

# Los principios rectores de las ayudas públicas en el sector pesquero artesanal

## The guiding principles of public aid in the artisanal fisheries sector

Juan Ignacio Trincado Rivadeneira\*

El presente trabajo tiene por objeto formular y reseñar los principios jurídicos que gobiernan la actividad dispensadora de ayudas públicas que despliega la Administración del Estado, tomando como base la ley N° 21.069, que crea una nueva institucionalidad respecto del sector pesquero artesanal y acuícola de pequeña escala.

**Palabras clave:** Fomento, Ayudas Públicas, Principios de las ayudas públicas.

The purpose of this paper is to formulate and outline the legal principles that govern the dispensing activity of public aids deployed by the State Administration, based on Law N° 21.069, which creates a new institutional framework for the artisanal and aquaculture small-scale fishing sector.

**Keywords:** Support, Public Aid, Principles of public aid.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

El 15 de febrero del año 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.069, que Crea el Instituto Nacional de Desarrollo Sustentable de la Pesca Artesanal y de la Acuicultura de Pequeña Escala, INDESPA, cuyo objeto, según lo dispuesto en el artículo 2, es *fomentar y promover el desarrollo de la pesca artesanal, de la acuicultura de pequeña escala y sus beneficiarios*.

Esta nueva institucionalidad ha sido creada con la finalidad de contar con una entidad con cobertura nacional que "contribuya a mejorar la capacidad productiva y/o comercial de los sectores de la pesca

\* Abogado, Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Abogado, Pontificia Universidad Católica Valparaíso. Dirección Postal: De Veer 1369, Quilpué, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: juantrincador@gmail.com.

Recibido el 22 de febrero de 2019 y aceptado el 26 de noviembre de 2019.

artesanal y de la acuicultura de pequeña escala, otorgando apoyo a éstos en casos de catástrofe e impulsando a su vez, obras de desarrollo de infraestructura con el fin de fomentar y promover el desarrollo productivo de sus beneficiarios"<sup>1</sup>, para lo cual, el INDESPA podrá "gestionar de manera directa, fondos a los pescadores artesanales para su fomento productivo"<sup>2</sup>. Así, con esta nueva institucionalidad, se pretende aunar los esfuerzos que en la materia se encontraban antes radicados en dos instrumentos distintos, a saber, el Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal (FFPA) y el Fondo de Administración Pesquero (FAP).

En este contexto legislativo, el funcionamiento de la nueva institucionalidad requiere del desarrollo de una normativa infralegal que regule los aspectos de detalle para la operación del INDESPA<sup>3</sup>. De esta manera, el presente trabajo tiene por objetivo establecer, a partir de la doctrina, jurisprudencia y la ley, los principios jurídicos que deben regir la actividad dispensadora de ayudas públicas regulada por la Ley N° 21.069, de manera que esta formulación contribuya a la discusión para la dictación y aplicación de la normativa reglamentaria de ejecución. Asimismo, estos principios deben considerarse por la nueva entidad al momento de desplegar la actividad de fomento que le ha sido encomendada, en cuanto a ella corresponderá la formulación de los distintos proyectos y programas destinados al otorgamiento de las distintas ayudas públicas.

Junto con lo anterior, este trabajo, si bien nace y tiene por objeto una ley particular de fomento, pretende exceder los límites de ésta, dado que la formulación de los principios que aquí se haga tiene la vocación de ser extrapolada a todos aquellos ámbitos en los cuales la Administración interviene entregando ayudas públicas, de modo de sustentar una base de principios generales de la actividad de fomento.

Finalmente, se debe precisar una limitación propia de este trabajo: si bien el INDESPA ha entrado en funcionamiento en el mes de agosto de 2019<sup>4</sup>, en la práctica éste se ha limitado a mantener los mismos mecanismos de operación del FFPA y del FAP, a pesar de que la normativa que regula estos fondos se encuentra formalmente derogada por mandato expreso del artículo 14 de la ley N° 21.069. Lo anterior se reafirma en el proyecto de ley

<sup>1</sup> Mensaje N° 737-362, de fecha 3 de noviembre de 2014, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 4.

<sup>2</sup> Mensaje N° 737-362, cit. (N° 1), 4.

<sup>3</sup> Las materias cuya regulación la ley remite expresamente a la potestad reglamentaria se encuentran enunciadas en los artículos 5, 11, 12 y 13 de la ley.

<sup>4</sup> Conforme a lo dispuesto en el numeral 7, del artículo primero transitorio de la ley N° 21.069, la fecha de iniciación de actividades del INDESPA la determinaría el Presidente de la República, lo que tendría como plazo máximo dos meses contados desde la publicación en el Diario Oficial del primero de los decretos de fuerza de ley referidos en dicho precepto, lo que se cumplió con la publicación del D.F.L. N° 1, de 2019, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el día 12 de julio de 2019.

de presupuesto para el año 2020<sup>5</sup>, ya que la glosa N° 02 del presupuesto del Instituto, dispone que éste, en tanto no entre vigencia el reglamento al que alude el artículo 5 de la ley que lo crea, continuará aplicando las normas, instrumentos técnicos, requisitos, parámetros y procedimientos que hayan regulado, durante el año 2019, la postulación y entrega de beneficios correspondientes a los aludidos fondos. Lo mismo se dispone respecto de las normas respecto de los sistemas de control, evaluación y rendición de cuentas.

De esta manera, el INDESPA, al no contar con la normativa reglamentaria de ejecución de la ley N° 21.069, no ha ingresado al tráfico jurídico-administrativo ejerciendo las funciones que le son propias, lo que imposibilita que este trabajo considere la aplicación práctica de la ley en comento.

## I. Las ayudas públicas en el sector pesquero artesanal

### 1. Las ayudas públicas

Tradicionalmente se ha sostenido que la actividad de la Administración del Estado puede clasificarse en servicio público, policía y fomento<sup>6</sup>, a las cuales se han agregado, con el tiempo, otras categorías a fin de encasillar las distintas formas de intervención de la Administración en la vida jurídica<sup>7</sup>. Siendo así, como se ha dicho, el presente trabajo versa sobre la tercera categoría de la aquí denominada clasificación tradicional, esto es, la actividad de fomento<sup>8</sup>.

Conviene, al efecto, comenzar por una definición, tomando para ello aquella que ha logrado mayor repercusión entre los autores<sup>9</sup>, cual es la propuesta por Jordana de Pozas, por la cual se sostiene que la actividad de fomento se trata de una "acción encaminada a proteger o promover aquellas

<sup>5</sup> Mensaje N° 189-367, de fecha 27 de septiembre de 2019.

<sup>6</sup> Quien primeramente hace esta distinción es JORDANA DE POZAS 1949, 41-54. Esta clasificación, tal como lo afirma GARCÍA MACHMAR, ha tenido aceptación en la doctrina general del derecho administrativo. Sobre el punto: GARCÍA MACHMAR 2012b, 66.

<sup>7</sup> Tal es el caso de RAMÓN PARADA, quien, además de las tres categorías indicadas, agrega la *actividad sancionadora* y la *actividad arbitral*. Sobre el tema se puede consultar PARADA 1995, 415 y ss. Enfocado solamente en el ámbito económico, ARIÑO ORTIZ indica que las modalidades de intervención de la Administración en la vida económica pueden clasificarse en: *policía y regulación económica, fomento, servicio público, gestión económica, planificación y actuación arbitral*. ARIÑO ORTIZ 2004, 331.

<sup>8</sup> Con todo, cabe hacer presente que, dado los procesos de cooperación e integración económica internacional, la actividad de fomento se ha visto contraída. En efecto, lo que estos procesos buscan, en general, es la existencia de un mercado común libre, el cual se puede ver afectado tanto por la actuación de los agentes económicos como por la intervención de los Estados miembro. Dentro de estas últimas, especial preocupación generan las ayudas públicas, a tal punto que el artículo 87.1 del Tratado de la Comunidad Europea establecía la incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado común, disposición que se ha replicado en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para un estudio sobre el régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea, se puede consultar DE LA RIVA 2004, 303 y ss.

<sup>9</sup> Esto no quiere decir que el asunto de la definición de la actividad de fomento sea una cuestión pacífica. Sobre el punto, se puede consultar la obra de DE LA RIVA 2004, 104-110, en la cual se exponen las distintas críticas que la doctrina ha planteado respecto a la postura de JORDANA DE POZAS.

actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”<sup>10</sup>. Desde que esta formulación salió a la luz, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, cuestión que no es del caso tratar en este trabajo, salvo algunas referencias que se indican a continuación.

Por un lado, en esta definición de fomento el enfoque está puesto en la finalidad de *protección o promoción de actividades, establecimientos o riquezas* que satisfacen necesidades públicas o bien sean de utilidad general. Sin embargo, cuando se refiere a los mecanismos por los cuales la Administración busca el cumplimiento de estos fines, no se aporta ningún elemento definitorio, dando solo una referencia residual, en cuanto se afirma que fomento es aquello que no es coacción (actividad de policía) ni creación de servicios públicos<sup>11</sup>.

Lo anterior ya permite formular una crítica, dado que la protección o promoción de ciertas actividades que se estimen valiosas desde el punto de vista del bien común, son una finalidad que también se puede lograr mediante la coacción o bien a través de la asunción, por parte de la Administración, de la satisfacción de necesidades públicas mediante la creación de servicios públicos. De esta manera, para salvar lo anterior, así como otras críticas, se ha propuesto una definición estructural<sup>12</sup> de este tipo de actuación, por la cual se afirma que es aquella “actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados, de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados”<sup>13</sup>. Como se puede apreciar, con esta formulación se recogen los elementos propios de esta actividad administrativa, de modo que la definición no atiende al *fomento* como finalidad última y definitoria, dado que esta, como se dijo, puede ser compartida por otras modalidades de actuación de la Administración. Sin embargo, cabe precisar que la finalidad de la actuación sí es un elemento que forma parte de la estructura de esta especial forma de intervención administrativa, tal como se verá más adelante.

