transmisión de nuestro sistema eléctrico con un enfoque de largo plazo, dotando a la autoridad central o planificador de nuevas y mayores herramientas para conseguir dicho objetivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el excesivo aumento de los plazos requeridos para desarrollar la infraestructura de red necesaria para evacuar la energía del sistema, pone en riesgo la transición energética y las metas de descarbonización existentes.

Por su parte, si bien los retrasos en el cumplimiento de los plazos legales y regla-

mentarios establecidos para la planificación de la transmisión han contribuido a dicha situación, las reformas en la periodicidad del proceso y el otorgamiento de mayores herramientas al planificador en materia de obras necesarias y urgentes abordan sólo una parte del problema, requiriéndose de modificaciones más profundas para enfrentar eficazmente los desafíos existentes en el actual escenario de transición energética.

Así, en relación con la planificación, dicha reestructuración necesariamente pasa por una evaluación de los resultados obtenidos en materia de expansión de las instalaciones de transmisión, enfocada en la precisión y coherencia de los planes anuales con las necesidades del sistema, y no únicamente en la frecuencia de estos. Por lo anterior, estimamos que una reformulación de mediano plazo del proceso debe enfocarse en la revisión de las metodologías utilizadas para la definición de las obras expansión y en la evaluación de la forma de incorporar aspectos técnicos de detalle en los cuerpos normativos actuales, así como en la consideración sistemática de nuevas tecnologías a lo largo de la planificación. Para lograr lo indicado, resulta esencial definir un mecanismo regulatorio que no sea excesivamente rígido, de manera tal que permita incorporar las mejoras fruto del aprendizaje continuo que es propio de procedimientos en permanente evolución.

Asimismo, otro factor decisivo en los atrasos a nivel de transmisión ha sido la complejidad territorial y la falta de coordinación oportuna en la definición de la ubicación de la infraestructura del sistema. Si bien la Ley de Transmisión buscó hacerse cargo de este punto mediante la implementación del mecanismo de estudio de franjas, dicho procedimiento, hasta ahora, no ha sido una herramienta que facilitadora para el desarrollo de los grandes proyectos del segmento, sino que ha contribuido en el retraso de estos.

Finalmente, cualquier cambio en la regulación del segmento de transmisión orientado a facilitar el desarrollo de la infraestructura necesaria para evacuar la energía del sistema, no será suficiente si es que no existen modificaciones sustanciales relacionadas con la manera en que se desarrollan los proyectos de generación en nuestro país. Para cumplir los desafíos que impone la carbono neutralidad, resulta imprescindible contar con un sistema eléctrico en que la expansión de los segmentos de generación y transmisión se encuentre debidamente coordinada, lo cual implica necesi-

²⁰ Al respecto, vid. HOGAN 2018; Avar 2022.

riamente analizar medidas que aborden directamente el asunto, ya sea mediante el retorno de las señales de localización para la nueva infraestructura de generación y/o a través de la implementación de reformas al modelo actual de acceso abierto a las redes de transmisión, que desincentiven el desarrollo de nuevos proyectos en zonas altamente saturadas.

Bibliografía citada

- AVAR, Ali (2022). A new benefit-based transmission cost allocation scheme based on capacity usage differentiation. *Electric Power System Research* 208. <https://doi.org/10.1016/j.epsr.2022.107880>.
- ARIZTÍA LARRAÍN, María José (2016). Acceso Abierto en los Sistemas de Transmisión Eléctrica [Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. Biblioteca del Congreso Nacional (2023). Historia de la Ley N° 20.936. Establece un nuevo Sistema de Transmisión Eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- CAMERON, Peter (2017). Competition in energy markets. Law and regulation in the European Union. Oxford University Press, 9-36.
- HOGAN, William (2018). A primer on transmission benefits and cost allocation. *Economics of Energy & Environmental Policy* 7 (1), 25-46.
- OLIVARES GALLARDO, Alberto (2014). Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español. *Revista Chilena de Derecho* (41), 210-219.
- MARDONES OSORIO, Marcelo (2019). Naturaleza jurídica de la planificación de la transmisión eléctrica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 205-229. <https://doi.org/10.7764/redae.31.8>.
- MOLINA VARGAS, Alejandro (2017). Las economías de escala en la industria eléctrica ¿Es la electricidad

un monopolio natural?. *Revista Tiempo Económico* (35), 30-35.

Normativa citada

- 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. No. 38.681.
- Ley N° 19.940 de 2004. Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos. 12 de marzo de 2004. D.O. No. 37.810.
- Ley N° 20.936 de 2016. Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. 11 de julio de 2016. D.O. No. 41.512.
- Decreto N° 163 de 2020 [Ministerio de Energía]. Revoca parcialmente Decreto N° 231 exento, de 2019, del Ministerio de Energía, que fija obras nuevas de los Sistemas de Transmisión Nacional y Zonal que deben iniciar su proceso de licitación o estudio de franja, según corresponda, en los doce meses siguientes, del Plan de Expansión del año 2018, en lo referido a la obra que indica. 27 de agosto de 2020. D.O. No. 47.745.
- Decreto N° 37 de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión. 06 de mayo de 2019. D.O. No. 42.961.
- Decreto N° 4 de 2019 [Ministerio de Energía]. Fija las obras nuevas del sistema de transmisión nacional y zonal correspondientes al Plan de Expansión el año 2017. 03 de enero de 2019. D.O. No. 42.249.
- Decreto N° 139 de 2017 [Ministerio de Energía]. Reglamento para la determinación de franjas preliminares para obras nuevas de los sistemas de transmisión. 19 de octubre de 2016. D.O. No. 41.715.

La servidumbre eléctrica: pasado, presente y futuro

Electric easment right: past, present and future

Sergio Corvalán Valenzuela*

Luis Felipe Mengual Henríquez†

RESUMEN: El presente trabajo busca relevar algunos puntos sobre las servidumbres eléctricas, el procedimiento para constituir las, y hacer presente algunos problemas de su regulación. Se divide en el *pasado*

* Abogado, Universidad Diego Portales. Magister en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: corvalanv@gmail.com. Dirección Postal: Ricardo Lyon 2592, Providencia, Santiago.

† Abogado, Universidad de Chile (*Summa cum laude*). Diplomado en Política y Derecho de la Competencia, Universidad de Chile. Correo electrónico: lmengualh@gmail.com Dirección Postal: Alcalá de Henares N° 7487, La Reina, Santiago.

donde se revisa la historia legal de la servidumbre, *presente* donde se resume su tramitación y algunos problemas asociados, y *futuro* donde se sugieren algunos ajustes en su regulación.

Palabras clave: Derecho de servidumbre, concesión eléctrica, procedimiento administrativo, reforma regulatoria.

ABSTRACT: This paper aims to highlight some of the issues related to electric easements rights, the procedure to establish them, and some of the problems associated with their regulation. It is divided into the *past*, where the legal history of easements is reviewed, the *present*, where the procedure and some related problems are summarized, and the *future*, where some adjustments to their regulation are suggested.

Keywords: easement right, electric concession, administrative procedure, regulatory reform.

Introducción¹

El derecho real de servidumbre en materia eléctrica otorga a la instalación beneficiada una serie de prerrogativas respecto de los predios que se verán afectados por un proyecto eléctrico.

Aun cuando su importancia es vital para el desarrollo energético del país, hay ciertos aspectos prácticos que demoran su establecimiento. Para proyectos de transmisión nacional, el promedio de tramitación de la concesión y subsecuente servidumbre es de 25 meses, aproximadamente.

El presente trabajo muestra tres *tiempos* de la servidumbre: su *pasado*, donde hacemos una breve memoria histórica de su establecimiento. Su *presente*, donde se resumen los tiempos de tramitación a los que hemos llegado luego de una revisión de solicitudes de concesión. Además, se esbozan unos problemas asociados a la actual regulación de su establecimiento. Finalmente, en cuanto a su *futuro*, sugerimos algunos ajustes regulatorios para enfrentar las dificultades relevadas anteriormente.

I. Pasado de la servidumbre eléctrica

1. Orígenes de la servidumbre en materia eléctrica y de telecomunicaciones: historia legislativa

El origen de las servidumbres viene del concepto que consagró el CC. El artículo 820 indica: "Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre

un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño".

Los primeros antecedentes de la regulación especial de las servidumbres, tanto eléctricas² como de telecomunicaciones³, se remontan a una Ley que data de 1871, en la que se establecía, tangencialmente, el derecho de paso para la postación de líneas telegráficas. El mencionado cuerpo legal otorgaba una serie de subsidios y privilegios a la sociedad Clark y Cía., que pretendía establecer una línea telegráfica entre Chile y Argentina⁴.

Luego, viene la Ley N° 1.665 de 1904. Su título era "Prescripciones para la concesión de permisos para la instalación de empresas eléctricas en la República", y constituyó el primer texto legal que reguló el fenómeno eléctrico⁵. Es interesante destacar que fue también la primera norma de carácter legislativo⁶ que buscó regular de modo general y sistemático a las telecomunicaciones. Desde la dictación de esta norma, y hasta la dictación de la Ley General de Telecomunicaciones, el fenómeno de las telecomunicaciones tendría un lugar accidental en los cuerpos normativos dedica-

² VERGARA 1999, 45.

³ SIERRA 2008, 24.

⁴ Sierra comenta que, respecto del telégrafo, se da una situación particular, que contrastaba con el carácter centralizado del desarrollo de los servicios eléctricos y posteriormente incluso de telecomunicaciones: en el caso del telégrafo, la iniciativa privada fue su principal impulsora. El Estado, por medio de leyes, otorgaba a particulares subsidios o privilegios a empresarios particulares que desarrollaban el negocio. Véase SIERRA 2008, 24.

⁵ VERGARA 2004, 43.

⁶ Existió un hito regulatorio anterior, pero de carácter administrativo, que buscó regular de manera sistemática a las telecomunicaciones: el "Decreto sobre líneas telegráficas, telefónicas y cable sub-marino" de septiembre de 1888 dictado por el Presidente Balmaceda. Lo interesante de este acto administrativo es que reunía en un cuerpo normativo la regulación de las telecomunicaciones, separada de la regulación eléctrica, cosa que posteriormente y hasta 1982 no sería así. Véase SIERRA 2008, 25.

¹ Abreviaturas: Código Civil (CC); Código de Procedimiento Civil (CPP); Contraloría General de la República (CGR); Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA); Ley General de Servicios Eléctricos de 1982 (LGSE); Ley General de Telecomunicaciones (LGT); Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE); Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).

dos al fenómeno eléctrico⁷. Respecto al tema objeto de este artículo, debe indicarse que no se estableció expresamente el concepto de servidumbre, aunque se estableció otro derecho relacionado: el otorgamiento de permisos para la ocupación de bienes nacionales o fiscales con líneas eléctricas.

Después vendría la dictación de una norma fundamental, en materia tanto eléctrica⁸ como de telecomunicaciones⁹: el Decreto Ley N° 252 de 1925. Este Decreto Ley fue dictado por una Junta Militar compuesta por el General Dartnell, el Almirante Ward, y don Emilio Bello Codesido¹⁰. Por primera vez, de forma expresa en su Título III, se regula a la servidumbre en materia eléctrica¹¹ (y de telecomunicaciones). Su artículo 43 señalaba lo siguiente:

“La servidumbre de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica y de líneas telefónicas y telegráficas crea en favor del concesionario el *derecho de tender líneas aéreas sobre propiedades ajenas, de ocupar los terrenos necesarios para el transporte de la energía eléctrica desde la estación jeneradora o central hasta los lugares de consumo o de aplicación, por medio de postes o de conductos subterráneos, y para ocupar los terrenos necesarios para las sub-estaciones eléctricas, incluyendo las habitaciones para el personal*”¹².

Luego, se dicta en 1931 el Decreto con Fuerza de Ley 244, que aprueba la Ley General de Servicios Eléctricos, por el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo. En materia de servidumbres, siguió en gran medida a su norma antecesora: contiene un título especial para estos gravámenes, aunque algunos perfeccio-

namientos fueron introducidos¹³. Es importante destacar que este cuerpo legal usó por primera vez el concepto de servicio público, en su artículo 3: “Es servicio público la distribución de energía para alumbrado y usos industriales de poblaciones, la comunicación telegráfica entre poblaciones, la comunicación telefónica entre y dentro de poblaciones, la radiocomunicación entre poblaciones y la radiodifusión”¹⁴.