Como se puede advertir, la definición que se tomará como base para este trabajo, es aquella denominada como estructural, debiendo realizarse, además, la siguiente precisión terminológica: para el desarrollo de este estudio se utilizarán indistintamente las expresiones *actividad dispensadora de ayudas públicas* –o simplemente *ayudas públicas*– y *actividad de fomento*, las cuales deberán ser entendidas en el sentido indicado. En el mismo orden de ideas, se excluirá la utilización de los términos *subvención* o *relación subven-*

<sup>10</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 46.

<sup>11</sup> Corresponde al denominado contenido negativo del concepto. ARIÑO ORTIZ 2004, 379.

<sup>12</sup> DE LA RIVA 2004, 113-118.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 122 y ss.

*cional*, dado que, como se explicará más adelante, éstos denotan una de las modalidades para llevar a cabo las ayudas públicas<sup>14</sup>.

## 2. Los elementos estructurales de las ayudas públicas

La actividad de entrega de ayudas públicas genera una relación entre la Administración otorgante y el beneficiario de aquellas. Este vínculo supone la concurrencia de tres elementos: a) subjetivo; b) objetivo; y, c) teleológico, los cuales se pasarán a desarrollar a continuación<sup>15</sup>.

### a) Elemento subjetivo

Esta relación jurídica pública supone la existencia de dos sujetos, distinguiéndose aquel que adopta una postura activa, de otro que asume una posición pasiva. El primero de ellos (elemento subjetivo activo) consiste siempre en una Administración Pública otorgante<sup>16</sup>, respecto de la cual el principio de legalidad exige dos condiciones: que tenga atribuida la potestad de otorgar ayudas públicas y que cuente con una asignación presupuestaria para asumir el gasto público que representa el ejercicio de dicha potestad (legalidad presupuestaria).

En este elemento subjetivo activo se ha planteado la posibilidad de que particulares participen de la gestión de las ayudas públicas. En este sentido, se ha afirmado que el elemento determinante es el origen público de los recursos con los cuales se realiza esta actividad, de modo que la sola circunstancia que sea un particular quien gestione un beneficio financiado con fondos públicos no lo torna en una donación<sup>17</sup>.

Luego, dentro de este elemento en estudio se distingue la vertiente pasiva, que corresponde a aquella que asume la carga de cumplir con la finalidad o actividad a la cual está afectada la ayuda. Quien detente esta calidad de sujeto pasivo será, generalmente, una persona natural o jurídica de de-

<sup>14</sup> Dada la centralidad de la subvención en el ámbito de las ayudas públicas es que éstas han tenido un mayor desarrollo doctrinario tal como lo evidencian, en nuestro entorno, los trabajos de GARCÍA MACHMAR 2012b y de FLORES RIVAS 2011. Esta asimilación ha llevado a que, DE LA RIVA hable de *relación jurídica subvencional* cuando se refiere a la relación que surge con la concesión de ayudas públicas, realizando la precisión que la utilización de la expresión *subvencional* se hace un sentido laxo, comprensiva de cualquier técnica de fomento, es decir, sin limitarla exclusivamente al caso de la subvención. DE LA RIVA 2004, 111, nota al pie N° 24 y 143, nota al pie N° 1.

<sup>15</sup> El desarrollo de esta parte del trabajo está basado en DE LA RIVA 2004, 143 y ss. y en GARCÍA MACHMAR 2012b, 68 y ss.

<sup>16</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 484.

<sup>17</sup> DE LA RIVA 2004, 146 y ss. En la jurisprudencia administrativa nacional, el argumento del origen de los recursos y la asunción por parte un particular de una función pública ha sido de recurrente utilización. Un caso reciente es el contenido en el dictamen N° 11.781, de 2018, respecto del Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia en el caso de aborto en tres causales, en el cual el Ente Contralor razonó que le estaba vedado invocar la objeción de conciencia a las entidades privadas de salud que hubieren suscrito un convenio con algún Servicio de Salud para la ejecución de acciones de salud, dado que en tal caso asumen una función pública con recursos del mismo carácter.

recho privado. Con todo, se ha planteado la discusión en torno a considerar como ayuda pública aquella que se dispensa a favor de otro órgano público, cuestión que excede la naturaleza de este trabajo. Cabe solo mencionar que, siguiendo a De la Riva<sup>18</sup>, los entes públicos, por sí mismos, deben orientar su actuación hacia el cumplimiento del interés público, de modo que resulta, por decir lo menos, cuestionable pensar que un organismo deba motivar o fomentar en otro la consecución de dicha finalidad. Con todo, parte de la doctrina es partidaria de calificar como sujeto pasivo de ayudas públicas a entes públicos<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, catalogar una transferencia entre entes públicos como ayuda pública debe estar guiada por la propia definición de este concepto, tomando como base su elemento esencial, cual es la afectación de la ayuda a un fin o actividad, de modo que, cuando pueda advertirse la presencia de esta característica se podrá calificar dicha relación como de fomento<sup>20</sup>.

#### b) Elemento objetivo

El elemento objetivo es el que caracteriza la actividad dispensadora de ayudas públicas, teniendo para estos efectos un carácter compuesto, dado que no se refiere solamente al *beneficio*, sino que éste queda *afectado*<sup>21</sup> al cumplimiento de un fin que la Administración otorgante define en un momento dado como relevante<sup>22</sup>. De esta manera, todo beneficio que es entregado en virtud de esta actividad dispensadora de ayudas no constituye una liberalidad cuya disposición queda entregada al arbitrio del beneficiario, sino que este asume la carga de destinar la ayuda al fin público definido por la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, se plantea en la doctrina la posibilidad que se otorguen beneficios sin que concurra el elemento de la afectación, lo cual se dará en el caso de ayudas de carácter asistencial. Ejemplo de lo anterior se encuentra en los beneficios otorgados por el Estado a quienes han sufrido pérdidas como consecuencia de catástrofes naturales. En estos casos el concepto que los autores han utilizado es el de *subsidios*<sup>23</sup>. Respecto de estos beneficios se ha cuestionado su calificación como ayudas públicas, dado que respecto de ellos no existe una confluencia del interés público y privado,

<sup>18</sup> *Ibidem*, 149 y ss.

<sup>19</sup> La referencia de los autores se puede encontrar en DE LA RIVA 2004, 150, nota al pie 15.

<sup>20</sup> En este caso, DE LA RIVA propone el concepto de *ayudas públicas interadministrativas* para aquellos casos en los cuales pueda advertirse que el sujeto pasivo es un órgano público, de modo de distinguirlas de aquellas en las que el sujeto pasivo es un particular. *Ibidem*, 153 y ss.

<sup>21</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 487.

<sup>22</sup> Con todo, debe hacerse presente que la definición de este *fin* no es tarea exclusiva de la Administración otorgante dado que la ley, en algunos casos establece, al menos de un modo general, el fin al que se debe afectar la ayuda pública, como es el caso de la Ley N° 21.069. Sin embargo, este puede ser un ámbito de mayor discrecionalidad, según sea la habilitación legal de que se trate, tal como se indicará más adelante.

<sup>23</sup> DE LA RIVA 2004, 164 y ss. En el mismo sentido, FLORES RIVAS 2011, 343.

sino que nace de la sola iniciativa pública<sup>24</sup>. Asimismo, se señala que en el caso de los beneficios asistenciales éstos se entregan en consideración de la persona del beneficiario, no en atención de una actividad o fin, tal como sucede con las ayudas públicas propiamente tal, siendo indiferente la persona del beneficiario<sup>25</sup>.

Con todo, en el presente trabajo se adoptará la posición de incluir dentro de la noción de actividad de fomento o de dispensación de ayudas públicas a los subsidios o ayudas públicas no afectadas, dado que la Constitución realiza un tratamiento conjunto de estos dos mecanismos de intervención administrativa en el artículo 19 N° 22, inciso segundo, al referirse a los *beneficios directos*. Asimismo, la ley objeto de este trabajo considera este tipo de ayudas en el artículo 3 letra i). Finalmente, el origen público de los recursos demanda mayor control sobre la correcta utilización de éstos, de modo que allegar este tipo de beneficios a la noción de ayuda pública permite aplicar sus consecuencias jurídicas y marco normativo, del cual versa este trabajo.

### c) Elemento teleológico

Se ha sostenido que con el otorgamiento de ayudas públicas la Administración busca convencer a los particulares para realizar una actividad que se ha definido como de interés público<sup>26</sup>. En términos más específicos, la finalidad que con la ayuda se persigue es el estímulo de una actividad, sector o región geográfica<sup>27</sup>.

Es en este elemento en donde puede advertirse un grado variable de discrecionalidad para el ente público otorgante, en cuanto a la definición de la finalidad o actividad específica que se quiere fomentar con la ayuda<sup>28</sup>, ya que si dicho fin está definido en la ley el grado de discrecionalidad será menor, mientras que si dicha definición queda entregada al ente otorgante de la ayuda el grado de discrecionalidad será mayor. Así, un ejemplo de mayor discrecionalidad lo encontramos en el artículo 5° letra g) de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, el cual establece como atribución esencial de los municipios *otorgar subvenciones y aportes para fines específicos*, quedando la definición del fin en manos de la entidad edilicia.

La finalidad objeto de la ayuda pública, una vez definida, tiene una relevancia gravitante dentro de esta modalidad de actuación. Así, dado que

<sup>24</sup> DE LA RIVA 2004, 165.

<sup>25</sup> FLORES RIVAS 2011, 345.

<sup>26</sup> ARIÑO ORTIZ 2004, 379.

<sup>27</sup> DE LA RIVA 2004, 191.

<sup>28</sup> La definición de los fines que persigue el Estado es una cuestión que, según los autores, es anterior y externa al derecho administrativo. En efecto, la asunción o no de un determinado fin tiene que ver con un momento histórico determinado, siendo dicha definición de carácter político, entregando el derecho las herramientas necesarias para su regulación. Sobre el punto se puede consultar ARIÑO ORTIZ 2004, 331 y ss. En el mismo sentido, MARTÍN RETORTILLO 1991, 441, quien afirma que la actividad de fomento implica una elección por parte del Estado por promover una actividad concreta, lo cual es manifestación de una opción política concreta.

el beneficio queda afectado a ésta, ella se transforma en el título habilitante para intervenir, ordenar y controlar<sup>29</sup>. En efecto, seleccionado el fin, la Administración opta por una de sus modalidades de intervención; si la seleccionada es la ayuda pública, aquella tendrá la potestad de ordenar, esto es, establecer las condiciones y requisitos para la obtención y mantención del beneficio; finalmente, tendrá la atribución de controlar que éstos se cumplan, de modo de verificar que la ayuda se aplique al fin público perseguido.

### 3. Mecanismos de otorgamiento de ayudas públicas

Dentro de la doctrina tradicional se ha sostenido que la actividad de fomento se ejecuta a través de tres medios: honoríficos, jurídicos y económicos<sup>30</sup>, de los cuales el de mayor tratamiento, por su relevancia, ha sido el económico, categoría dentro de la que Jordana de Pozas ubica, a modo ejemplar, las subvenciones, primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés y las exenciones y demás privilegios de carácter fiscal<sup>31</sup>.

Para efectos de este trabajo, a fin de exponer los mecanismos de otorgamiento de ayudas públicas, se distinguirán dos momentos distintos dentro del *iter* de las ayudas públicas: el momento de la selección y el de la asignación<sup>32</sup>. La etapa que aquí se denomina de la *selección* corresponde a aquella en la que se establecen y aplican los requisitos de selección, de modo que en esta etapa se determina de manera precisa la persona del beneficiario; luego, la aquí denominada etapa de la *asignación* es aquella en la que se hace efectiva la atribución patrimonial, es decir, se otorga la ayuda<sup>33</sup>.

Considerando lo anterior, dentro de cada una de estas etapas, la Administración cuenta con técnicas o mecanismos para llevar a cabo su cometido, y que, sin un afán de agotar el horizonte de posibilidades, serán expuestas a continuación.

#### a) *Técnicas de selección*

Corresponde a aquellos mecanismos con los cuales cuenta la Administración para seleccionar a los beneficiarios de una ayuda pública determinada. Para

<sup>29</sup> *Ibidem*, 443.

<sup>30</sup> La distinción proviene desde JORDANA DE POZAS 1949, la cual ha sido recogida por diversos autores, tales como PARADA 1995 o BERMÚDEZ SOTO 2014, en el entorno nacional. El Tribunal Constitucional también ha recogido esta distinción, tal como consta en la sentencia pronunciada en la causa rol N° 1.295, considerando 90.

<sup>31</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 53.

<sup>32</sup> Aparte de estos dos momentos dentro del *iter* que siguen las ayudas públicas, se puede distinguir uno de carácter previo, correspondiente al diseño de la ayuda.

<sup>33</sup> DE LA RIVA 2004, 144. Este autor separa la etapa de selección en dos: la primera, correspondiente al establecimiento de los requisitos de adjudicación de la ayuda y la otra, aquella en que se selecciona a la persona del beneficiario. Si bien en la práctica estos momentos son claramente distinguibles, dado que estarán marcados por la dictación de actos administrativos diversos, para efectos de este trabajo la distinción es irrelevante para la definición del mecanismo de selección, así como para la aplicación de los principios jurídicos que se tratarán más adelante.



estos efectos, García Machmar<sup>34</sup>, propone una clasificación que es la que se seguirá en este trabajo<sup>35</sup>.

Siguiendo al autor en comento, en el derecho nacional pueden encontrarse 3 formas de selección de beneficiarios que tienen como elemento central el grado de discrecionalidad que ellas entregan a la Administración, las cuales se exponen en el siguiente cuadro en un grado creciente de discrecionalidad:

Mecanismo	Definición
Asignación Reglada	Es aquella en la que la ley establece a quién se debe realizar la transferencia. Esto se hace fijando una determinada condición jurídica que habilita a ser beneficiario de la ayuda. En este caso, la Administración otorgante no elige al beneficiario, sino que éste viene dado por la ley.
Concurso público	Se trata de un modelo que tiene como nota distintiva la elección competitiva de los beneficiarios. Las ayudas que se entregan mediante esta modalidad suponen un procedimiento administrativo de publicación, postulación, evaluación y posterior selección.  García Machmar distingue en este tipo los fondos concursables y los subsidios mediante títulos transferibles. Sin embargo, ello no es relevante para efectos del mecanismo, en cuanto atiende a la naturaleza de la ayuda y no a la forma en que se selecciona a los beneficiarios de ésta.
Asignación directa	Es la técnica en la que la Administración no debe sujetarse a criterios legales para la selección. García Machmar distingue dos situaciones en las cuales procede este tipo de asignación: cuando la potestad de otorgar beneficios no trae consigo criterios de selección o bien cuando han fracasado los procedimientos anteriores.

Fuente: *Elaboración propia*.

### b) Técnicas de asignación

Como ya se señaló, una vez seleccionados los beneficiarios, la Administración otorgante debe realizar la atribución patrimonial de la ayuda. Para estos efectos, siguiendo la definición de ayudas públicas y la explicación que de este concepto hace De la Riva<sup>36</sup>, es posible realizar la clasificación que se resume a continuación:

<sup>34</sup> GARCÍA MACHMAR 2012a, 131-152.

<sup>35</sup> Este aserto debe tomarse con la siguiente prevención: el trabajo GARCÍA MACHMAR tiene por objeto de estudio la *subvención*, la cual, como se ha indicado, no es equivalente a *ayuda pública*, por tratarse aquella de una especie de ésta. Sin embargo, el desarrollo seguido por GARCÍA MACHMAR puede ser generalizado a cualquier forma de otorgamiento de ayudas dada la amplitud normativo que se considera en el estudio. Asimismo, maneja un criterio al cual ya se ha referido en este trabajo, el cual dice relación con el grado de discrecionalidad con el cual cuenta la Administración para seleccionar al beneficiario de la ayuda.

<sup>36</sup> DE LA RIVA 2004, 122-128.

Criterio de distinción	Tipos	Definición
Existencia o no de transferencia al beneficiario	Directos	Aquellas que implican una transferencia al beneficiario
	Indirectos	Corresponde a medidas que no conllevan una transferencia al destinatario de la ayuda, pero que, de todas maneras, le producen a este un efecto económico favorable.
Existencia o no de un tercero que mediatiza la entrega	Inmediatos	Mecanismo por el cual la Administración entrega por sí misma la ayuda.
	Mediatos	Modalidad por la cual la entrega del beneficio se mediatiza a través de un tercero, público o privado.

Fuente: *Elaboración propia.*

Pues bien, considerando esta clasificación, es posible referirse a algunos mecanismos específicos. Uno de ellos, ejemplo paradigmático de transferencia directa de los recursos, es la *subvención*, la que ha sido definida como la "atribución patrimonial, básicamente de carácter dinerario, que se recibe a fondo perdido con el fin de llevar a cabo la realización de determinados comportamientos –de hacer o de abstenerse– que han sido considerados de interés general y a cuya plena y efectiva realización aquella queda vinculada"<sup>37</sup>. Como se dijo, esta figura, si bien similar, no es idéntica a la de los *subsidios*, los cuales corresponden a beneficios no afectados a un fin. Sin embargo, por las razones ya expresadas en este trabajo, se las ha considerado como un mecanismo de asignación de ayudas públicas.

Por otra parte, cabe la posibilidad que la normativa disponga que la Administración otorgante deba, para efectos de la asignación de los recursos, realizar una compra de bienes o contratación de servicios con los cuales se pretende beneficiar a los destinatarios de ésta. Eso es lo que sucedía con el FFPA<sup>38</sup>, el cual debía aplicar en estos casos las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su reglamento, contenido en el D.S. N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda. En estos casos, la Administración se vale de un tercero –contratista– quien es el que provee al beneficiario de la ayuda, financiada con los recursos públicos respectivos.

Esta opción normativa plantea la interrogante sobre la naturaleza jurídica de dicho mecanismo, pudiendo concluirse que, por aplicación del mismo artículo 1° de la Ley N° 19.886, el cual dispone la aplicación supletoria del derecho público y del derecho privado en materia de compras públicas, nos

<sup>37</sup> MARTÍN RETORTILLO 1991, 480. Cabe precisar que este autor decanta en este concepto, que él denomina como estricto, previa distinción del concepto de subvención en sentido amplio, el cual es comprensivo de todo beneficio económico percibido por parte de la Administración.

<sup>38</sup> Artículo 16° del D.S. N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Reglamento del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal.

encontrábamos frente a una estipulación a favor de tercero, contemplada en el artículo 1.449 del Código Civil.

#### 4. Fundamento de las ayudas públicas y su proyección en la actividad pesquera artesanal

El otorgamiento de una ayuda pública específica puede tener múltiples fundamentos. Así, en general, un Estado puede adoptar esta medida para: a) que un sector de la economía alcance niveles de desarrollo que, por sí solo, no puede lograr; b) para socorrer a una empresa o industria que atraviesa dificultades temporales, corriendo el riesgo de cesar su actividad, con el consecuente efecto social que ello puede acarrear; o, c) para propender a la consecución de objetivos de protección ambiental<sup>39</sup>.