Posteriormente, se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 1959, que fija el texto definitivo de la Ley General de Servicios Eléctricos, en el gobierno de Jorge Alessandri¹⁵. En materia eléctrica, y en lo que respecta a la servidumbre, este cuerpo legal reitera los principios y disposiciones de las normas de 1925 y 1931¹⁶.

Como se ha comentado hasta ahora, las servidumbres para tender líneas, tanto eléctricas como de telecomunicaciones se encontraban íntimamente unidas en su regulación. En este cuerpo legal se puede ver una manifestación de ello, en su artículo 87:

“*Las servidumbres de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica de líneas telefónicas, telegráficas, cablegráficas y de otras líneas físicas de telecomunicaciones crean en favor del concesionario el derecho a tender líneas por medio de postes o de conductos subterráneos sobre propiedades ajenas y ocupar los terrenos necesarios para el transporte de la energía eléctrica, desde la estación generadora o central hasta los puntos de consumo o de aplicación, y para ocupar los terrenos necesarios para las subestaciones eléctricas incluyendo las habitaciones para el personal.*”

⁷ Esta norma “inauguró una lógica que pervivió casi 80 años, hasta 1982: la regulación conjunta de los servicios de telecomunicaciones y de los servicios eléctricos”. SIERRA 2008, 28.

⁸ “Es la primera ley que trata la materia eléctrica con mayor detalle y sistematización”. VERGARA 1999, 45.

⁹ “Es, en varios sentidos, antecedente del marco regulatorio que hoy rige a las telecomunicaciones”. SIERRA 2008, 30.

¹⁰ Esta fue la segunda Junta Militar que sucedió a Arturo Alessandri, luego del “Ruido de Sables” de 1924. También, fue la que llamó de vuelta a Alessandri para que retomara el poder a fines de marzo de 1925, quien a su vez convocó una Gran Comisión Consultiva para la redacción de un nuevo texto constitucional que se transformaría en la Constitución de 1925.

¹¹ VERGARA 1999, 45.

¹² El artículo 40 de esta norma consagra el principio de que la concesión crea el *derecho de servidumbre en favor de la empresa concesionaria, siendo las gestiones posteriores de ocupación actos dirigidos a hacer efectiva la servidumbre*. Véase VERGARA 2004, 45.

¹³ Véase VERGARA 1999, 47.

¹⁴ Véase SIERRA 2008, 36 para revisar otras innovaciones conceptuales que esta norma incorporó y que hasta hoy perduran.

¹⁵ Una de las innovaciones de este cuerpo legal, en materia de telecomunicaciones, fue la definición de sistema de telecomunicaciones: “todo sistema que permita la transmisión de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, etc., ya sea por medio de conductores, radio, sistemas ópticos u otros sistemas electromagnéticos”. Esta redacción es el antecedente directo del Artículo 1 de la Ley N° 18.168: “Para los efectos de esta ley, se entenderá por telecomunicación toda *transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos* e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, *medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*”.

¹⁶ Esta norma, para el sector de telecomunicaciones, es bastante relevante, ya que es la base de la Ley N° 18.168. Así lo indica la Historia de la Ley: “En este proyecto, ha parecido conveniente reproducir y actualizar, pero sin complicar, algunas *disposiciones de la antigua Ley General de Servicios Eléctricos* que en su aplicación han demostrado su eficacia, y sugerir nuevas disposiciones aplicables a materias que, como se señaló, en el pasado no fueron tratadas”.. Historia de la Ley N° 18.168, 3.

Las servidumbres de antenas y sistemas irradiantes crean el derecho de ocupar los terrenos necesarios para estas instalaciones incluyendo también las habitaciones del personal”.

Finalmente, en 1982, se dicta la actual LGSE, la que contiene la regulación de servidumbres en su actual Capítulo V del Título II, y cuyas particularidades se comentarán en la sección presente.

2. Breve excurso: separación de la servidumbre de telecomunicaciones y la servidumbre eléctrica

Hemos comentado que, a lo menos durante 80 años, la regulación de telecomunicaciones se realizó *a propósito* o *con ocasión* de la regulación eléctrica. La dictación de la LGT y de la actual LGSE vino a cambiar aquello, separando la regulación de ambos fenómenos en sendos cuerpos normativos sectoriales¹⁷.

La principal razón que encontramos para su separación fue que la regulación conjunta de ambos fenómenos era insuficiente para enfrentar correctamente los avances tecnológicos y normar correctamente los variados servicios de telecomunicaciones¹⁸. Las telecomunicaciones, al menos desde los años 70, comenzaron

¹⁷ “La segunda cuestión tras este cambio de nombre es el fin de la regulación promiscua de telecomunicaciones y electricidad, que fue la tendencia histórica desde la Ley N° 1.665 de 1904. En 1982 esta regulación se separó: una ley específica para las telecomunicaciones y otra específica para la electricidad”. SIERRA 2008, 51.

¹⁸ “Hasta el presente, la labor realizada en el sector de las telecomunicaciones se ha basado en las normas establecidas en la Ley General de Servicios Eléctricos y sus reglamentos, la cual a pesar de contener sabias disposiciones ha quedado sobrepasada por los avances tecnológicos que ha experimentado dicho sector, existiendo vacíos en diversas materias.

Estas son, entre otras, las necesidades que se tratan de llenar por medio del presente proyecto. Además, en él se hace una separación definitiva de los asuntos de telecomunicaciones con los eléctricos que en la ley actual se encuentran tratados conjuntamente”. Historia de la Ley N° 18.168 de 1982, 3 (*énfasis añadido*).

El primer informe técnico de la Ley N° 18.168, de 1982 también menciona algo similar:

“Sin embargo, las características propias del Sector Telecomunicaciones —entre las que cabe señalar la prestación de un servicio final que es el producto de operar sistemas que actúan conjuntamente, los continuos avances e innovaciones tecnológicas y la variada cantidad de servicios de Telecomunicaciones intrínsecamente diferentes han llevado a postular la necesidad de considerarlo separadamente. El primer intento de ello fue la creación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones dentro del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones mediante el Decreto Ley N° 1762 de 1977, el que señala explícitamente la obligación de formular una Ley General de Telecomunicaciones”. Historia de la Ley N° 18.168, de 1982, 5 (*énfasis añadido*).

a ser una realidad tan compleja y densa en sí misma, que se vio la necesidad de tener una regulación especial.

Una manifestación anterior a la LGT, que daba cuenta del desarrollo del fenómeno de telecomunicaciones y su consecuente necesidad de regulación particular, fue la dictación del Decreto Ley N° 1.762 que creó la Subsecretaría de Telecomunicaciones:

*“Es evidente que el desarrollo inconmensurable de las telecomunicaciones motivó a la H. Junta de Gobierno a crear la Subsecretaría de Telecomunicaciones como el Organismo Técnico Superior encargado de dirigir, orientar, controlar y desarrollar las telecomunicaciones en el país. Y para el cumplimiento de esas funciones debe dotársele de instrumentos legales adecuados a las necesidades que actualmente existen en este campo de la actividad”*¹⁹.

Ahora bien, respecto de las servidumbres, una revisión de la Historia de la LGT nos da luces sobre su origen. Este fue, en efecto, uno de los aspectos en donde la Ley General de Telecomunicaciones buscó apartarse expresamente de la regulación eléctrica:

*“El artículo 16°, finalmente, señala que las servidumbres que afecten a la propiedad privada deberán constituirse y regirse por las normas generales del derecho común, aspecto éste en que el proyecto modifica substancialmente la legislación vigente. En efecto, el citado decreto con fuerza de ley N° 4, de 1959, en sus artículos 84 y siguientes, regula todo un sistema especial de servidumbres legales que ceden en beneficio de las concesiones regidas por ese cuerpo legal, las que son impuestas obligatoriamente a los particulares afectados, sin perjuicio de adoptarse los resguardos publicitarios indispensables para que éstos puedan hacer valer oportunamente sus correspondientes derechos”*²⁰.

Es interesante hacer notar que en algún momento de la tramitación de la LGT, se criticó este intento de modificar la regulación de las servidumbres en terrenos privados en materia de telecomunicaciones, para supeditarlas a las normas del derecho común. En un oficio de indicaciones de 30 de abril de 1980, una de las observaciones al proyecto de la LGT se refiere a las servidumbres:

“En relación con la norma contenida en el artículo 16°, se discrepa fundamentalmente

¹⁹ Historia de la Ley N° 18.168, 3 (*énfasis añadido*).

²⁰ Historia de la Ley N° 18.168, 31.

de ella, por cuanto al parecer, se confunde el establecimiento de las servidumbres con las indemnizaciones a que pudieren dar lugar.

Se estima imprescindible contemplar las servidumbres legales en forma similar a las establecidas en el DFL. N° 4, de 1959 y en la ley N° 17.377²¹.

Finalmente, se mantuvo la propuesta de la LGT de que las servidumbres en materia de telecomunicaciones se rigieran por el derecho común. La principal razón que la comisión legislativa consideró para diferenciar la regulación de telecomunicaciones, específicamente en materia de servidumbres, era que no se justificaba regulatoriamente el *imponer tantas cargas a los propietarios de predios privados*, nuevamente, por razones de avance tecnológico:

“7) Al artículo 15, 14 en el proyecto sustitutivo. Hubo acuerdo en no considerar la proposición que venía formulada en el sentido de establecer que las servidumbres que puedan hacerse necesarias para un servicio de telecomunicaciones fueran de carácter legal, tal como ocurre en el presente.

La norma del proyecto altera el régimen actual de servidumbres legales en el área de las telecomunicaciones, la que las deja *entregadas al libre convenio de las partes involucradas*. Se apoya el cambio en la *falta de una real justificación técnica* en el presente, para mantener la carga que significan las servidumbres legales sobre los propietarios de los predios sirvientes. En efecto, *el avance tecnológico en materia de telecomunicaciones*, ha hecho y hace cada vez más innecesarios los tendidos de cables y consiguientes postaciones, que eran los que mayoritariamente sustentaban la necesidad que antaño hubo de imponer por ley las servidumbres²².

Posteriormente, en el informe de la Cuarta Comisión Legislativa, se incorporó la idea de que, no obstante dejarse en general la regulación de las servidumbres en terrenos privados, igual debía existir un caso de servidumbre legal, en caso de que no se podía llegar a un acuerdo de las partes y el servicio fuere “imprescindible”. No se ahonda especialmente en este concepto, destacándose sólo el ya comentado hecho de que las servidumbres en terrenos privados se regirán por el derecho común:

“El mismo criterio [la protección del derecho de propiedad] se sigue cuando la naturale-

za del servicio exige constituir servidumbres en predios privados para sus instalaciones disponiéndose que éstas deben ser libremente pactadas por las partes y que sólo se contempla la servidumbre legal en el caso de imposibilidad de lograr un acuerdo y siempre, por cierto, que el servicio resulte imprescindible”²³.

En definitiva, la protección a la propiedad privada y la falta de justificación técnica fueron las razones para diferenciar las servidumbres de telecomunicaciones, de las establecidas en la normativa eléctrica.

II. Presente

1. ¿Para qué sirve hoy la servidumbre eléctrica?

Cuando se piensa hoy en el derecho de servidumbre para ejecutar proyectos eléctricos se hace básicamente por razones de certeza jurídica. Ellas se encuentran íntimamente conectadas con razones financieras, e incluso estratégicas, según veremos a continuación.

La regulación eléctrica distingue dos tipos de servidumbres legales²⁴: aquellas que se establecen en favor de un concesionario para la construcción, establecimiento y explotación de sus instalaciones eléctricas; y un segundo tipo, en favor de terceros y que debe soportar un concesionario o propietario de instalaciones eléctricas para que su infraestructura sea utilizada. En adelante haremos referencia principalmente a las servidumbres eléctricas del primer tipo.

Ser titular de una servidumbre, teóricamente, garantiza la posibilidad de usar una determinada porción de un terreno particular ajeno para establecer e instalar cierta infraestructura, ya sea de generación, de transmisión o transporte, de distribución de energía, o incluso de comunicaciones electrónicas. Es, por decirlo de otra forma, el *remedio jurídico* para resolver el problema de la instalación y explotación de una actividad económica lícita, con ciertos factores de riesgo para la seguridad de las personas o sus cosas²⁵, y que requiere desplegar infraestructura en predios ajenos. Esto nos lleva a profundizar más conforme a la pregunta sobre qué es lo que hay detrás de la situación de hecho que requiere la intervención

²³ Historia de la Ley N° 18.168, 142.

²⁴ Entre otros, ver artículo 71 del Reglamento de la Ley de Servicios Eléctricos.