En el mismo sentido, los motivos que justifican el establecimiento de una determinada ayuda en el ámbito pesquero pueden ser también diversos, quedando su definición reservada al ámbito de las políticas públicas, considerando las necesidades de un determinado momento histórico, sin perjuicio que el derecho entregue herramientas para encausar dicha labor por un cauce jurídico, como acontece, por ejemplo, con el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental, que define las condiciones que deben cumplirse para el otorgamiento de una ayuda pública.

En nuestro país, la actividad pesquera artesanal, desde hace algunos años, viene siendo objeto de intervención económica por parte del Estado, mediante el otorgamiento de ayudas públicas. Así, el año 1991, mediante la dictación de la Ley N° 19.079, se introdujeron en la ley general de pesca y acuicultura los artículos 38 bis a) a 38 bis f) –que pasaron luego a ser los artículos 56 a 62– por los cuales se creó el FFFPA, el cual estaba destinado a *fomentar y promover* distintos aspectos de la pesca artesanal<sup>40</sup>. Luego, mediante la dictación de la Ley N° 19.849, del año 2002, se creó el FAP –regulado en el actual artículo 173 de la ley general de pesca y acuicultura– el cual tenía entre sus objetivos financiar *Programas y proyectos de fomento y desarrollo a la pesca artesanal* (letra c) del artículo 173).

Pues bien, es en este contexto que se dicta la Ley N° 21.069, la que tiene la pretensión de reunir estos dos fondos en una institucionalidad que tenga presencia regional y mayores recursos para el fomento y desarrollo sustentable, tanto de la pesca artesanal, como de la acuicultura de pequeña escala.

Con todo, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, cabe señalar que las ayudas públicas a la pesca, en general, tienen una mirada más bien restringida en el contexto internacional, dado que a través de ellas se puede afectar, precisamente, el manejo sustentable de los recursos pesqueros, en

<sup>39</sup> SCHRANK 2004, 6 y ss.

<sup>40</sup> Infraestructura, capacitación y asistencia técnica, repoblamiento de recursos hidrobiológicos y la comercialización de los productos pesqueros.

cuanto pueden terminar promoviendo la sobrecapacidad y la sobrepesca<sup>41</sup>. En el mismo sentido, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el número 14 consiste en “Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible”, fijándose como una de las metas de éste, al año 2020, la prohibición de ciertas formas de subvenciones a la pesca, que contribuyan a la sobrecapacidad y a la pesca excesiva.

Sin embargo, la actividad de otorgamiento de ayudas públicas existe, muestra de lo cual es la dictación de la Ley N° 21.069 y la creación de una nueva institucionalidad de fomento a la pesca artesanal y a la acuicultura de pequeña escala, motivo que justifica estudiar los fundamentos generales de este tipo de intervención administrativa y la proyección de ésta en la ley en estudio.

a) *Fundamento constitucional de la actividad de fomento en Chile*

Tal como se indicó anteriormente, la actividad dispensadora de ayudas públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene fundamento constitucional en el artículo 19 N° 22, el cual, luego de establecer el derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica dispone que, mediante una ley se podrán autorizar beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica. La ubicación de esta norma expresa el carácter excepcional de esta actividad, en cuanto ella supone el establecimiento de grupos, dispensándose, por parte del Estado, una ayuda en favor de unos por sobre otros.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado a la actividad de fomento como una excepción al derecho a la no discriminación, estableciéndose requisitos para que el Estado pueda llevar a cabo esta modalidad de intervención: no debe ser arbitraria, requiere habilitación legal y no establece una medida específica de intervención, admitiéndose “beneficios directos o indirectos” y “gravámenes especiales”<sup>42</sup>. En cuanto a quiénes pueden ser sujetos pasivos de estos beneficios, la Constitución se refiere a *sector, actividad o zona geográfica*, los cuales han sido definidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia pronunciada en la ya aludida causa rol N° 1.295<sup>43</sup>.

Este carácter excepcional de la actividad dispensadora de ayudas tiene también relación con el principio de subsidiariedad el que ha sido predicado respecto de la intervención del Estado en materia económica, ámbito en el

<sup>41</sup> Sobre el punto se puede consultar OECD, *Support to fisheries: Levels and impacts*, en *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, N° 103, OECD, 2017.

<sup>42</sup> Sentencia TC Rol N° 1.295 (2008).

<sup>43</sup> Sector: parte de la actividad productiva o económica del país, como los agricultores o los acuicultores; *Actividad*: emprendimientos determinados, con características operativas específicas, como los productores lecheros; y, *Zona geográfica*: lugar del territorio nacional, que puede o no corresponder con la división político-administrativa del país (Considerando 92).

cual se encuentra la actividad de fomento. Baste acá decir que este principio, en su formulación, supone que el Estado debe asumir aquellas tareas que: i) estén fuera del alcance de los particulares; ii) no sea conveniente que queden en manos de pocos particulares; y, iii) no puedan ser realizadas por éstos<sup>44</sup>, no encontrándose habilitado para actuar siempre y a todo evento.

b) *La Ley N° 21.069 como expresión de la actividad dispensadora de ayudas públicas*

Llegado a este punto, corresponde hacerse cargo, brevemente, de la ley objeto de este estudio. Para estos efectos se recurrirá a los distintos elementos que, hasta acá, se han estudiado respecto de las ayudas públicas.

Así, respecto de los elementos estructurales de las ayudas, el sujeto activo ha sido creado por la propia Ley N° 21.069 y corresponde al INDESPA, servicio público descentralizado sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Los sujetos pasivos también han sido definidos por la propia ley, en el artículo 11, siendo ellos los pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal; los acuicultores de pequeña escala que cuenten con inscripción vigente en el registro que llevara el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) y las organizaciones o personas jurídicas conformadas exclusivamente por pescadores artesanales o acuicultores de pequeña escala, legalmente constituidas.

Esta definición de los beneficiarios no llega a constituir una asignación reglada en los términos indicados más arriba, en cuanto dentro el universo de posibles beneficiarios, el Instituto podrá –o más bien, deberá– establecer focalizaciones o discriminaciones a fin de atender a un grupo o grupos dentro del público definido por la ley<sup>45</sup>, lo cual otorga un grado de discrecionalidad a la institución en este ámbito.

Respecto del elemento objetivo, tal como se indicó, este corresponde al beneficio y su afectación al fin público. Pues bien, la ley en comento no define un específico tipo de ayuda, sino que ello queda entregado al reglamento y a las bases de los distintos programas o concursos que el Instituto apruebe. Así se desprende del artículo 12 inciso primero, en relación con el artículo 5 de la ley.

Luego, la ley considera una finalidad para el Instituto –elemento teleológico– consistente en fomentar y promover el desarrollo de la pesca artesanal, de la acuicultura de pequeña escala y sus beneficiarios (artículo 2 de la ley). Esta finalidad general, busca aumentar la productividad del sector pesquero, mediante la creación de valor agregado y la facilitación de la línea de pro-

<sup>44</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318.

<sup>45</sup> Por ejemplo, el artículo 7, letra a) establece que es atribución del Consejo Directivo del INDESPA aprobar las líneas estratégicas de financiamiento de éste, lo cual puede suponer que existan proyectos o programas dirigidos a grupos específicos de pescadores artesanales.

ducción de manera de hacer más expedita la entrada de los productos a los distintos mercados<sup>46</sup>. La generalidad de esta formulación deberá ser actualizada al caso concreto por el INDESPA, en particular por su Consejo Directivo, ya que a éste corresponde aprobar las líneas estratégicas de financiamiento, lo cual supone la definición de fines públicos específicos, alineados con el fin general declarado por la ley.

Ahora bien, esta labor de definición del fin en el caso concreto tiene algunos parámetros establecidos en la propia ley y que dicen relación con atender el cumplimiento normativo de la regulación sectorial y de las obligaciones contraídas por el beneficiario con la Administración del Estado. Así se desprende del artículo 13, que en general regula los casos en que el otorgamiento de beneficios es improcedente. De la lectura de este precepto queda claro que la calidad de beneficiario requiere que el postulante esté comprendido en la hipótesis del artículo 11, ya citado, pero, además: i) que el proyecto postulado cumpla con la normativa sectorial de pesca artesanal; y, ii) el postulante cumpla las obligaciones contraídas con el SERNAPESCA u otra institución pública que gestione proyectos dirigidos a los beneficiarios del INDESPA.

De lo anterior se puede concluir que, si bien la finalidad general de la actividad de fomento establecida por esta ley es desarrollar este especial sector de la economía, ello supone como condición la sustentabilidad de dicho desarrollo, cuestión que, al parecer, la ley pretende lograr con el cumplimiento normativo y de obligaciones administrativas por parte del beneficiario, a efectos de que éste pueda tener dicha calidad.

Finalmente, en cuanto al mecanismo de selección de los beneficiarios, la ley contiene una marcada preferencia por el concurso público. Al efecto, cabe mencionar que, si bien el artículo 5 N° 1 remite esta materia al reglamento, esto debe interpretarse en armonía con las restantes disposiciones de la ley, las cuales mandatan el concurso como regla general. Así, el mismo artículo 5 inciso final, establece un reconocimiento general de esta modalidad de selección de beneficiarios, estableciendo el contenido mínimo de las bases, así como consagra principios que las deben inspirar. Luego, el artículo 12 inciso final exige el concurso público, en el caso específico de la entrega de aportes no reembolsables.

## II. Los principios rectores de las ayudas públicas en el marco de la Ley N° 21.069

La actividad dispensadora de ayudas públicas, como toda otra forma de actuación de la Administración del Estado, está sometida a reglas, lo cual no es más que manifestación del principio de juridicidad que impera en la materia. Bajo esta premisa, en el presente capítulo se enunciarán los principios rec-

<sup>46</sup> Mensaje N° 737-362, cit. (N° 1), 3.

tores de las ayudas públicas –con especial referencia a la Ley N° 21.069– los cuales deben orientar la actividad y regulación de la nueva institucionalidad, a fin de encausarla dentro de los márgenes de juridicidad.

En este punto cabe precisar que el *iter* de la actividad de fomento tiene un desarrollo relativamente delimitado, comenzando en una etapa que se podría denominar de *diseño de la intervención pública*, momento entregado en parte al legislador, único que a través de su producto –la ley– puede establecer una ayuda pública, y por otra, a la Administración otorgante, la cual, en atención a las limitaciones presupuestarias, deberá establecer los lineamientos y parámetros para focalizar los beneficios. Luego del diseño se encuentra la etapa de implementación de la actividad de fomento, la cual se despliega en dos etapas, de *selección* y de *asignación*, las que ya han sido definidas en este trabajo<sup>47</sup>.

Pues bien, lo anterior tiene sentido dado que los principios que en este acápite se enunciarán tendrán, en algunos casos, una marcada influencia en algunas de las etapas del *iter* de ayuda pública, sin perjuicio de su presencia transversal en esta actividad.

1. Principio general de la actividad de dispensación de ayudas públicas: la afectación al fin público

Las ayudas públicas suponen la presencia de dos sujetos, uno activo –la Administración otorgante– y otro pasivo –el beneficiario–, entre los cuales surge una relación jurídica por la cual el primero otorga un beneficio al segundo, el cual queda *afectado* a la realización de una actividad o cumplimiento de un objetivo<sup>48</sup>.

En efecto, una nota esencial de toda la actividad de fomento está dada porque con esta modalidad de intervención la Administración Pública pretende la consecución de una serie de objetivos, lo cual se transforma en el título que habilita la actuación. Esto es lo que Martín-Retortillo ha denominado como el carácter teleológico de este tipo de actuación<sup>49</sup>, de manera que, en virtud de este principio, el beneficiario se encuentra obligado a realizar la actividad o cumplir el fin por el cual éste le fue conferido. Con todo, se debe precisar que la sujeción del beneficiario respecto de la Administración otorgante no es absoluta: en este sentido, certero es el ejemplo de Martín-Retortillo quien indica que el otorgamiento de una subvención a un establecimiento educacional no habilita a imponer una ideología política<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Apartado I, numeral 3.

<sup>48</sup> DE LA RIVA 2004, 162 y ss.; PARADA 1995, 456; y MARTÍN-RETORTILLO 1991, 443. Al respecto, algunos autores han llegado a afirmar que, incluso, nos encontramos frente a una relación de sujeción especial, dado que esta técnica de intervención acentúa las facultades de intervención y ordenación de la Administración. Sobre lo anterior, *Ibidem*, 448.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 443.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 444.

Este carácter de afectado de las ayudas públicas ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el rol 1.295, cuando se afirma en el considerando nonagésimo que “Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia”<sup>51</sup>.

En consecuencia, dada la finalidad pública que se persigue con las ayudas públicas, éstas quedan afectadas a aquella, lo cual habilita al legislador a establecer condiciones o requisitos para su obtención o mantención, tal como lo expresa la judicatura constitucional, facultando, además, a la Administración otorgante del beneficio, a ejercer un control respecto del destino que el beneficiario da a la ayuda, de lo cual se concluye la íntima relación de este principio de afectación con los principios de control y eficacia.

## 2. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad puede formularse como aquel por el cual las sociedades mayores (entre ellas el Estado) se forman para satisfacer fines que las sociedades menores no pueden alcanzar por sí solas, de modo que, allí donde éstas son suficientes, no pueden entrar aquellas, dado que esto afectaría la autonomía de la sociedad menor<sup>52</sup>. Dicho así, existen varias dimensiones en las cuales se proyecta este principio, tales como en la distribución de competencias en el ámbito de las relaciones interinstitucionales o en asuntos económicos<sup>53</sup>.

Pues bien, el principio de subsidiariedad tiene una clara incidencia en materia de ayudas públicas, dado que este tipo de actuación del Estado supone la intervención de éste en sectores de la economía, convirtiéndose en un elemento modulador de dicha actividad.

Sin embargo, lo anterior supone haber adoptado una postura en torno a la problemática sobre si, al amparo de nuestro texto constitucional, es posible afirmar la vigencia de este principio. Pues bien, sin entrar a dicha discusión ni mucho menos pretender resolverla, y para el solo efecto de exponer la incidencia que puede tener el principio en comento en materia de ayudas públicas, es que se tomará como premisa que éste sí tiene asidero.

En este orden de ideas, en nuestro entorno se suele afirmar que el principio de subsidiariedad se desprende del artículo 1 de la Constitución, en cuanto declara que el Estado está al servicio de la persona humana y reconoce y

<sup>51</sup> Surge en este punto la interrogante si estas condiciones o requisitos pueden, en algún grado, afectar derechos fundamentales del beneficiario, tornando, en consecuencia, dichas condiciones en inconstitucionales. Sobre el punto se puede consultar SOTO VELASCO 2009, 115-141, trabajo en el que se sostiene que dichas condiciones no pueden ser llegar a afectar derechos fundamentales, debiendo ser rechazadas por inconstitucionales. En contrario se manifiesta GARCÍA MACHMAR 2012b, 81 s.

<sup>52</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318; en el mismo sentido DE LA RIVA 2004, 198.

<sup>53</sup> DE LA RIVA 2004, 199 y BASSA MERCADO y VIERA ÁLVAREZ 2017, 187.



ampara a los grupos intermedios, los cuales están dotados de autonomía<sup>54</sup>. Esta formulación, en clave de fomento, implica afirmar que el Estado se deberá abstener cuando advierta que el bien común se pueda satisfacer sin ser necesaria su intervención, mientras que deberá actuar cuando se vislumbre que solo así el cumplimiento del interés general podrá ser alcanzado<sup>55</sup>.

Teniendo este punto de partida, cabe entonces cuestionarse sobre el alcance de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, tal como lo exponen Bassa y Viera, en nuestro país se ha dado una interpretación neoliberal, por la cual se realza el rol abstencionista que debe tener el Estado, sobre todo en materia económica, desconociendo la vertiente de intervención –principio de solidaridad– por la cual se habilita la actuación estatal<sup>56</sup>.

Con estas consideraciones, se puede sostener, en primer lugar, que la actividad de entrega de ayudas públicas se trata más bien de una manifestación del principio subsidiariedad, en su rol de habilitante para la intervención estatal. Por otra parte, su aplicación debe considerarse al momento de ejecutar la actividad específica de fomento de que se trate, como guía para decidir la focalización de los beneficios o proyectos a financiar<sup>57</sup>. Finalmente, la formulación del principio de subsidiariedad puede convertirse en una herramienta útil de evaluación del impacto de la política pública, en cuanto, si en virtud del principio en comento lo que se pretende es ir en apoyo de aquellas áreas en donde las sociedades menores tienen un desarrollo deficiente, éstas, por aplicación del principio de eficacia y de afectación de la ayuda al fin público, debieran ser capaces de superarlas, de modo que, si en caso contrario, dichas falencias se mantienen, ello evidenciaría la escasa o nula incidencia de la ayuda pública respectiva.

### 3. Igualdad y no discriminación

Al igual que el principio de subsidiariedad, este principio tiene especial aplicación en la etapa de diseño, como mandato tanto para el legislador como para la Administración que ejecuta esta actividad de fomento.

La igualdad encuentra un amplio reconocimiento en la Constitución, en diversas disposiciones de ésta. Así, a modo ejemplar, el artículo 1° contempla la igualdad de las personas en dignidad y derechos; luego, el artículo 19 N° 2, consagra la igualdad ante la ley. Sin embargo, en lo que interesa a este trabajo, la proyección de la igualdad que se quiere destacar es aquella que se da en materia económica, consagrada en el artículo 19 N° 22.

Sobre el punto, se ha cuestionado la necesidad de reconocer de manera específica esta veta de la igualdad, afirmándose que ello se debe a la impor-

<sup>54</sup> GUERRERO BECAR 2018, 318.

<sup>55</sup> DE LA RIVA 2004, 198.

<sup>56</sup> BASSA MERCADO y VIERA ÁLVAREZ 2017, 191 y ss.

<sup>57</sup> En el caso del INDESPA, definir, por ejemplo, grupos y respecto de cuáles desarrollarán programas o proyectos.

tancia de la economía en la vida cotidiana de las personas, en cuanto a través de ella obtienen desarrollo, siendo necesario reforzar la igualdad en esta materia a fin de evitar los favoritismos del Estado<sup>58</sup>. En el mismo sentido, Guerrero Becar indica que con este derecho se extiende el principio general de igualdad ante la ley al ámbito económico, a fin de evitar que el Estado pueda discriminar de manera ilegal o sin los fundamentos necesarios que expliquen un trato diferenciado. Agrega que este derecho complementa la libertad de empresa, dado que ésta, para su ejercicio, requiere de un mercado en igualdad de condiciones sobre todo respecto del Estado dado el gran poder económico con que éste cuenta<sup>59</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 22 consiste en una explicitación de la igualdad ante la ley, la que se traduce en una prohibición para el Estado de discriminar arbitrariamente en el trato que éste debe dar en materia económica<sup>60</sup>. En este contexto, la actividad dispensadora de ayudas públicas se encuentra amparada en esta disposición constitucional, en particular en su inciso segundo, el cual habilita al Estado a realizar diferenciaciones, siempre que éstas no revistan el carácter de discriminación arbitraria, a favor o en perjuicio de un sector, actividad o zona geográfica<sup>61</sup>.