²⁵ Ley N° 18.410. Artículo 2°: “...el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o sus cosas”.

²¹ Historia de la Ley N° 18.168, 64.

²² Historia de la Ley N° 18.168, 69.

del derecho a través del establecimiento de servidumbres. Indicamos que en principio sería la certeza jurídica, pero eso exige preguntarse nuevamente, ¿certeza jurídica de qué?

Para responder a aquello, primero debemos tener claro que la servidumbre legal eléctrica es el resultado de un proceso administrativo seguido ante la SEC, en una primera instancia, y luego, ante el Ministerio de Energía. Este proceso finaliza con el otorgamiento de un decreto de concesión, al que se suma el reconocimiento de un derecho de servidumbre a favor de su titular, y una obligación de soportarla para quien es propietario del predio que será afectado por la instalación energética. Es decir, la tramitación de una concesión de energía eléctrica da como resultado, entre otras cosas, el establecimiento de una servidumbre en favor del titular de la concesión²⁶.

Muchas veces, por la certeza jurídica que irroga la servidumbre legal, los solicitantes soportan el tener que sortear todo el proceso administrativo de una concesión para llegar a aquel remedio jurídico. Sin embargo, la concesión administrativa es, a su vez, un permiso mucho más amplio y con múltiples efectos distintos a la servidumbre. Uno de ellos, por ejemplo, es el de conferir a su titular la facultad de usar bienes nacionales de uso público, e imponer las servidumbres previamente identificadas a determinados propietarios.

Así entonces, la certeza jurídica de la servidumbre es un pequeño-gran objetivo del proceso de obtención de concesión, que se traduce en la seguridad de que un determinado terreno ajeno se podrá ocupar para establecer instalaciones de energía y luego explotarlas sin que existan perturbaciones que afecten dicho ejercicio²⁷. Aunque, como mencionamos, claramente *no es el único* objetivo.

En los albores de la industria eléctrica, aquella se enfrentaba a una limitación práctica a la hora de ocupar espacios privados para su despliegue. Es interesante pensar que se requirió de una ley que creara una servidumbre especial y ad hoc, debido a que la regulación común existente era insuficiente para permitir el fluido desarrollo de una industria que se orientase a satisfacer necesidades básicas y

comunes²⁸. El uso de la energía eléctrica estaba alocado en la incipiente explotación industrial, en el uso para carros de transporte y en procesos mineros²⁹.

La necesidad de la servidumbre nace, según creemos, como el resultado jurídico para poder otorgar un servicio a la comunidad, especialmente para el reemplazo del transporte público en ese entonces empujado por animales, para la seguridad ciudadana a través de la iluminación de lugares públicos, y en general para el mejoramiento de la calidad de vida en hogares y edificios públicos, etc. Así entonces, la servidumbre del pasado no ha variado ni en su efecto ni en su forma de obtención a la que se requiere hoy. Sin embargo, lo que sí ha variado significativamente es la motivación por la que se requiere dicha servidumbre, la que actualmente apalanca los argumentos legales conforme a los cuales se fuerza el ingreso y la ocupación a un terreno particular para desarrollar una actividad que puede tener un interés público, o una orientación particular.

Basta revisar los objetivos con los que se describen las solicitudes de concesiones de líneas de transmisión para detectar que entre ellas existen algunas con un exclusivo interés particular o dedicado, y hay otras que manteniendo un interés particular también comparten un interés general o zonal-nacional. Esta diferenciación en cuanto al destino que se le dará a la instalación eléctrica y que está definida por el titular de la obra, en la actual regulación, no tiene una diferenciación en cuanto a su tramitación.

Es en este punto en el que quisiéramos detenernos para plantear una interrogante, más allá de que el remedio jurídico es el mismo, ¿no se requerirá un tratamiento diverso entonces, si los objetivos que se buscan son distintos? Nos referimos a un tratamiento que permita diferenciar los motivos o fines perseguidos con la solicitud de concesión y otorgamiento de servidumbre, sin privilegiar a unos sobre otros. Parece razonable que la regulación permitiera dar cabida a procesos diferenciados según sea el impacto de la obra³⁰.

²⁶ O, de otra forma, la servidumbre se le otorga al titular con ocasión del otorgamiento de la concesión.

²⁷ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Artículo 57: "El dueño del predio sirviente no podrá hacer plantaciones, construcciones ni obras de otra naturaleza que perturben el libre ejercicio de las servidumbres establecidas por esta ley".

²⁸ Véase sección 1.2 *supra* para la revisión de la historia de las servidumbres eléctricas.

²⁹ La Central hidroeléctrica Chivilingo fue la primera en Chile y la segunda en Sudamérica (1897), y se construyó por la firma de Thomas Alba Edison, para el desarrollo de la minería de carbón en Lota, gracias a un acuerdo con Isidora Goyenechea.

³⁰ Tómese como ejemplo lo que ocurre en materia de permisos para instalaciones de Pequeños Medios de Ge-

En resumen, no cabe duda que hoy, una servidumbre eléctrica es un remedio relevante frente a potenciales dificultades con las que se deberá lidiar para ejecutar un proyecto eléctrico, y si bien eso se ha mantenido desde los orígenes de la regulación, lo que ha ido cambiando con el tiempo son los objetivos finales de las instalaciones de energía, esto es, el destino que se les atribuye. Tanto el desarrollo del mercado eléctrico como el de la tecnología asociada, ha ido dando espacio a proyectos cuyo principal destino es satisfacer necesidades o intereses *particulares*, lo que a su turno implica revisar si la regulación existente en materia de servidumbres va de la mano con aquellas necesidades y objetivos.

2. Situación de algunas solicitudes de concesión en los últimos 10 años

Al revisar los ingresos de solicitudes de concesión de electricidad en el sitio de la SEC, podemos constatar que en los últimos 10 años dicha repartición registra más de 670 solicitudes³¹.

Con el objetivo de realizar un contraste entre tipo de "instalaciones" y sus objetivos, hemos hecho el siguiente ejercicio: del universo de solicitudes de concesión, seleccionamos 20 proyectos cuyas instalaciones están asociadas a proyectos de generación y en consecuencia, tienen una naturaleza jurídica de instalaciones de transmisión dedicada³².

neración Distribuida, en los que la propia regulación diferencia el tipo de procedimiento administrativo al que se someterán según si tienen o no tienen impacto significativo en la red. El artículo 43 del Decreto Supremo N° 88 de 2019 del Ministerio de Energía señala: "Todo interesado deberá presentar ante la empresa distribuidora correspondiente una SCR junto con un cronograma de la ejecución del proyecto de acuerdo a lo señalado en el artículo 44° del presente reglamento, ambos de acuerdo a los especificados en la normativa técnica vigente, para efectos de permitir la conexión o la modificación de las condiciones previamente establecidas para la conexión u operación de un PMGD. El interesado deberá indicar en su SCR si requiere que su proyecto sea evaluado como de *impacto no significativo de acuerdo a lo señalado en el artículo 86° del presente Reglamento, en cuyo caso será la empresa distribuidora la encargada de realizar los estudios de conexión necesarios*".

³¹ Ese universo de requerimientos contiene, desde luego, solicitudes que han sido reingresadas a raíz de errores que se contenían en sus antecedentes y que se fueron detectando durante su tramitación.

³² Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Artículo 76: "Definición de Sistemas de Transmisión Dedicados. Los sistemas de transmisión dedicados estarán constituidos por las líneas y subestaciones eléctricas radiales, que encontrándose interconectadas al sistema eléctrico, están dispuestas esencialmente para el suministro de energía eléctrica a usuarios no sometidos a regulación de precios o para inyectar la producción de las centrales generadoras al sistema eléctrico".

Las hemos comparado con otros 20 proyectos de líneas de transmisión que forman parte de obras nuevas o de ampliación del sistema de transmisión nacional o zonal, y que por tanto, tienen una naturaleza jurídica de instalaciones de servicio público de transmisión conforme al artículo 7° de la LGSE.

Como señalamos, el ejercicio de comparar busca reflexionar sobre los esfuerzos y recursos puestos en uno y otro tipo de grupos de proyectos, y los impactos en términos de tiempo, de superficie de afectación gravada con servidumbre y de envergadura económica del proyecto. Creemos que deben implementarse algunos ajustes en el proceso de obtención de la concesión y subsecuente servidumbre, que no solo impactarían en las velocidades de tramitación sino en la eficiencia del uso de los recursos públicos.

Conforme al referido análisis, y promediando los tiempos de tramitación que se han considerado desde que la solicitud del proyecto ingresó a la SEC hasta que se publicó el respectivo decreto de concesión, es posible afirmar que, para los proyectos de transmisión *zonal o nacional* analizados, el tiempo promedio fue de 25 meses; lo que contrasta con los 17 meses que en promedio demoró tramitar proyectos de instalaciones *dedicadas*.

Ahora bien, si esos tiempos son analizados en función de la cantidad de predios que resultaron afectados por servidumbre (uno de los objetivos de la solicitud de concesión), el resultado revela que en promedio se tramitaron *más* predios afectados por proyecto de transmisión *nacional o zonal* que por proyectos de instalaciones *dedicadas*. Es decir, los tiempos de estos últimos, a pesar de que son menores, si se los compara por cantidad de predios gravados con servidumbre, podemos afirmar que toma más tiempo obtener una servidumbre para un predio de una instalación dedicada que para una instalación zonal o nacional.

En el mismo sentido opera la comparación por *superficie* de cada predio, es decir, por superficie afectada con la servidumbre: en esos 17 meses promedio que demoró la tramitación de concesiones para proyectos de instalaciones dedicadas, la superficie de afectación con servidumbre fue casi 3 veces menor (48 hectáreas) que la que se logró afectar con servidumbres en las instalaciones nacionales o zonales analizadas (141 hectáreas).

Finalmente, queda en evidencia respecto de la comparación económica, que el costo de los proyectos de transmisión zonal o nacional es

mayor que la de aquellos dedicados, y es consistente con la envergadura del proyecto, con la cantidad de predios afectados y con la superficie que será afectada con la servidumbre.

Los hallazgos mencionados se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 1: Comparación tramitación LAT SSPP/LAT Dedicadas

Criterio de comparación	LAT SSPP	LAT Dedicadas
Tiempo promedio	25 meses	17 meses
Promedio predios afectados	31	6,1
Hectáreas de afectación promedio	141,4	48,1
Promedio de Presupuestos involucrados	US\$ 21,2 millones	US\$ 4,6 millones

Fuente: elaboración propia.

3. ¿Qué ocurre con los plazos de tramitación de una servidumbre legal?

Señalamos que una de las consecuencias³³ de la concesión eléctrica es el establecimiento de servidumbres³⁴. En los casos en que se solicita la constitución de servidumbres, los plazos involucrados se ven seriamente afectados.

Si se descompone el proceso administrativo de obtención de concesión eléctrica, es posible distinguir las siguientes etapas y sus responsables que darán como resultado la servidumbre legal:

Tabla 2: Procedimiento de obtención de concesión eléctrica y servidumbre

Etapas del proceso	Centro de responsabilidad
Solicitud administrativa de concesión	Solicitante
Admisibilidad	Superintendencia
Difusión	Solicitante
Notificación	Solicitante
Observaciones	Terceros
Oposiciones	Terceros
Tasación	Comisión Tasadora
Informe	SEC
Decreto	Ministerio de Energía
Toma de razón	CGR
Proceso judicial de toma de posesión material del terreno	Solicitante

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, si se revisan las distintas etapas y los propósitos asociados a las mismas, es posible detectar ciertas ineficiencias que justificarían un rediseño regulatorio del proceso, tomando en consideración que uno de los principios en estos procesos es precisamente la eficiencia en su tramitación³⁵. Veamos:

(i) *Solicitud de la concesión*. El objetivo aquí es exponer a la autoridad el tipo de instalación eléctrica que se pretende construir y operar, y la superficie y condiciones del terreno que se requiere ocupar, informando expresamente si se requerirá el establecimiento de una servidumbre³⁶. Se busca poner al tanto a la autoridad respecto de las características del proyecto, transparentando los niveles de afectación al derecho de propiedad de terceros que se requiere para su desarrollo³⁷.

³³ Desde otra perspectiva, la Ley no deja margen si se necesita una servidumbre legal que produzca el efecto de imponer forzosamente el uso de una superficie de terreno ajeno al titular de la instalación: se deberá pasar necesariamente por el proceso administrativo solicitud de concesión. Es un tránsito ineludible si lo que se busca es la servidumbre legal.

³⁴ Sin embargo, puede ser que no sea necesario el constituir las, por la naturaleza del proyecto.

³⁵ Así lo dispone el inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 18.575, de 2001: "La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

³⁶ Artículo 25 letra e de la LGSE.

³⁷ El artículo 25 de la LGSE regula el detalle del contenido de la solicitud. De las exigencias contenidas se desprende la necesidad de entregar, principalmente, información del tipo de proyecto y de la ubicación e interacción del mismo con otros titulares u obras.

(ii) *Admisibilidad*. Esta etapa fue regulada a través de la Ley N° 20.701 el año 2013, y conforme a su tramitación legislativa, su objetivo fue verificar que se cumplieran las menciones y requerimientos establecidos en la normativa eléctrica vigente³⁸. Lo cierto es que este objetivo se dirige a una revisión formal de los antecedentes presentados³⁹, pero ello implica entre otras cosas, la revisión de la consistencia de cálculos técnicos y la existencia de la información sobre *superficies de afectación* y demás detalles que la normativa requiere⁴⁰. Puede decirse que esta etapa es precisamente de aquellas destinadas a conferir certeza jurídica en la viabilidad de la solicitud, pues la declaración de admisibilidad implica que los antecedentes revisados cumplen con lo requerido por la normativa vigente.

Luego de la admisibilidad, se inician dos etapas, la difusión y la notificación, donde el solicitante deberá, paralelamente, realizar las comunicaciones requeridas en la difusión y las notificaciones notariales o judiciales en la notificación. Veámoslas a continuación.

(iii) *Difusión*. La normativa dispone que, en esta etapa del proceso, el proyecto⁴¹ se comunique abiertamente a través de medios escritos y radiales⁴². El objetivo es poner en conocimiento a todos aquellos que sean directamente afectados o bien estén interesados en los efectos del respectivo proyecto. Desde luego, entre los directamente afectados aparecen los propietarios titulares de los predios cuyos terrenos serán afectados por servidumbres. El objetivo de comunicar públicamente se cumple al ejecutar las exigencias establecidas en la ley por el solicitante, tanto en la forma como en la oportunidad requerida. Ello sin perjuicio de la etapa siguiente.

³⁸ Historia de la Ley 20.701, 7. Mensaje N° 35-360 del 11 de abril del 2012.

³⁹ Artículo 25 de la LGSE inciso 3°: "La Superintendencia tendrá un plazo de quince días, contado desde la presentación de la solicitud, para revisar los antecedentes presentados por el solicitante, lo que hará sólo en base al cumplimiento de las exigencias señaladas en el inciso anterior. De cumplirse las señaladas exigencias, declarará admisible la solicitud mediante resolución, publicando en su sitio electrónico el texto íntegro de la misma, con indicación de su fecha de presentación".

⁴⁰ Previo a la Ley N° 20.701, al presentar una solicitud de concesión, de inmediato se avanzaba a la fase siguiente, con el riesgo consecuente de que, luego de las publicaciones y notificaciones, se advirtieran y expusieran los vicios o defectos críticos que conllevaran una declaración de nulidad del proceso.

⁴¹ Lo que se difunde es un extracto de la declaración de admisibilidad dictada por la SEC.

⁴² Decreto con Fuerza de Ley N° 4/10018, de 2007. Artículo 27 bis.

Ahora bien, la difusión es la condición previa para el ejercicio de observaciones según veremos *infra*, por lo mismo, cualquier error en la difusión obstaculiza el derecho a observar el proyecto.

(iv) *Notificaciones*. El objetivo de esta etapa es comunicar directamente al afectado⁴³ que sufrirá la afectación de la servidumbre. A diferencia de la etapa de difusión, cuya connotación es más amplia y difusa, en este caso existe un derecho subjetivo potencialmente afectado y, en consecuencia, se exige comunicación directa para permitir la posibilidad que el titular de este derecho impetire las acciones (oposiciones) que la LGSE le reconoce. El incumplimiento del objetivo perseguido en esta etapa llevará indefectiblemente a la indefensión del afectado, por lo que es un trámite esencial dentro del procedimiento. Sin embargo, y tal como lo analizaremos más adelante, la rígida estructura de este procedimiento y el estrecho estatuto de alternativas de oposición que tiene el sujeto afectado por una eventual servidumbre, obligan a preguntarse por el valor sustantivo de esta etapa y por consecuencia, de aquella relacionada a las oposiciones.

(v) *Observaciones*. Esta etapa solo se activará en la medida que, satisfecha la etapa de difusión, existan terceros que conforme a los incisos segundo y cuarto del artículo 27 ter de la LGSE, hagan presentaciones con sus observaciones al respectivo proyecto. La observación, de acuerdo a la LGSE, está dirigida a evidenciar problemas de *forma*, esto es, la errónea identificación del predio que se verá afectado con la instalación, que la franja de seguridad y en parte de servidumbre, abarque predios que no hayan sido incorporados en la solicitud, o bien, el incumplimiento de alguna de las exigencias del artículo 25 de la LGSE que forman parte precisamente de los antecedentes que la SEC debe revisar en la etapa de admisibilidad, entre otros.

Entonces, esta etapa de observaciones se orienta en estricto rigor a satisfacer el estándar formal y/o técnico que en parte la SEC ya revisó, lo que a nuestro entender le hace perder una eficacia sustancial a esta etapa. Este fue un punto de arduo debate en la historia de la Ley N° 20.701 pues precisamente se detectó por ciertos senadores que los cuestionamientos de fondo no serían resueltos por la SEC, y dicho organismo se abocaría únicamente

⁴³ Se le practicará la notificación judicial o notarialmente. Ver artículo 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/10018, de 2007.

a constatar si los argumentos expuestos en las observaciones eran o no los que están regulados para observar un proyecto. Y para el caso que no lo fueran, la observación no produciría efecto alguno, siendo desechada de plano, tal cual ocurre en la actualidad⁴⁴. Así entonces, desde la perspectiva de la eficiencia del proceso, esta etapa de observaciones da cuenta de una instancia poco útil de cara a la celeridad y a su revisión, pues por una parte la SEC ya ha hecho revisión de los antecedentes técnicos, y por otra, el universo de derechos afectados no abarca aquellos de carácter colectivo o supraindividual, que puedan o deban ser protegidos por la SEC. Frente a eso, desde un punto de la utilidad de la norma, ella resulta inútil para la observación activa o efectiva del mismo, irrogando de paso un tiempo y un costo administrativo que no tiene un correlato con lo que aporta al interesado.

(vi) *Oposiciones*. El objetivo de esta etapa es informar a la autoridad la existencia de un impedimento de seguridad o de eficiencia económica que tenga la idoneidad legal y técnica que impida la afectación del inmueble o parte del inmueble de propiedad del opositor o futuro afectado por la servidumbre. Esta etapa es consecuencia de las notificaciones, y se hacen valer argumentos *de fondo* por parte del afectado. Corresponde al lapso de mayor impacto en la tramitación del proceso.

⁴⁴ Historia de la Ley N° 20.701, 418. Segundo trámite. Discusión en sala e intervención del senador Zaldivar: "Porque si se va a argumentar la causal de la expresa mención de la ley, para que la Corte después diga que está en la ley, entonces ello será un mero trámite y un gasto en abogados. Alguien podría decir que siempre existe el derecho a recurrir a las respectivas instancias: a la Corte de Apelaciones, con el recurso de protección, y luego, si se pierde, a la Corte Suprema. Pero, claramente, este artículo no solo se conforma con señalar antes cuáles son las observaciones que se podrán formular, sino que en seguida viene el remache, el golpe de gracia: para que no quede duda, el inciso sexto lo señala nuevamente. Se cae en una redundancia, que solo me la explico en el hecho de que es para despejar toda incertidumbre y cerrar todas las posibilidades de defensa. Al final, se vuelve sobre lo mismo; es decir, a lo ya planteado en el inciso cuarto. El Senador señor Zaldivar hizo una aguda observación sobre la materia, porque ya la argumentación estaba dada. La novedad del inciso sexto es establecer que "serán desechadas de plano por la Superintendencia". Entiendo que eso implica no atender los planteamientos de fondo. Es un mero examen de forma: por no cumplir las causales señaladas en el inciso anterior, se desecha. Es decir, si se ha provocado un efecto extremadamente negativo y notorio, la última frase del inciso asegura a la Superintendencia que no tiene que preocuparse si hay daño, si se afectaron los cursos de agua, si se perjudicó a los predios colindantes y si hubo un efecto negativo sobre las casas habitaciones. El que se deseché de plano significa entregar a la Superintendencia un poder de decisión que, claro, apura los plazos, evita la controversia e impide la litis, pero daña, minimiza y jibariza derechos".

(vii) *Tasación*. El objetivo de esta etapa es hacer —en sede administrativa— una evaluación económica tasada o reglada⁴⁵ de los efectos patrimoniales que produce el emplazamiento del proyecto en una superficie determinada sometida a servidumbre, en el caso que no haya acuerdo entre las partes⁴⁶. Esta evaluación administrativa no es conclusiva, y a pesar de que puede considerarse un acto complementario al acto administrativo (decreto), posee mecanismos de impugnación judicial que resulta difícil clasificar a priori como un contencioso administrativo pues, ni la autoridad administrativa ni menos la comisión tasadora son parte del proceso posterior en el que se reclama por la referida evaluación.

(viii) *Informe SEC*. El objetivo de este acto administrativo trámite⁴⁷ que emana de la SEC es dar cuenta de la legalidad y el cumplimiento normativo en la realización de todos los trámites y etapas previos a su emisión, pero también busca comunicar al Ministerio de Energía la opinión técnica y legal respecto del proyecto y las servidumbres requeridas. Por ello es que la SEC resuelve oposiciones que no hayan sido desechadas de plano. Sin embargo, la ley no contempla ninguna exigencia de que dicha información u opinión sobre la oposición analizada sea comunicada al opositor, y ello está asentado precisamente en la naturaleza consultiva del Informe SEC. Es decir, cuando dicho informe es favorable, se deduce la improcedencia de las oposiciones que hayan sido ventiladas por los propietarios afectados. El tiempo máximo para la emisión de estos informes es de 60 días conforme al inciso segundo del artículo 29 de la LGSE⁴⁸.

⁴⁵ El artículo 69 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007 señala 3 ítems a los que el dueño del predio tiene derecho que se le pague. La jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos años ha sido invariablemente restrictiva en torno a reconocer pagos adicionales a los contemplados en ese artículo (*numerus clausus*). Véase *Calderón Rojas Gladys con Chilectra; Sociedad Agrícola El Matico Ltda. con Transelec S.A.; Escobar Middleton Verónica con Interchile S.A.*, entre otras.

⁴⁶ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018. Artículo 63 inciso 1°: "Si no se produjere acuerdo entre el concesionario y el dueño de los terrenos sobre el valor de éstos, el Superintendente, a petición del concesionario o del dueño de los terrenos, designará una o más comisiones tasadoras compuestas de tres personas, para que, oyendo a las partes, practiquen el o los avalúos de las indemnizaciones que deban pagarse al dueño del predio sirviente. En estos avalúos no se tomará en consideración el mayor valor que puedan adquirir los terrenos por las obras proyectadas".

⁴⁷ En ese sentido se expone en el considerando séptimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones *Empresa de Ferrocarriles del Estado con Jiménez*.

⁴⁸ Aunque, para la Administración, los plazos no son fatales. Véase los Dictámenes N° 34.291 (2011); N° 53.505

(ix) *Decreto y Toma de Razón*. Aquí, el Ministerio de Energía otorga una concesión para el desarrollo de una actividad de energía (generación, transmisión, o distribución), aprobando los planos que dan cuenta de la superficie que se afectará con servidumbre y constituyéndola conforme a la ley. La concesión otorgada en esta etapa es el acto administrativo terminal donde se consagran los derechos y obligaciones del concesionario. La toma de razón es la subetapa cuyo objetivo se dirige a controlar la legalidad del acto y consecuentemente, la sustanciación del proceso administrativo. Es la propia CGR la que, velando porque no existan vicios durante la tramitación del proceso, analiza cada etapa y el cumplimiento de las exigencias respectivas.