Pues bien, considerando lo anterior, la premisa esencial en materia de ayudas públicas es reconocer que éstas implican una diferenciación, por parte del Estado, en materia económica, dado que su despliegue importa seleccionar a un grupo en desmedro de otro, para otorgarle un beneficio. De esta manera, en armonía con la regulación constitucional reseñada, el legislador debe, al momento de normar una ayuda pública específica, contar con un fundamento o justificación racional o razonable<sup>62</sup> que legitime el establecimiento de dicha diferenciación, lo cual supone el establecimiento de grupos respecto de los cuales se reconocen diferencias innatas, asumiendo, luego, la necesidad de facilitar los medios necesarios para que los grupos peor posicionados puedan desarrollar adecuadamente ciertas tareas que se estiman valiosas para el bien común<sup>63</sup>.

Ahora bien, esta prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias obliga al Estado y todos sus organismos, de modo que se configura en un mandato que, en primera línea, vincula al legislador, pero que también se pro-

<sup>58</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER 2001, 264 y 265.

<sup>59</sup> GUERRERO BECAR 2018, 347 y ss.

<sup>60</sup> Sentencia TC Rol N° 312 (2000). En el mismo sentido, Sentencia TC Rol N° 467 (2006), considerando 55, Sentencia TC Rol N° 1.153 (2008), considerandos 62 y 63.

<sup>61</sup> La jurisprudencia constitucional ha reconocido la actividad de fomento y su amparo en el artículo 19 N° 22, inciso segundo de la Constitución. En este sentido se encuentra la Sentencia TC Rol N° 2.066 (2011), la cual reconoce que el crédito universitario como manifestación del sistema de ayudas públicas, enmarcado en la actividad de fomento que puede desplegar el Estado, de conformidad con lo establecido en la disposición ya aludida (considerando 9).

<sup>62</sup> Sentencia TC Rol N° 312 (2000).

<sup>63</sup> DE LA RIVA 2004, 201.

yecta respecto de las autoridades administrativas, de modo que el INDESPA deberá considerar este principio al momento de realizar el diseño de sus programas y proyectos. De esta manera, el Instituto no podrá establecer diferenciaciones arbitrarias, debiendo existir un fundamento razonable detrás de toda construcción de grupos de beneficiarios destinatarios de proyectos o programas. Así, siguiendo a De la Riva<sup>64</sup>, y a fin de propender al respeto de este principio, es posible formular las siguientes reglas:

a) Las normas reglamentarias que regulen los distintos aspectos de la actividad de fomento en particular deben contener los parámetros precisos sobre la base de los cuales se deberá realizar la selección de los beneficiarios.

b) El acto administrativo que conceda una ayuda debe estar suficientemente motivado, explicitando el razonamiento con arreglo al cual se ha realizado la comparación para decidir la selección.

c) Se deben establecer los mecanismos necesarios para que todos los potenciales beneficiarios puedan acceder a las ayudas. Esto implica una preferencia por la regla del concurso público como mecanismo o técnica de selección de beneficiarios.

#### 4. Intercambiabilidad de las técnicas de intervención

Este principio tiene un grado de incidencia al momento de formulación de la normativa que crea una ayuda pública, dado que, para su cumplimiento, la ley debe evitar definir, a priori, un mecanismo específico de otorgamiento de la ayuda pública, debiendo solo establecer los parámetros generales para la determinación. Consecuencia de esto es que será la Administración otorgante la que deba fijar dichas técnicas en atención al programa y proyecto a financiar.

Lo anterior, por cuanto con este principio se quiere indicar que el resultado perseguido por la ayuda pública puede ser alcanzado mediante distintas fórmulas, intercambiables y no excluyentes entre sí<sup>65</sup>. Así, Martín-Retortillo ejemplifica esta situación señalando que “el fomento de la producción de unos determinados bienes puede alcanzarse, por ejemplo, subvencionando su fabricación, eximiendo a ésta del pago de impuestos, o desgravando la importación de materias primas que a tal fin puedan ser necesarias”<sup>66</sup>.

Relacionado con la formulación anterior se encuentra la afirmación realizada por Jordana de Pozas, para quien la selección de los medios de fomento no es una cuestión jurídica, sino que está ligada a la experiencia y a la psicología colectiva<sup>67</sup>. Con todo, esta afirmación debe tomarse con resguardos, dado que, en materia de fomento pesquero y al amparo de la ley en

<sup>64</sup> DE LA RIVA 2004, 205 y ss.

<sup>65</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 442 y ss.

<sup>66</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 442.

<sup>67</sup> JORDANA DE POZAS 1949, 50.

cuestión, la selección y regulación del mecanismo de otorgamiento de ayudas públicas debe considerar los principios que en este capítulo se enuncian. En otras palabras, la elección del mecanismo de fomento no es una decisión enteramente discrecional de la Administración.

¿Cómo se manifiesta este principio en la Ley N° 21.069? La respuesta está dada por la inexistencia de un precepto que establezca el mecanismo preciso de asignación de las ayudas públicas. Al efecto, cabe recordar que para el caso del FFPA, antecesor del INDESPA en la materia, el D.S. N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, disponía, en su artículo 16, que la ejecución de los proyectos y programas debe regirse por las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su reglamento.

En consecuencia, la respuesta respecto del mecanismo de otorgamiento de la ayuda aún se encuentra pendiente, dado que ella estará determinada por el reglamento que se dicte para la ejecución de la Ley N° 21.069, el cual, tal como en el caso del FFPA, puede disponer sobre la materia. Sin embargo, debe hacerse presente que esta determinación también puede venir establecida anualmente en la respectiva ley de presupuesto, dado que ésta, por la vía de las glosas presupuestarias, puede establecer condiciones para la disposición de recursos públicos<sup>68</sup>.

## 5. Publicidad y transparencia

Los principios de publicidad y transparencia tuvieron una primera consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico con la dictación de la Ley N° 19.653, la cual estableció normas sobre probidad administrativa aplicables a los órganos de la Administración, a través de los cuales se busca una apertura “natural, espontánea y permanente” de ésta frente a la sociedad<sup>69</sup>.

De esta manera, el principio de transparencia quedó formulado en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en términos que, en virtud de este principio, se debe propender el *conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella* (función pública).

Una forma de desarrollar este principio de transparencia es a través del principio de publicidad de los actos administrativos y de los documentos que

<sup>68</sup> A modo ejemplar, la ley de presupuesto del sector público del año 2011 –Ley N° 20.481– estableció, para el caso del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal (Subtítulo 33-Ítem 01-Asignación 008-Glosa 04, del presupuesto del SERNAPESCA), que la asignación de los recursos considerados en ese ítem debía asignarse mediante licitación pública. En el contexto de la misma ley, pero tratándose del presupuesto de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica –CONICYT– se estableció, en el Subtítulo 24-Ítem 03-Asignación 161-Glosa 11, que los recursos considerados para el Fondo de Fomento Ciencia y Tecnología –FONDEF– debían adjudicarse mediante concurso, a personas jurídicas nacionales, sin fines de lucro, que realizaran actividades científicas y tecnológicas.

<sup>69</sup> ROJAS LLANOS 2005, 131.

le sirven de fundamento<sup>70</sup>, tal como queda de manifiesto en la consagración legal contenida en la Ley N° 19.880 en su artículo 16, en el cual, dada la transparencia que rige la actuación administrativa, tanto los actos administrativos como sus fundamentos y documentos en que se contengan y los procedimientos para la expedición de aquellos son públicos salvo excepciones.

En el marco de la ley en estudio, estos principios tienen un expreso reconocimiento, en ámbitos específicos propios de la actividad de fomento. Por una parte, el principio de publicidad se consagra en el artículo 3 inciso final, el cual dispone que *El reglamento establecerá los parámetros de objetividad y publicidad de dichos instrumentos [nuevos programas o reformulaciones de los existentes] o beneficios, con excepción de situaciones de emergencia reguladas por ley*. Enseguida, el principio de transparencia se encuentra recogido en el artículo 5 inciso final en los siguientes términos: *Asimismo deberán contener [las bases de programas o concursos] las normas y criterios que permitan que dicha asignación se realice de manera imparcial, transparente y objetiva*.

De todos los principios que se formulan en este trabajo, los de publicidad y transparencia fueron aquellos que tuvieron discusión durante la tramitación de la ley. Así, en el segundo trámite constitucional en el Senado, al seno de la Comisión de Intereses Marítimos y a consecuencia de dos indicaciones parlamentarias, el Ejecutivo incorporó el texto que en definitiva se transformó en el artículo 3 inciso final ya citado. En este sentido, la referencia a estos principios pretende facilitar el acceso y el conocimiento por parte de los potenciales beneficiarios, de los programas y beneficios del Instituto<sup>71</sup>.

Pues bien, considerando lo anterior, hay ciertas reglas que se pueden esbozar y que debieran ser consideradas para la aplicación de la actividad de fomento amparada en la Ley N° 21.069, en particular en la etapa o momento de la selección:

a) Los actos administrativos que otorguen ayudas públicas junto con sus fundamentos y antecedentes de respaldo deben ser públicos. Dentro de estos se consideran, entre otros, los siguientes: programas, bases de concurso, resoluciones que excluyen de certamen a postulaciones, resoluciones que adjudican un beneficio y actas de evaluación.

<sup>70</sup> *Ídem*.