(x) *Proceso judicial de toma de posesión material del terreno*. Esta etapa, en estricto rigor, no forma parte del proceso administrativo. Sin embargo, es la forma legal (y judicial) a través de la cual se ejecuta lo resuelto en el decreto concesional, habilitando forzosamente la ocupación de una superficie de terreno que ha sido afectada con una servidumbre. El objetivo de esta etapa es que el ahora titular de la concesión y servidumbre pueda acceder al terreno y comenzar la construcción de las obras comprometidas en tiempo y plazo. Se debe tener presente que, de acuerdo a la letra f) del artículo 25° de la LGSE, el solicitante debe informar los plazos que tomará para la iniciación de los trabajos y terminación de la obra. Esto es fundamental pues conforme al número 1 del artículo 39° de la LGSE las concesiones caducarán: “Si no se iniciaren los trabajos dentro de los plazos señalados y no mediare fuerza mayor o caso fortuito u otra causal grave y calificada que exima de responsabilidad al concesionario, la que deberá ser fundada por la Superintendencia”.

En resumen, y de acuerdo a la aplicación práctica, algunas de esas etapas conllevan tiempos muy considerables y no satisfacen eficientemente el objetivo perseguido en cada una de ellas, como por ejemplo ocurre en la etapa de observaciones, notificaciones y oposiciones. Tampoco creemos que la etapa de tasación en sede administrativa sea un aporte eficiente para el proceso de concesión y posterior servidumbre, pues es la propia regulación la que le resta valor cuando aquella es controvertida ante tribunales⁴⁹.

(2010); N° 4.000 (2012); y N° 55.336 (2015).

⁴⁹ Tiene poco sentido armar una comisión, pagarle honorarios y tomar tiempo del proceso, para que luego ella pueda ser controvertida judicialmente.

4. Identificación de 4 problemas principales en el presente de la tramitación de servidumbres

A continuación, revisaremos 4 de los principales problemas que hemos detectado al analizar los objetivos de las etapas de tramitación de la servidumbre:

- a. *Ineficacia procesal de los motivos para oponerse u observar un proyecto que persigue imponer una servidumbre*

Al referirnos al objetivo⁵⁰ de la etapa de oposición y de observaciones, anticipamos que aquel no se satisfacía de forma efectiva.

Tratándose de las *observaciones* que terceros pueden hacer respecto de los proyectos de concesión eléctrica, conforme a la LGSE, es inútil centrar aquellas observaciones en cuestiones de fondo, como aspectos ambientales, sanitarios o incluso de derechos fundamentales, pues, tal como quedó en evidencia en la historia de la Ley N° 20.701, las *observaciones* están dirigidas únicamente a advertir a la autoridad examinadora (SEC) inconsistencias *formales* existentes en el escrito de la solicitud o en sus antecedentes. El intenso debate parlamentario referido *supra* a propósito de la mencionada ley, se concentró justamente en el alcance de la efectividad del derecho del interesado. A la luz de la aplicación que la SEC da a esta referencia sobre las observaciones, es posible entender que las mismas impiden resolver cosas de fondo, lo que es consistente con las facultades de la propia SEC, y también con la que la propia LGSE –al menos en materia ambiental– establece en su artículo 11⁵¹.

Así las cosas, la etapa de difusión logra su objetivo de difundir entre los interesados el proyecto y los niveles de afectación que este tendrá, pero como dijimos, aquella comunicación no tiene un correlato en la efectividad de las acciones de las cuales dotó el legislador a los interesados, quienes al observar, si es que lo hacen, en realidad estarían colaborando con el examen formal que debe realizar la SEC, y que permitiría a dicho organismo instruir al solicitante que corrija tal o cual valor o antecedente de forma. En cualquier caso, esas omisiones formales no irrogarían un vicio esencial

⁵⁰ Resguardar intereses (para quienes observen) o derechos (para los propietarios futuros afectados por la servidumbre).

⁵¹ Inciso segundo del artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007: “El otorgamiento de las concesiones no eximirá al concesionario del cumplimiento de todas las normas legales y reglamentarias pertinentes, en especial las que regulan materias medioambientales”.

en la tramitación, a menos que se omita algún antecedente que provoque indefensión, como por ejemplo, la inexistencia de plano especial de servidumbre que finalmente se impondrá a determinado propietario⁵².

Por otro lado, respecto de las oposiciones, se advierte que el legislador procuró ser preciso y restrictivo respecto al fin de dicha acción opositora. En ese sentido, indica el inciso 5° del artículo 27 ter de la LGSE: “Las oposiciones deberán fundarse en alguna de las circunstancias establecidas en los artículos 53° y 54°, debiéndose acompañar los antecedentes que las acrediten”. La restricción de la oposición aparece en el siguiente inciso, al indicar: “Las observaciones u oposiciones que presenten tanto los dueños de las propiedades afectadas u otros interesados que no cumplan con lo señalado en los incisos anteriores, en cuanto a las causales en que éstas deben fundarse y al plazo dentro del cual deben formularse, serán desechadas de plano por la Superintendencia”.

El legislador quiso reducir el universo de motivos para oponerse a una futura servidumbre eléctrica a cuestiones muy puntuales⁵³: por un lado, acotó la oposición a casos en los que el futuro afectado ya hubiera sufrido un gravamen de servidumbre eléctrica en su propiedad por otras instalaciones, pudiendo alegar –con un sentido de la eficiencia en el uso de los recursos– que primero se aprovechen las líneas eléctricas ya existentes. Por otro lado, ahora en un sentido de la indemnidad en la que deben permanecer las personas frente a la actividad eléctrica, señaló como causal de oposición la existencia de edificios, corrales, huertos, parques, jardines o patios de edificios que fueran a ser cruzados o atravesados por las futuras líneas eléctricas. En ese caso, el propietario potencialmente afectado puede accionar oponiéndose al proyecto en esa porción que afectaría el edificio existente por evidentes razones de compromiso con la seguridad de las personas.

Creemos que esta etapa se encuentra superada tanto por la propia regulación, como

por la tecnología. Tratándose de oposiciones que versen sobre la existencia de líneas que ya afectan la propiedad, se debe tener en consideración que actualmente la forma en la que natural y orgánicamente va creciendo un sistema de transmisión eléctrica, es a través de los denominados planes de expansión de la transmisión. En dichos planes la LGSE contempla expresamente⁵⁴ que se deben considerar instalaciones que resulten económicamente eficientes y necesarias para el desarrollo del sistema eléctrico. Es decir, el criterio de la *eficiencia* en la determinación de una nueva obra ya se *considera* al momento de elaborar el crecimiento de las redes e instalaciones, por lo que resulta difícil analizar y resolver favorablemente un caso en el que un futuro afectado por una servidumbre se oponga solicitando que, para ese proyecto que se le pretende imponer, se utilicen redes ya existentes en su predio. Lo cierto es que el futuro proyecto se ordena considerando la existencia de las redes que el afectado *ya tiene instaladas en su predio*: el análisis de eficiencia se ha hecho mucho antes que el propietario intente oponerse alegando la ineficiencia en el uso de las redes.

Por otra parte, tratándose de oposiciones fundadas en edificaciones existentes bajo las instalaciones que se proyectan, creemos que aquello pudo ser un caso de frecuente ocurrencia hace años atrás, especialmente cuando no existía la tecnología de georreferenciación; sin embargo, hoy, ese tipo de tecnología permite conocer la condición puntual de un predio, en un momento de tiempo definido⁵⁵. Así entonces, sin descartar completamente este derecho de oposición fundado en esta causal, nuevamente aparece como poco efectivo frente a la realidad tecnológica: estas situaciones que esta oposición buscaba corregir parecen ocurrir con menos frecuencia.

Lo señalado lleva a reflexionar sobre la idoneidad de esta etapa y la que le da lugar, esto es, la de notificaciones. Si las causales de oposición resultan inconducentes o poco prácticas, no tiene sentido entonces establecer una etapa de notificaciones a esa altura del proceso. Con esto no queremos señalar que deba eliminarse totalmente el propósito perseguido por las observaciones y las oposiciones, sino simplemente replantearse

⁵² La esencialidad del vicio es relevante de cara a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 13° de la Ley N° 19.880, de 2003: “El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

⁵³ Establecidas en los artículos 53 y 54 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007 .

⁵⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, de 2007. Artículo 87 letra c.

⁵⁵ Lo que por lo demás, permite probar y dar cuenta por el solicitante –ante la autoridad– que, dentro de los 6 meses previos a su solicitud, no existían edificaciones bajo la línea que proyectó.

el momento en el cual deban gatillarse esas acciones para darle un sentido de urgencia y de velocidad al proceso administrativo y a la ejecución del proyecto.

b. *Inexistencia de un tratamiento jurídico diferenciado entre proyectos según su objetivo y el rol de la servidumbre*

Una segunda cuestión problemática a la luz del universo de proyectos analizados, es aquella que se refiere a las alternativas procedimentales. En la actual legislación solo existe una sola forma de tramitar proyectos destinados a imponer servidumbre eléctrica predial: la concesión. Lo anterior no obstante que la regulación contempla dos grandes clases de servidumbres, según el artículo 71 del Reglamento de la LGSE. Sin embargo, sólo se determina el proceso de obtención de aquellas que afectan la superficie predial, y para estas, es irrelevante el tipo de infraestructura o el propósito de la misma, ya que al final todas se someterán a las mismas reglas y plazos.

No obstante, como hemos señalado, el orden jurídico eléctrico para otros tipos de procedimientos administrativos de proyectos eléctricos sí ha considerado los impactos, y desde esa consideración ha determinado la carga de exigencias en cada etapa tal como se puede advertir de las normas que regulan los proyectos sobre Pequeños Medios de Generación Distribuida, como se señaló *supra*.

El problema que se provoca con esta falta de categorización y de diferenciación procedimental, es básicamente que, desde las reglas del proceso, todo debe ser sometido al mismo trámite, aun cuando en sus objetivos e impactos para el sistema eléctrico, puedan tener un efecto profundamente distinto. Por lo mismo, si se piensa que hay proyectos de transmisión o de distribución con un alto impacto dada su naturaleza de servicio público (transmisión nacional y zonal, por ejemplo) parece razonable que la regulación contemple un esquema apropiado, diferenciando la tramitación.

c. *Problemas en de la etapa de tasación*

Un tercer tipo de problema es el que sufre el afectado por la servidumbre. Tal como dijimos, la etapa de tasación que realiza la comisión tasadora se orienta a realizar una evaluación reglada de las indemnizaciones que deban hacerse a causa de la servidumbre, la que luego de ser comunicada a los afectados, puede ser impugnada en tribunales.

El problema de esta tasación no solo está en su naturaleza jurídica que, como tal, ya es difícil de determinar, no pudiendo calificarse como un acto administrativo propiamente tal a la luz del Artículo 3° de la LBPA; sino que, además, sufre de las mismas dificultades de comunicación y trazabilidad que padece la etapa de notificaciones. Para esto se debe tener en consideración que, para imponer una servidumbre que afecte un predio de un tercero, tal como dijimos, se debe notificar la solicitud (un extracto) y acompañar el plano especial de servidumbre al afectado. Sin embargo, la propia ley permite que, tratándose de personas cuya individualidad o residencia sea difícil determinar, o que por su número dificulten considerablemente la práctica de la diligencia, se puede recurrir a un juez de letras para ordenar la notificación regulada en el artículo 54 del CPP, esto es, la notificación por avisos.

Ese acto de notificación judicial es un injerto en el marco de un proceso administrativo y cuyo control o esquema de impugnabilidad altera cualquier regla de mínima certeza, pues precisamente la existencia de un vicio en la notificación por avisos es un vicio de naturaleza "judicial" pero que indudablemente provoca efectos en la tramitación administrativa. No se puede alegar ese vicio judicial para que sea ponderado y resuelto por la SEC⁵⁶ por lo que, junto a los problemas sustantivos de eficacia que ya vimos para la etapa de oposiciones, se suman estos problemas procesales de tipo judicial que inyectan mayor incerteza en estos casos⁵⁷.

Adicionalmente, identificamos otro problema de fondo en esta etapa y que tiene que ver con la extensión de las partidas que deben ser evaluadas para ser indemnizadas. La LGSE estableció en el artículo 69 a qué tendría derecho el dueño del predio afectado por la servidumbre. Ese artículo, como se mencionó *supra*, ha sido interpretado sistemáticamente de manera restringida, sin que sea posible alegar la afectación de otros daños distintos a los que allí se determinan.

⁵⁶ Ya que este organismo, según su Ley Orgánica, no tiene facultades para declarar la existencia de un vicio que invalide una notificación judicial, eso solo lo puede hacer el juez ante quien se llevó adelante la gestión judicial de notificación.

⁵⁷ Una situación asociada a un presunto vicio judicial en la notificación se ventiló ante tribunales, pidiendo la nulidad de derecho del acto que otorgó la concesión. Finalmente, la justicia ordinaria resolvió desechar la demanda de nulidad sin analizar referirse al supuesto vicio judicial cometido en el marco de la notificación. Considerando 9°, 10° y 11° de la sentencia del 6° juzgado civil de Santiago / *Inversiones Ltda. con Ministerio de Energía*.