<sup>71</sup> Boletín N° 9689-21. Historia de la ley disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7495/> (última visita 28 de septiembre de 2018). Al respecto, cabe agregar que otro de los temas discutidos fue la remisión al reglamento de los *parámetros de publicidad*, sosteniéndose por algunos senadores que ello debilitaba la garantía de los potenciales beneficiarios, debiendo, en consecuencia, fijarse dichos estándares en la propia ley. Prevalció sobre el punto la postura del Ejecutivo, bajo el argumento que la transparencia que rige respecto de la actuación de la Administración es un mandato incluso de carácter constitucional, de modo que, en el caso en estudio, se trataría de la consagración de un derecho que tiene cualquier persona que postula a un programa estatal.

b) Los fines u objetivos perseguidos por un determinado programa o concurso, así como los requisitos que debe cumplir el postulante deben ser transparentados y enunciados con precisión en los actos administrativos que los formalizan<sup>72</sup>.

c) Los criterios y mecanismos de evaluación de las postulaciones a los respectivos concursos deben ser enunciados de manera clara y precisa, así como su respectiva ponderación, de manera de reducir los niveles de discrecionalidad y eventual arbitrariedad en la selección.

## 6. Objetividad e imparcialidad

En términos generales, estos principios tienen una consagración de manera conjunta en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, en la cual se considera la objetividad como un atributo de la imparcialidad, agregando el legislador el deber de respeto de la probidad como un respaldo de aquella<sup>73</sup>. Por su parte, en la Ley N° 21.069 el principio de objetividad está reconocido en el ya referido artículo 3 inciso final, mientras que el de imparcialidad se encuentra en el artículo 5 inciso final.

Respecto de estos principios y su vigencia al amparo de la ley en estudio, resulta interesante la vinculación con el principio de probidad que rige el ejercicio de la función pública dada la participación a nivel de consejos consultivos regionales de representantes de los pescadores artesanales en la formulación de programas a nivel local<sup>74</sup>. En este sentido, la Contraloría ya se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de probidad a personas que, a pesar de no tener la calidad de funcionarios públicos, ejercen una función pública, como sería en el caso de los pescadores artesanales que formen parte de los consejos consultivos regionales<sup>75</sup>.

A la luz de lo anterior, es posible formular algunas reglas particulares de aplicación de estos principios, aplicables especialmente, como en el caso anterior, en la etapa de selección:

<sup>72</sup> Sostiene la Contraloría al respecto: "...en lo sucesivo, el SENAME deberá explicitar con mayor claridad los requisitos de postulación que establece en sus pliegos de condiciones, a fin de evitar posibles dudas de interpretación en relación con el trato igualitario que le exige la normativa legal y reglamentaria citadas" (Dictamen N° 28.081 (2016)).

<sup>73</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 187.

<sup>74</sup> La Ley N° 21.069 crea, en su artículo 9, la figura de los consejos consultivos regionales, los cuales tienen una composición público-privada, ya que forman parte de éstos 7 representantes del sector pesquero artesanal. Estos consejos tienen una función consultiva, dado que a ellos corresponde entregar propuestas e información al Consejo Directivo del INDESPA para la formulación de programas locales.

<sup>75</sup> Dictamen N° 68.302 (2016), el cual se pronuncia sobre los miembros pescadores artesanales del Consejo de Fomento de la Pesca Artesanal, entidad reemplazada por el INDESPA. Al efecto, la Contraloría entiende que estos consejeros no se encuentran impedidos de postular y adjudicarse proyectos, sin embargo, deben abstenerse de intervenir en situaciones en las que se configure un conflicto de interés que pueda alterar la imparcialidad, todo ello como manifestación del principio de probidad administrativa.

a) Se debe establecer en las bases de concurso criterios objetivos de selección de beneficiarios de modo de reducir el campo de la discrecionalidad. Esta regla implica que en la evaluación de las postulaciones se debe considerar información pública, sea de la propia institución o de otras entidades públicas. Asimismo, se debe individualizar, a priori, los medios de corroboración de la información que se considerará para la evaluación.

b) Los criterios de evaluación no deben contener elementos que atenten contra la igualdad de trato que se debe dispensarse a los postulantes. Para estos efectos, la asignación de puntaje debe estar establecida, preferencialmente, en función de rangos preestablecidos y no de manera comparativa entre competidores, de manera de establecer criterios de previsibilidad a los postulantes<sup>76</sup>.

c) Las bases de concurso deben establecer criterios de desempate objetivos, que no consideren elementos arbitrarios o que impliquen una discriminación arbitraria.

## 7. Eficacia

El principio de eficacia, así como el de control que se tratará más adelante, tienen una íntima relación con la definición de las ayudas públicas y con el principio general de afectación.

En este contexto, el principio de eficacia demanda de la Administración otorgante adecuar su actuación a fin de que el beneficiario cumpla con los objetivos, finalidad o actividad a la cual se encuentra afectada el beneficio. En el mismo sentido, en virtud de este principio, el particular ve condicionado su comportamiento al logro del fin previsto<sup>77</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe confundir eficacia con control, dado que, de lo que aquí se trata es del logro de los fines u objetivos de interés general<sup>78</sup>, mientras que control corresponde a la herramienta para verificar el cumplimiento del fin y, eventualmente, imponer un castigo respecto de quien haya incurrido en incumplimiento.

Así, el principio de eficacia pretende resguardar la realización del interés general, concretizado en objetivos puntuales que faciliten la evaluación de la actuación de la Administración otorgante de la ayuda pública<sup>79</sup>. En este punto, la doctrina ha señalado que el problema que representa este principio radica en la falta de indicadores idóneos de medición de eficacia,

<sup>76</sup> Al respecto, resulta interesante el planteamiento que la Contraloría ha emitido en materia de contratación pública –el cual podría utilizarse en la materia en estudio– al pronunciarse sobre el criterio de evaluación “experiencia”. Al respecto se ha dictaminado que “la fórmula de asignación de puntaje para este rubro, en función del proponente que presenta mayor experiencia, importa un establecimiento de una diferencia arbitraria en desmedro de los restantes oferentes, cuyos puntajes en esta materia quedarán determinados por un elemento ajeno a su propia experiencia” Dictamen N° 65.449 (2015).

<sup>77</sup> MARTÍN-RETORTILLO 1991, 443.

<sup>78</sup> DE LA RIVA 2004, 214.

<sup>79</sup> *Ibidem*, 212.

dado que ésta no puede reducirse a indicadores meramente económicos sino que se debe incorporar los costes sociales, generalmente no susceptibles de cuantificar<sup>80</sup>. De esta manera, se concluye que la aplicación del principio de eficacia se da en aquellos ámbitos en donde el actuar de la Administración goza de mayor discrecionalidad, esto es, allí donde ésta puede elegir entre distintas opciones<sup>81</sup>.

El principio de eficacia, tal como aquí se ha reseñado, no tiene un reconocimiento expreso en la Ley N° 21.069, sin perjuicio de encontrar manifestaciones de éste, tal como sucede en el artículo 12 inciso segundo el cual dispone que “En el caso que el INDESPA entregue cofinanciamiento para un determinado proyecto, éste sólo podrá otorgarse si considera como requisito previo el otorgamiento y ejecución de asesoría técnica o capacitación a los beneficiarios cuando la calificación de los mismos lo requiera”. Este precepto debe entenderse como un mandato para el Instituto de resguardar el efectivo cumplimiento del fin perseguido mediante la inversión pública<sup>82</sup> mediante el otorgamiento previo de asesoría y capacitación cuando ello fuere necesario, lo cual tiene especial relevancia cuando la ayuda está orientada a la entrega de bienes para el desarrollo de la actividad pesquera artesanal dado que en muchos casos se requerirá de un entrenamiento previo del beneficiario a fin de que éste tenga el conocimiento necesario para la utilización de estos recursos.

En este contexto, considerando lo expuesto respecto del principio de eficacia, cabe esbozar algunas reglas de aplicación:

a) La calificación del beneficiario, en el marco de los concursos para acceder a la ayuda de que se trate, sea realizada por comités de expertos y técnicos que verifiquen el cumplimiento de los requisitos establecidos<sup>83</sup>. Lo anterior, a objeto que los beneficiarios seleccionados sean aquellos más idóneos para el cumplimiento del fin perseguido por la Administración otorgante.

b) Los programas deben establecer los indicadores que permitan evaluar los resultados de las ayudas entregadas, los cuales deben tener relación con el fin perseguido por la Administración.

c) Se deben ejecutar acciones de evaluación ex post de los distintos programas o proyectos que confieren beneficios.

<sup>80</sup> *Ibidem*, 213.

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> Al respecto, la Contraloría General de la República ha fiscalizado la eficacia del gasto público en materia de ayudas al sector pesquero artesanal, la cual ha sido entendida en términos de uso o funcionamiento de los bienes e infraestructura entregados. Sobre el punto pueden consultarse el Informe Final de auditoría N° 449/2017 y el Informe de Investigación Especial N° 732/2015, disponibles en el portal [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl), en los cuales se observa el incumplimiento de este principio dado el no uso de bienes por parte de los beneficiarios o la falta de funcionamiento de infraestructura de apoyo a las labores pesqueras artesanales.

<sup>83</sup> VERGARA BLANCO 2018, 57.



## 8. Control

Respecto del principio de control, De la Riva distingue entre el control de la actividad administrativa dispensadora de ayudas públicas y el control del cumplimiento regular de la actividad a la que está afectada la ayuda pública<sup>84</sup>. El primero de ellos corresponde a aquel que se ejerce respecto de la Administración otorgante, cuestión que no será objeto de este trabajo.

El enfoque, en consecuencia, está orientado al control de la afectación como principio rector de las ayudas públicas, el cual es efectuado por la propia entidad otorgante. Lo anterior dado que, en este aspecto, la afectación constituye el título habilitante para que la Administración adopte las medidas de control destinadas a vigilar el correcto destino y aplicación de los beneficios por parte de sus destinatarios. Cabe destacar, además, que este control administrativo también encuentra un fundamento en la jurisprudencia constitucional, la cual ha reconocido al legislador la facultad de establecer condiciones o requisitos frente al otorgamiento de ayudas, cuestión que sería estéril si la Administración encargada de ejecutar el beneficio no pudiera controlar su aplicación.