Otra cosa ocurre en el régimen de servidumbres en materia de telecomunicaciones o de concesiones de geotermia o incluso en materia de servidumbres para instalaciones de combustibles. En el primer caso, el artículo 19° de la LGT señala expresamente la procedencia de la "indemnización que corresponda"⁵⁸, lo que desde luego permite alegar y demostrar otros daños. Por su parte, el artículo 26° de la Ley 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica señala expresamente la posibilidad que el dueño afectado sea indemnizado por todo perjuicio que se le cause. Finalmente, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 263 de 1995 que aprobó el Reglamento sobre concesiones provisionales y definitivas para la distribución y el transporte de gas, señala que el juez determinará las indemnizaciones a que tienen derecho por los perjuicios que le provoquen los permisos en sus predios.

Este es un problema no solo desde la asimetría regulatoria que revela una inconsistencia entre figuras de similar naturaleza en sectores similares al del ordenamiento jurídico eléctrico, sino que lo es también desde la perspectiva de un derecho a la indemnidad patrimonial a la que aspira cualquier propietario que es afectado por una instalación eléctrica.

d. *Falla en los esquemas de interconexión de información y publicidad*

Un cuarto y último problema detectado en el presente de la servidumbre eléctrica radica en las evidentes fallas que existen entre la información que se administra a nivel del proceso concesional y los efectos prácticos de la falta de suficiente publicidad.

Pensemos en un caso que hipotético, pero bastante probable: sucede que un solicitante "X" requiere una servidumbre que afecte el predio de "Y". El solicitante "X" ya ha definido el trazado y ha preparado el trazado que afectará a "Y", pero "Y" no lo sabe, tampoco lo sabe el Ministerio de Energía ni la SEC, y solo lo sabrán el día que se ingrese formalmente la solicitud a la SEC. Sin embargo, la regulación eléctrica antes de aquel ingreso, ya le da un valor a esa decisión de "X" de afectar el inmueble de "Y", y lo hace señalando en el inciso tercero del artículo 72 del Reglamento de la LGSE lo siguiente: "Los planos deberán indicar las condiciones actuales de

los predios sirvientes...". Luego agrega: "Para los efectos de este inciso, se considerarán actuales las condiciones existentes dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud".

Con esa disposición, queda en evidencia que los *planos especiales de servidumbre* deben explicitar una condición del predio y la superficie que se afectará. Esa condición o situación es aquella que existía 6 meses antes del ingreso a tramitación ante la SEC pero que, además, es la información que da cuenta al propietario del lugar específico al interior de su predio sobre el cual se emplazará la instalación eléctrica y, por ende, se verá gravado con servidumbre. Por consecuencia, todo lo que "Y" pueda hacer 6 meses antes de que "X" ingrese la solicitud, y hasta el momento en que efectivamente tome noticia de la afectación (notificación judicial o notarial) es susceptible de ser legalmente afectado. Es decir, "Y" podría vender su propiedad sin tener noticia del futuro gravamen, aun cuando por ejemplo la solicitud ya fue ingresada a la SEC. Podría construir una edificación justamente en la superficie que será afectada sin tener ningún tipo de información respecto de aquello. En ambos casos, sus decisiones, de venta o de construcción, serán irremediamente afectadas, y de paso, impactará a terceros.

El problema detectado en este caso es que no existe ningún tipo de conexión entre las bases de datos que procesa solicitudes de concesión con potenciales servidumbres, y un esquema registral como el que administran los conservadores de bienes raíces. Tampoco lo hay en las bases de datos de las respectivas direcciones de obras municipales. Por lo mismo, una venta que realice "Y" antes de ser notificado, irá cargada con un elemento desconocido y silencioso que las normas civiles deberán resolver posteriormente, pero que, sin duda, no contribuye a la certeza que en general se espera del derecho, y en especial respecto de la propiedad sobre un inmueble. Es decir, se produce en la práctica un problema de certeza jurídica, y la afectación de la facultad de disposición que otorga el dominio *sin si quiera un aviso "previo"* al titular, quien recién se vendrá a enterar 6 meses después de la limitación a sus facultades.

III. Futuro

A continuación, expondremos algunas ideas que podrían traducirse en eventuales reformas al establecimiento de servidumbres. Intenta resolver parte de los problemas evidenciados

⁵⁸ Recordemos que, en materia de telecomunicaciones, la excepción es la servidumbre legal. En ese especial caso, la indemnización "que corresponda" será fijada por los Tribunales de Justicia. Véase *supra*, sección I.

en el capítulo anterior, respetando los verdaderos objetivos del proceso de concesión y de la servidumbre en materia eléctrica.

1. Desacople de la servidumbre eléctrica respecto de la solicitud de concesión

Esta primera idea se sustenta en el análisis que hemos hecho del tratamiento que el legislador y regulador han dado a la figura de la servidumbre como herramienta para la instalación de infraestructura en espacios privados. En el caso de las instalaciones de gas, de geotermia y de telecomunicaciones, la figura o herramienta de la servidumbre ha sido separada de la solicitud de concesión propiamente tal.

Esta separación permite distinguir con claridad los "tiempos administrativos" de aquellos que son judiciales y de aquello que dependen del propio solicitante. En materia eléctrica, más del 50% del tiempo de tramitación de una concesión que pretende imponer una servidumbre se emplea en las etapas de notificaciones y oposiciones, y, tal como hemos señalado y explicado, el objetivo resulta ser habitualmente el mismo: oposiciones u observaciones desechadas.

Adicionalmente a este desacople, y de cara al principio de eficiencia y eficacia en los procedimientos que lleva adelante la administración del Estado, parece necesario relocalizar las etapas de observaciones, notificaciones, oposiciones y tasación, en sede judicial. Ello descargaría el proceso de concesión y agilizaría su otorgamiento, permitiendo que con los mismos remedios que ya existen en otras regulaciones se avance con el acto administrativo que otorgue la concesión y reconozca el derecho a imponer la servidumbre, dejando las cuestiones de ejercicio y tasación de la misma para un momento posterior.

Se piensa en este caso en un proceso administrativo que revise técnicamente el proyecto, y determine la procedencia de las superficies de afectación conforme a la normativa de seguridad. Luego, se expida el acto administrativo que, además de otorgar la concesión, reconozca el derecho a imponer las servidumbres forzosas, pero que supedita su aplicación y pormenores a un proceso concentrado ante tribunales. Esto permitiría tratar las notificaciones y sus eventuales vicios en la sede que corresponden, manteniendo las causales de oposición y los esquemas de revisión o rechazo pero ahora en manos de los tribunales.

2. Tasación: en sede judicial y sin límite de partidas indemnizables

Una segunda idea sobre mejora para la servidumbre eléctrica la identificamos en la tasación de los perjuicios sufridos por el propietario. Tal como dijimos en el punto anterior, estimamos que llevar completamente el proceso de la tasación, entre otros, a sede judicial no solo es armónico con lo que sucede en otras regulaciones sectoriales, sino que además, es consistente con la naturaleza jurídica de lo discutido.

Como describimos en el capítulo anterior, la etapa de tasación implica que una comisión de personas expertas, en el marco del proceso administrativo, realicen una tarea que la regulación eléctrica les ha encomendado. Sin embargo, estos tasadores no son funcionarios públicos y sus actos no cumplen con las condiciones del artículo 3° de la LBPA para ser calificados como actos administrativos, con todo lo que ello conlleva. Las exigencias que el artículo 2° del reglamento que los regula indica que forman parte de un registro público y que deben acreditar el cumplimiento de ciertas experiencias⁵⁹. Sin embargo, la LGSE nada dijo respecto a vicios o errores que se puedan cometer en dicho proceso de evaluación, y la SEC tampoco tiene facultades para indagar el fondo del informe, el razonamiento económico, o la determinación de una u otra partida indemnizada. Su rol solo queda supeditado a cuestiones formales, como la constatación del cumplimiento de plazos y estructura formal de los informes de tasación, y la constatación de instancias de audiencia para las partes afectadas. Por eso mismo, el artículo 68 de la LGSE señala que los concesionarios o dueños afectados pueden reclamar de los avalúos practicados por las respectivas comisiones tasadoras. Agrega que, desde el momento del reclamo, "las cuestiones que se susciten se ventilarán de acuerdo con las reglas establecidas en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil", o sea, las normas del procedimiento sumario.

Así entonces, la tasación puede finalmente ser objeto de un proceso de reclamo en sede judicial. Parece razonable entonces que esa etapa tasación en general, que es un "anexo" al proceso de tramitación administrativa de concesión y consecuente servidumbre, se reubique íntegramente en sede judicial, manteniendo el esquema de registro de tasadores y sus exigencias. Es decir, que

⁵⁹ Decreto Supremo N° 113, de 2007.

ese avalúo sea presentado en tribunales en el marco del proceso de la imposición de la servidumbre que siga al proceso de concesión. Eso evitaría un proceso de intervención administrativa más bien formal como el actual, en las que la intervención de la SEC no es en su rol fiscalizador.

Por otro lado, es necesario volver a considerar el alcance de los daños indemnizables con la tasación, pues no resulta consistente que solo sean indemnizables ciertos efectos indeseados provocados por las instalaciones que ampare una servidumbre, y otros efectos sean desestimados. Aquello no solo es distinto a lo que se ha regulado en otros sectores, sino que además es inconsistente con lo que la propia regulación eléctrica establece como uno de sus propósitos, a saber, que el uso de los recursos energéticos no cause daño a las personas y sus cosas.

- 3) Creación de sistema electrónico que permita interacción entre registros públicos y procesos de concesión

Una tercer y última idea sobre ajustes al proceso que deviene en una servidumbre eléctrica, se refiere a los ajustes que estimamos debiesen implementarse a nivel de publicidad o comunicación de la solicitud. Tal como advertimos, la regulación vigente da espacio a la intromisión de elementos de gran incerteza respecto de actos que el propietario y futuro afectado por una servidumbre puede, legítimamente, hacer en y con su terreno.

Los actuales registros electrónicos de la administración del Estado, en particular de la SEC, en los que se incorporan las solicitudes de concesión y el listado de propietarios afectados por servidumbres con las superficies e inmuebles respectivos, deberían ser conocidos e interconectados con el sistema registral de propiedad. En efecto, el sistema electrónico de la SEC da cuenta que las listas de propietarios afectados y el detalle de sus predios como foja, número, año, y conservador respectivo es informado y público. Así también es publica la información que ese mismo listado da acerca de la superficie de afectación para la servidumbre. Pensamos que los datos de los listados de predios y superficies afectadas de toda solicitud que sea declarada admisible pueden y debiesen ser incorporados en sistemas registrales como los del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Ello daría una alerta temprana a los propietarios y desde luego a futuros compradores respecto de la situación de la solicitud, que insistimos, ya contaría con

un acto de la administración que la habría declarado admisible.

Conclusiones

1. Las servidumbres han sido una herramienta central en el despliegue de infraestructura eléctrica. La historia legislativa eléctrica muestra que aquella ha estado presente consistentemente.

2. La servidumbre busca entregar certeza jurídica, y ser un remedio en el caso de una colisión de derechos: el del dueño del predio afectado y del concesionario.

3. Existe una serie de problemas prácticos en la aplicación de las servidumbres. Esto se manifiesta especialmente en el tiempo toman las etapas relativas a la servidumbre, en el proceso de otorgamiento de la concesión eléctrica.

4. Más concretamente, existen 4 problemas específicos: 1) la etapa de observaciones a las servidumbres proyectadas en el otorgamiento de la concesión tiende a no tener efectos prácticos, por temas regulatorios y tecnológicos; 2) no se diferencia el tratamiento jurídico de los proyectos según su objetivo y rol de la servidumbre, lo que genera demoras en la tramitación; 3) existen una serie de inconsistencias regulatorias en la etapa de tasación, relacionadas con su ubicación en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la concesión, y con las partidas indemnizables; y 4) existen fallas en la publicidad relativa a una solicitud de servidumbre, lo que puede causar situaciones que terminen limitando el legítimo ejercicio de las facultades del dominio del dueño del predio afectado.

5. Los problemas que presenta actualmente la servidumbre eléctrica requiere una revisión de la regulación aplicable. Este documento sugiere 3 medidas que pueden adoptarse: 1) Desacoplar la servidumbre eléctrica de la solicitud de concesión; 2) Tasación en sede judicial y no acotar las partidas indemnizables; y 3) creación de un sistema que integre los registros públicos de propiedad y los procesos de concesión y servidumbres eléctricas.

6. La regulación del fenómeno de la servidumbre eléctrica se enfrenta a una necesidad de ajuste a la realidad. Este trabajo sólo busca iniciar esa discusión, ya que seguramente pueden surgir otros elementos que deben analizarse u otras soluciones más eficaces incluso a los problemas que se asocian a la regulación de la servidumbre.

Bibliografía citada

- CASSANGE, Juan Carlos (2019). Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo). Ediciones Olejnik.
- CORTÉS CAMPOS, Josefina (2007). Derecho administrativo y sector eléctrico. Editorial Porrúa.
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio y YAÑEZ REBOLLEDO, Eduardo (2017). Derecho y regulación económica de la energía eléctrica. Thomson Reuters.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro (2020) La regulación jurídica de las redes de electricidad. Thomson Reuters Aranzadi.
- OVALLE YRARRÁVAL, José Ignacio (2001). Las Telecomunicaciones en Chile. Editorial Jurídica Conosur.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2018), Lecciones de Derecho Administrativo. Tirant Lo Blanch.
- SAN MARTÍN DEVOTO, Diego (2020). Las Servidumbres. Editorial Libromar.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2001). Principios de Derecho Administrativo General II. Iustel.
- SEPULVEDA RODRIGUEZ, Enrique (2010). Sistema y Mercado Eléctrico. LegalPublishing
- SIERRA IRIBARREN, Lucas (2008). Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia. Telecomunicaciones: convergencia y nuevos desafíos SUBTEL. 15-74.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). Servidumbre de paso de energía eléctrica en sistemas regulados por precios de nudo e interconectados a centrales generadoras. Revista de Derecho y Jurisprudencia. 43-68.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). Derecho Eléctrico. Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia Citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 4.000-2012, de 20 de enero de 2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.291-2011, de 27 de mayo de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.505-2010, de 10 de septiembre de 2010.
- Contraloría General de la República. Oficio Ordinario N° 54.642 del 4 de septiembre del 2012, dirigido a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 55.336-2015, de 10 de julio de 2015.
- Calderón Rojas Gladys con Chilectra (2010): Corte Suprema, 29 de abril de 2010 (Rol 4.767-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Empresa de Ferrocarriles del Estado con Jiménez (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 2018 (Rol 35.078-2018). Primera Sala. [Recurso de protección]
- Escobar Middleton Verónica con Interchile S.A. (2022): Corte Suprema, 24 de marzo de 2022 (Rol 30.191-2020). Cuarta Sala Mixta. [Recurso de casación].
- I Inversiones Ltda. con Ministerio de Energía (2019): Sexto Juzgado Civil de Santiago, 29 de noviembre de 2019 (Rol 9.123-2017). [Nulidad de Derecho Público]
- Sociedad Agrícola El Matico Ltda. con Transelec S.A. (2018): Corte Suprema, 2 de abril de 2018 (Rol 82.497-2016). [Recurso de casación].

Normativa Citada

- Código Civil [CC]. Decreto N°1 de 2000 [con fuerza de ley]. 30 de mayo de 2000. D.O. N°36.676.
- Código de Procedimiento Civil [CPP]. Ley N° 1.552. 28 de agosto de 1902. D.O. N° 7.840.
- Decreto Ley N° 1.762 de 1977 [Ministerio de Transportes]. Crea la subsecretaría de telecomunicaciones dependientes del ministerio de transportes y organiza la dirección superior de las telecomunicaciones del País. 15 de abril de 1977. D.O. N° 29.747.
- Decreto Ley N° 252 de 1925 [Ministerio de Obras y Vías Públicas]. De instalaciones eléctricas. 18 de febrero de 1925.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generale de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. N° 37.113.
- Decreto N° 4 de 1959 [con fuerza de ley]. Aprueba el texto de la ley general de servicios eléctricos. 24 de julio de 1959. D.O. N° 24.431.
- Decreto N° 4 de 2006 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de minería, de 1982, ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica. 12 de mayo de 2006. D.O. N° 38.681.
- Decreto N° 88 de 2019 [Ministerio de Energía]. Aprueba reglamento para medios de generación de pequeña escala. 17 de septiembre de 2019.
- Decreto N° 113 de 2007 [Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción]. Aprueba el reglamento sobre integración y funcionamiento de las comisiones tasadoras establecidas por la ley general de servicios eléctricos. 3 de abril del 2007.
- Decreto N° 244 de 1931 [con fuerza de ley]. Ley general de servicios eléctricos. 15 de mayo de 1931. D.O. N° 15.985.
- Decreto N° 263 de 1995 [Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción]. Aprueba reglamento sobre concesiones provisionales y definitivas para la distribución y el transporte de gas. 5 de mayo de 1995.
- Decreto N° 327 de 1997 [Ministerio de Minería]. Fija reglamento de la ley general de servicios eléctricos. 12 de diciembre de 1997.
- Ley N° 18.168 de 1982. General de telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 31.382.
- 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° 19.657 de 1999. Sobre concesiones de energía geotérmica. 21 de diciembre de 1999. D.O. N° 36.556.
- 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.
- Ley N° 1.665 de 1904. Fija las prescripciones para la concesión de permisos i para hacer las instalaciones eléctricas en la República. 4 de agosto de 1904. D.O N° 7.971.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Envío de colaboraciones y temas de interés

La *Revista de Derecho Administrativo* (en adelante, también *Revista* o *ReDAd*) es una publicación del Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE), de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especializada en Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Económico e indexada en Latindex y SCOPUS.

El plan editorial de la *Revista* cubre las siguientes áreas de derecho Administrativo: Todas instituciones y materias de Derecho administrativo general, las que se subdividen en las siguientes áreas: fuentes; organización administrativa; potestades; procedimiento, actos y contrato; derechos del administrado; y, contencioso administrativo. En tales áreas se sitúan todas sus instituciones y materias. También cubre materias de Derecho administrativo especial, como de Derecho administrativo económico, bienes de uso público, Aguas, Minas, Energía, Urbanismo, Ordenamiento Territorial, Medio Ambiente. También forman parte del plan editorial la Historia del Derecho administrativo, el Derecho administrativo comparado y el Derecho administrativo extranjero. Estas áreas se especifican y desarrollan más adelante al describir el *plan editorial* de la *Revista*. Es objetivo de la *Revista* promover el conocimiento, la investigación y difusión de dichas materias.

La *Revista* cuenta con dos secciones. La primera está dedicada a la Doctrina, recoge el resultado de estudios e investigaciones, y sus artículos son arbitrados mediante un sistema de doble ciego, esto es, ni el autor sabe quiénes lo arbitrarán o lo arbitraron, ni los árbitros saben quién es el autor).

La segunda recoge ensayos respecto de todas las temáticas cubiertas por el plan editorial de la revista, comentarios de jurisprudencia, reseñas o comentarios bibliográficos, crónicas y actas de coloquios. Los artículos de la segunda sección, en general, no son arbitrados, salvo las excepciones que establezca el Comité Editorial).

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.

1 Equipo de académicos colaboradores

La *Revista* cuenta con un equipo de académicos colaboradores externos, que no forman parte del Comité Editorial pero que ofician de corresponsales para los efectos de publicación de colaboraciones para la Sección 2. Ellos cubren las áreas más carac-

terísticas del Derecho administrativo general y algunas áreas especiales, como:

Fuentes del Derecho administrativo:

Patricio Ponce Correa (Universidad de Tarapacá).

Santiago Montt Oyarzún (Universidad de Chile).

Organización administrativa:

Jorge Bermúdez Soto (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

Valeska Opazo de la Fuente (Universidad Católica de la Santísima Concepción).

Potestades administrativas:

Christian Rojas Calderón (Universidad Andrés Bello).

Carolina Helfmann Martini (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Procedimiento, Actos y contratos:

Karen Asenjo Asenjo (Universidad de los Lagos).

Paula Bagioli Coloma (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Derechos del administrado:

Rosa Gómez González (Universidad de Los Andes).

Nicolás Enteiche Rosales (Universidad del Desarrollo).

Contencioso administrativo:

Juan Carlos Ferrada Bórquez (Universidad de Valparaíso).

Fabián Huepe Artigas (Universidad de Concepción).

Bienes públicos, urbanismo y recursos naturales:

Natalia Dasencich Celedón (Universidad del Desarrollo).

Ramón Mayorga McDonald (Universidad de Magallanes).

Medioambiente y ordenamiento territorial:

Jorge Femenías Salas (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Camila Boettiguer (Universidad del Desarrollo).

Historia del Derecho administrativo:

Guillermo Jiménez Salas (Universidad Adolfo Ibáñez).

Cristián Román Cordero (Universidad de Chile).

Los autores interesados en publicar sus colaboraciones en la sección 2 de la *Revista* podrán canalizar sus colaboraciones a través de los señalados académicos o a la dirección de la *Revista*.

II. Normas sobre referencias bibliográficas

La normativa de la *Revista de Derecho Administrativo* (ReDAAd) 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

1. Solicitudes de publicación

Los interesados pueden enviar durante todo el año sus trabajos de investigación, los cuales deberán ser originales e inéditos, y cumplir con las instrucciones contenidas en este documento.

La ReDAAd 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 registrarse con un Nombre de usuario y contraseña. Los archivos deben ser enviados mediante esta plataforma en Microsoft Word o en formato compatible, en lengua castellana y con títulos cortos.

La ReDAAd mantiene el acceso libre e inmediato a su contenido bajo el principio de que hacer disponible gratuitamente la investigación al público favorece un mayor intercambio del conocimiento. Sin perjuicio de que se intentará hacer algunas versiones impresas, en casos especiales mediante números completos impresos, o parte de ellos, para una mejor difusión.

Normas referidas a los usuarios de la revista.

Tipo de Licencia que adopta la ReDAAd: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Licenciamiento de la ReDAAd. Cualquier volumen de la ReDAAd –entendiéndose por tal la totalidad de la creación gráfica y literaria contenida en sus páginas y cada una de sus partes por separado– se otorga bajo la licencia indicada. Queda prohibido cualquier otro uso que se haga de la ReDAAd que no cuente con la autorización pertinente en conformidad con los términos que se indican en estas secciones.

Aceptación de la licencia. Mediante el ejercicio de cualquiera de los derechos que se señalan a continuación, el usuario acepta y consiente en verse obligado de acuerdo con los términos de estas cláusulas.

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:

Atribución — Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.

No Comercial — Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.

Compartir Igual — Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

2. Compromiso con el editor

El envío de un trabajo original e inédito supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a consideración de otras publicaciones periódicas, así como el conocimiento del autor de las presentes normas y políticas editoriales.

IV. Reglas para la Primera Sección Doctrina: Estudios e Investigaciones

Los artículos publicados en esta sección son únicamente estudios e investigaciones de dogmática jurídica, es decir, análisis de las fuentes de derecho vigente.

- 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 la filiación

académica principal del autor o autores, precisando la institución de origen, ciudad y país, grados académicos e institución, dirección de correo postal y el correo electrónico institucional.

- La numeración debe estar ubicada en la esquina inferior derecha.
- Debe indicar referencia al pie con los datos del o los autores (apellidos, nombres, filiación, antecedentes académicos, Dirección postal, correo electrónico y ORCID)
- Estos artículos siempre serán revisados por un sistema de arbitraje doble ciego.

V. Reglas para las otras secciones

Son aplicables a las otras secciones de la *Revista* las mismas reglas indicadas para la sección Doctrina, con las siguientes precisiones o modificaciones:

- Ensayos: Los artículos publicados en esta sección, son aquellos que no son el fruto de un Estudio o Investigación, o se trate de reflexiones de una entidad distinta a la propia de una Investigación o Estudio; también pueden publicarse en esta sección aquellas reflexiones en materia de políticas públicas o propuestas de modificación legislativa. De todas maneras, a criterio del Comité Editorial, dichos artículos también serán sometidos a arbitraje doble ciego. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas al pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. Debe contar con título en inglés, resumen y *abstract* y palabras clave (también en inglés).
- Comentarios de jurisprudencia: no se incluirá título en inglés, resumen o *abstract* ni palabras clave. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.
- Bibliografía: Recensiones: su extensión total no deberá ser mayor a diez mil quinientos caracteres (10.500) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título del trabajo que es reseñado (apellidos y nombre del autor, año de publicación (entre paréntesis), nombre de la publicación, ciudad y editorial (entre paréntesis), y número total de páginas. No se incluirá resumen ejecutivo ni *abstract*. El nombre del autor de la recensión o reseña y de la institución de origen, incluyendo la ciudad y país, irán al final del trabajo.

Los demás aportes que se incluyen en esta sección podrán seguir las mismas reglas que los comentarios de jurisprudencia.

1. Estructura de los trabajos en general (con sus adaptaciones respectivas)

La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés) alineada en forma centrada y en minúsculas, el nombre de su autor o autores alineados a la derecha (con referencias al pie de página); 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). Estas reglas aplican también a comentarios de jurisprudencia.

- No se debe incluir portada aparte del texto.
- El orden predeterminado corresponde al siguiente:

Nombre del trabajo centrado en minúsculas, en castellano y en inglés

Autores o autores alineados a la derecha con un asterisco (*) nota a pie de página donde se indiquen las referencias del autor dichas anteriormente. Si el trabajo incluye dos autores se debe usar la referencia con el símbolo ** y así sucesivamente.

Resumen y palabras claves /*abstract* y *keywords*.

Introducción (en negritas) y sin enumeración.

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).

Normativa citada (en negrita)

Jurisprudencia citada (en negrita)

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 [francesa] 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.

Se aceptará individualizar a los autores con un apellido si solo poseen este o dos apellidos, tanto en el listado contenido en la Bibliografía citada como en las referencias utilizadas.

Ejemplos de cita:

a) Libro

- Impreso: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título del trabajo*. Editorial.

Ejemplo: García Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Marcial Pons.

- En línea

Apellido Apellido Autor, Nombre y Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título del libro*. Editorial. DOI o URL

b) *Capítulos de libros*: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Apellido Editor o Coordinador (Ed./Coord.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, xxx-xxx). Editorial.

Ejemplo: Moraga Klenner, C. (2008). Derecho Público chileno, y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad. En R. Pantoja Bauzá [Coord.], *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (277-323). Editorial Jurídica de Chile.

c) *Artículo de revista*: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). Título del artículo. *Nombre de la revista Volumen* (número), páginas. Doi (si lo tuviese).

Ejemplo: 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 Apellido Autor, A., Apellido Apellido Autor, B. y Apellido Apellido Autor, C. (día de mes de año). *Título de la página web*. Nombre de la página. <https://url.com>

e) *Tesis o monografía*: Apellido Apellido Autor, Nombre (año). *Título* [Memoria o tesis para optar al grado, Institución].

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.

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 N° 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: Nombre de las partes (año): Tribunal, día de mes de año (Rol N°). Sala. [Recurso].

Ejemplo: Pinto con Hospital Clínico San Borja Arriarán (2019): Corte Suprema, 25 de julio de 2019 (Rol N° 11238-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].

- 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 (autor, año y páginas), 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, 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.
- Si hay dos autores citados con el mismo primer apellido, debe incluirse además el segundo apellido o nombre para diferenciarlos.
- Obras con dos autores: García de Enterría y Fernández tomo I, 392.
- Obras con tres o más autores: Embid et al. 2002, 94.

e) Más de una obra de diferentes autores: "Varios autores (Alsana 1984, 51; Colodro 1986, 41; López y Muñoz 1994, 32) concluyeron que...".

f) 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:

- En sentencias judiciales: *Pinto con Hospital Clínico* (2019) o *Pinto* (2019). Se permite agregar considerandos de la sentencia de la siguiente forma: *Pinto con Hospital Clínico* (2019), c. 5°.
- En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).
- En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

VI. Evaluación y publicación de trabajos

Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista* 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, en su caso. 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 que se empleará al momento de recibir el artículo.

1. **Sobre el arbitraje.** Los trabajos de Doctrina de la Primera Sección, y en su caso artículos de la Segunda Sección, 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* 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

firmar 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 o cesión de derecho a favor de la *Revista* y remitirla 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* 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*, 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 vieran 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* 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 y plan editorial de la Revista de Derecho Administrativo (ReDA)

El plan editorial de la Revista intenta cubrir las siguientes materias específicas:

• Derecho Administrativo General

Fuentes del Derecho administrativo: Fuentes escritas: Constitución, ley y tratado / Fuentes no escritas: Costumbre y principios generales del derecho / La jurisprudencia y la adjudicación del Derecho administrativo / Dicotomía derecho público/ derecho privado / Supletoriedad normativa / Aplicación de las fuentes de la disciplina / Efectos de las fuentes en el tiempo y en el espacio

Organización administrativa y función pública: administración central (Presidente de la República, ministerios y servicios públicos) / fisco / administración descentralizada (Regiones y Municipios) / administración autónoma / personal de la administración (estatuto administrativo / estatutos especiales/ probidad / transparencia) /empresas públicas/ universidades públicas/ bienes (fiscales) y recursos financieros (fiscales) a disposición de la Administración / Control jurídico de la actividad administrativa (Contraloría General de la República / dictámenes / auditorías / jurisprudencia administrativa).

Potestades administrativas: Límites al ejercicio de las potestades (legalidad y principios) / discrecionalidad administrativa / Principios escritos y no escritos de la actividad administrativa / potestad reglamentaria / potestades normativas e interpretativas / potestades de planificación / potestades típicas (policía u ordenación, servicio público y fomento),

Procedimiento, actos y contratos: Actos administrativos (decisión administrativa) / Revisión de los actos / Nulidad de los actos/ Invalidez/ Actuación material/ Procedimiento administrativo (bases o principios / etapas / plazos y demoras / silencio administrativo) / Contratación (licitaciones y contratos) / Contratos administrativos especiales

Derechos del administrado: Derechos del administrado (derechos públicos subjetivos) / derechos adquiridos / actuaciones favorables de la Administración (concesiones / autorizaciones) / Concesiones especiales (de servicio público / de bienes / de obra pública) / reconocimiento de derechos (regularizaciones de derechos) / reconocimiento de personalidad jurídica / autogobierno o autoadministración por los particulares / Actuaciones desfavorables de la Administración (daños al administrado y responsabilidad de la Administración / Actos sancionatorios de la Administración / acto expropiatorio).

Contencioso administrativo: Acciones contencioso administrativas (tipología y prescripción) / acceso al juez administrativo (cómputo de plazos, agotamiento vía administrativa y legitimación activa) / procedimiento contencioso administrativo general / Tribunales administrativos especiales (Tribunal de la contratación pública / Panel de expertos de la LGSE: Tribunal Especial Eléctrico / Consejo para la transparencia [en su faz jurisdiccional] / Tribunales tributarios y aduaneros / Tribunales del Medioambiente) /

Bienes públicos, urbanismo y recursos naturales: Teoría y práctica de los bienes públicos (concesiones, autorizaciones) / servidumbres especiales) / derechos reales administrativos / Regímenes especiales de bienes públicos: (camino / 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 / Urbanismo (planes reguladores) / planificación /

Medioambiente y ordenamiento territorial: Bases o principios escritos de derecho ambiental / Regulación del medio ambiente (constitucional / legal) / Organización administrativa del medio ambiente (Ministerio / servicios públicos especiales / Servicio de evaluación ambiental / Superintendencia del medio ambiente / Servicio de biodiversidad y áreas protegidas) / Instrumentos de gestión ambiental / Sistema de evaluación de impacto ambiental / Ordenamiento territorial (planificación).

Historia del Derecho administrativo: Historia y Derecho administrativo (teoría de la historia / visión interdisciplinar) / historia de las fuentes de la disciplina (de la legislación / de su desarrollo jurisprudencial y sentencias relevantes / de la doctrina) / historia de la organización administrativa (de los órganos centralizados / de los órganos descentralizados/ de los órganos autónomos / de las empresas públicas) / historia de instituciones específicas (de la expropiación / de la contratación administrativa / de los bienes públicos).

Derecho administrativo extranjero
Derecho administrativo comparado

• 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

Indización:

La Revista de Derecho Administrativo se encuentra indizada en SCOPUS y Latindex.

Se encuentra disponible a texto completo en las siguientes bases 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>

EDITORIAL

- › **La Revista de Derecho Administrativo cumple 25 años**

PRIMERA SECCIÓN**DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES**

- › **El arbitraje en las empresas del Estado**
Alejandro Romero Seguel y Juan Carlos Flores Rivas
- › **La fiscalización y retroactividad del impuesto territorial ante el Derecho administrativo**
Jaime Phillips Letelier, Jaime Arancibia Mattar y Eugenio Benítez Kufferath
- › **Los criterios de sustentabilidad en el contrato público como deber estratégico del Estado**
Mauricio Figueroa Mendoza y Daniella Piantini Montivero

Derecho extranjero y comparado

- › **Estudio del principio de confianza legítima en el Derecho administrativo venezolano**
Alejandro Canónico-Sarabia
- › **Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia**
Cristian Andrés Díaz Díez
- › **Revisión judicial de las decisiones y omisiones de la Administración estadounidense, en el orden federal: Un modelo en continuo desarrollo**
Estela Sacristán

SEGUNDA SECCIÓN**ENSAYOS, HISTORIA, JURISPRUDENCIA, RECENSIONES, CRÓNICA Y COLOQUIOS****ENSAYOS****DERECHO DE MINERÍA**

- › **Análisis histórico de las rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre y la indemnización por expropiación de pertenencias en la Ley Minera**
Juan Guillermo Torres Fuentealba
- › **Necesaria objetivación de los criterios mínimos para la constitución de servidumbres legales mineras**
María Karina Guggiana Varela
- › **Explotación involuntaria de sustancias minerales concesibles por parte del Estado o titular de un contrato especial de operación**
Rafael Vergara Gutiérrez y Maximiliano Urrutia Guzmán

DIVISIÓN DERECHO PÚBLICO/DERECHO PRIVADO

- › **La sujeción de la Administración al derecho público y al derecho privado. El caso de Chile. Respuesta a un cuestionario de Eberhard Schmidt-Assmann y Javier Barnes**
Alejandro Vergara Blanco
- › **La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo**
Javier Barnes

HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- › **Ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile: ¿falta de influencia de la doctrina? El caso de Luis Claro Solar**
Alejandro Vergara Blanco

JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

- › **“Constancias –individuales– de cambio de criterio” en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al Derecho administrativo**
Cristian Román Cordero
- › **Principio de proporcionalidad en materia sancionatoria ambiental. Análisis de su aplicación en un proyecto de engorda de salmónidos**
Jorge Brower Gougain
- › **Revisión jurisprudencial sobre la eficacia internacional de derechos mineros constituidos en Chile**
Pía M. Moscoso Restovic
- › **El plazo razonable para las decisiones administrativas**
Rodrigo Céspedes y Jaime García

- › **Criterios para ejercicio del derecho a defensa de funcionarios públicos y municipales**
Tamara Ulloa Eyzaguirre

BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

*Sabrina Feher Szanto
Mariana Muñoz Marabolí
Sofía Paz Carrasco Loncharic*

CRÓNICA

- › **A 50 años del Curso de Derecho administrativo de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Crónica y entrevista a Tomás Ramón Fernández**
Alejandro Vergara Blanco

COLOQUIOS**ACTUALIDAD Y DESAFÍOS REGULATORIOS XXII JORNADAS DE DERECHO DE ENERGÍA**

- › **Transición energética e integración vertical en el mercado eléctrico**
Andrea Von Chrismar Medina
- › **Los mecanismos de estabilización de precios para la energía eléctrica en Chile. Desafíos y lecciones**
Clemente Pérez Errázuriz
- › **La autonomía e independencia del Coordinador Eléctrico Nacional**
Diego Perales Roehrs
- › **Sistemas de generación – consumo: oportunidades y desafíos para la reglamentación de la Ley N° 21.505**
Eduardo Escalona Vásquez y Antonia Jorquera Cruz
- › **Transición energética y mutación regulatoria**
Enrique Sepúlveda Rodríguez
- › **Pliego Técnico Normativo N°7 y su relación con los Oficios circulares de SEC N° 26.035 y N° 19.615**
Loreto Vergara Abarzúa
- › **Desafíos regulatorios en materia forestal para el desarrollo de Proyectos de Medios de Generación Distribuida**
Miguel Pelayo Serna y Luis Machuca Bravo
- › **Criterios jurídicos para la determinación de mínimos técnicos**
Oscar Guzmán Zepeda
- › **Planificación de la transmisión eléctrica: experiencia, diagnóstico y reformas para abordar la transición energética**
Rodrigo Quezada Marín
- › **La servidumbre eléctrica: pasado, presente y futuro**
Sergio Corvalán Valenzuela y Luis Felipe Mengual Henríquez