Pues bien, reconocida la facultad de control con que cuenta la Administración que concede un beneficio, el corolario necesario es determinar las consecuencias que se siguen de dicho control, en particular frente a las situaciones de incumplimiento. En este punto, a la luz de la ley cabe hacer una distinción entre aquella potestad sancionadora que la ley atribuye al Instituto y aquellas otras medidas desfavorables que éste pueda adoptar frente a situaciones que importen un incumplimiento del fin público perseguido.

En efecto, el artículo 13 incisos tercero y cuarto de la ley, establece una potestad sancionatoria<sup>85</sup> específica de INDESPA. Así, se considera una infracción, cual es, el incumplimiento de obligaciones adquiridas con el SERNAPESCA u otras instituciones públicas a través de las cuales se gestionen proyectos dirigidos a los beneficiarios del Instituto. Luego, se contempla la sanción: la inhabilitación para solicitar nuevos beneficios por hasta dos años.

La forma de proceder de la ley en este aspecto es criticable. Por una parte, la descripción de la infracción es de un contenido indeterminado, dado que remite a las obligaciones con cualquier institución pública de fomento pesquero artesanal. Además, de la redacción parece incluirse el incumplimiento de obligaciones con otros servicios, pero no con INDESPA, de modo que el Instituto no podría inhabilitar a potenciales beneficiarios cuando estos incumplan obligaciones impuestas por éste, las cuales claramente pueden estar vinculadas al cumplimiento del fin público.

<sup>84</sup> DE LA RIVA 2004, 231-251.

<sup>85</sup> Se debe distinguir aquello que es sanción administrativa respecto de otras medidas administrativas desfavorables. En este punto, siguiendo el trabajo de CORDERO QUINZACARA, son sanciones administrativas aquellas en las cuales: i) existe una conducta ilícita o infracción; y, ii) la sanción administrativa tiene una finalidad represiva. CORDERO QUINZACARA 2013, 84.

Frente a este panorama, cabe entonces cuestionarse sobre las alternativas que le quedan al Instituto. Si se recurre a las normas generales del derecho público, se debe desechar, desde ya, la posibilidad de la revocación del beneficio, dado que proceder de dicha manera vulneraría los límites de dicha potestad establecidos en el artículo 61 de la Ley N° 19.880. Enseguida, la posibilidad de invalidar supone que el incumplimiento del beneficiario implique necesariamente un vicio de legalidad del acto que concedió la ayuda. Sin embargo, frente a situaciones en las cuales no exista un vicio de tal entidad, por ejemplo, cuando se incumplan requisitos o condiciones de uso de los bienes entregados, establecidas en las propias bases de programa o concurso, cabe la duda de la medida que INDESPA pueda adoptar.

Ante la situación descrita, se debe reafirmar la potestad del Instituto de controlar el cumplimiento del fin público perseguido, y en caso de advertir incumplimientos a éste, disponer las medidas correctivas que procedan. En este caso, no nos encontraremos frente a una manifestación de potestad sancionatoria, sino que, frente a actos administrativos de contenido desfavorable, que no pretenden reprimir, sino solamente recuperar la inversión pública aplicada a una finalidad distinta.

La solución sobre este punto viene dada por la caducidad, modo de extinción anormal del acto administrativo que opera en razón del incumplimiento por parte del interesado de las obligaciones que este acto le impone<sup>86</sup>. Esta salida se aviene con el concepto estructural de las ayudas públicas que se ha seguido en este trabajo, el cual supone el nacimiento de una relación entre el sujeto activo –Administración otorgante– y el sujeto pasivo –beneficiario– por la cual aquella se obliga a entregar un beneficio a cambio de que éste sea destinado al fin público establecido. Pues bien, en este sentido, la caducidad, en términos generales, es una forma de extinción de actos favorables, “que amplían el patrimonio del destinatario, pero que a su vez, imponen una carga jurídica que condiciona el ejercicio de la situación jurídica favorable y sus efectos”<sup>87</sup>.

Luego, habiéndose dispuesto la caducidad, el Instituto deberá disponer de los mecanismos necesarios para obtener la restitución de los recursos mal aplicados. En el caso español, tiene competencias en la materia el Tribunal de Cuentas, dado que el artículo 4.2 de la ley orgánica 2/1982 dispone que a éste “corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas”, lo cual, al decir de Martín Retortillo, se funda en que la transferencia de recursos públicos “publica” la actividad, siendo procedente el control del tribunal<sup>88</sup>.

En nuestro país, al amparo de la Contraloría General de la República existe el Juzgado de Cuentas y el Tribunal de Cuentas –primera y segunda

<sup>86</sup> FLORES RIVAS 2017, 226.

<sup>87</sup> FLORES RIVAS 2011, 226.

<sup>88</sup> MARTÍN RETORTILLO 1991, 446.

instancia respectivamente— sin embargo, su ámbito de acción abarca solamente a cuentadantes que sean funcionarios públicos<sup>89</sup>, de manera que la persecución por parte del INDESPA de aquellos beneficiarios que hubieren aplicado malamente el beneficio no podría ser llevada ante esta instancia jurisdiccional. De esta manera, la opción que tiene el Instituto es el ejercicio de las acciones judiciales ante los tribunales ordinarios que sean competentes. Para estos efectos, en cuanto servicio público descentralizado, cuenta con personalidad jurídica propia, correspondiéndole al Director Ejecutivo la representación judicial de la entidad (artículo 8, letra m) de la ley).

Finalmente, en lo que respecta al control de la actividad de fomento en general, cabe señalar aquí que también existe una protección penal de ésta. Así, el artículo 470, N° 8, del Código Penal tipifica el delito de obtención fraudulenta de prestaciones estatales. Asimismo, fuera del cuerpo normativo citado, existen supuestos especiales de fraudes de subvenciones, los cuales castigan la presentación de datos falsos para la obtención de éstas o el ocultamiento de información, sin considerar la afectación del patrimonio fiscal para entenderlos consumados<sup>90</sup>. Respecto de estos delitos se ha suscitado una interesante discusión en torno al bien jurídico protegido<sup>91</sup>, sosteniéndose por algunos que estas figuras típicas protegen el patrimonio estatal, en su vertiente de gasto, mientras que otros autores afirman que la protección apunta al fin del programa subvencional, esto es, el “interés en la aplicación adecuada de las partidas presupuestarias que se afectan a los fines que inspiran los programas de ayudas instauradas por las Administraciones competentes”<sup>92</sup>, con lo cual se busca que el dinero público puesto en manos de particulares sea entregado a quienes cumplen las condiciones, así como que sea empleado en la obtención de los fines para los que fue otorgado<sup>93</sup>.

## Conclusiones

El concepto de la actividad de fomento no es indiferente al momento de emprender el estudio de una de sus manifestaciones específicas, como es el caso del presente trabajo, dado que constituye una premisa básica a través de la cual ésta se analiza, siendo posible extraer importantes consecuencias. Así, en esta oportunidad se ha dejado de lado el concepto tradicional aportado por la doctrina en la primera mitad del siglo XX, para adoptar uno de carácter estructural, que atiende a los distintos elementos que componen la figura del fomento que, por dicha razón, prefiere denominarse *ayudas públicas*.

<sup>89</sup> Si bien el artículo 85 de la Ley N° 10.336, de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, establece que todo funcionario, persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos públicos debe rendir cuenta a la Contraloría, en caso de generarse un reparo o irregularidad, el órgano jurisdiccional competente para obtener el reintegro de los recursos es distinto según sea el cuentadante funcionario público o un particular.

<sup>90</sup> MAYER LUX 2009, 285.

<sup>91</sup> Para el detalle y conclusiones del tema se puede consultar *Ibidem*, 290 y ss.

<sup>92</sup> ASÚA BATARRITA, *El delito de fraude de subvenciones*, citada por MAYER LUX 2009, 292.

<sup>93</sup> MAYER LUX 2009, 292.

Pues bien, considerando lo anterior, del desarrollo del presente trabajo es posible arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la actividad de fomento de la Administración supone la existencia de una relación jurídico-pública, por la cual quien se ve beneficiado por ella asume obligaciones, lo que es manifestación de la afectación de la ayuda pública al fin público perseguido con su otorgamiento. En consecuencia, este fin público se constituye en el origen de la ayuda, pero también en el título habilitante que dota a la Administración de los poderes de ordenación y control a fin de verificar su correcto cumplimiento.

En segundo lugar, esta actividad propia de la Administración no es de carácter discrecional, sino que, por el contrario, se encuentra gobernada por diversos principios jurídicos que se proyectan en las diversas etapas del *iter* de fomento, siendo, en consecuencia, vinculantes tanto para el legislador al momento de crear instrumentos de ayuda pública, así como para la entidad que debe otorgar los beneficios.

Finalmente, uno de los principios fundamentales de la actividad dispensadora de ayudas es el de la afectación del beneficio al fin público. La necesidad de verificación de dicha afectación obliga a reconocer otros principios, instrumentales a dicha afectación, destacando el control, en su vertiente de corroboración, por parte de la Administración, de la correcta aplicación del beneficio concedido.

### Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Lima. ARA Editores, 1.069 pp.
- BASSA MERCADO Jaime y VIERA ÁLVAREZ Christian (2017). *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente*. Santiago: Thomson Reuters, 229 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 794 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 20, N° 1, pp. 79-103.
- DE LA RIVA, Ignacio (2004). *Ayudas Públicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 655 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 333 pp.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2011). Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública. *RDPUCV*, N° 37, pp. 329-367.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. 30, N° 2, pp. 225-249.
- GARCÍA MACHMAR, William (2012). Clasificación de los procedimientos para otorgar subvenciones. *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, pp. 131-152.
- GARCÍA MACHMAR, William (2012). La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico. *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 2, pp. 61-92.
- GUERRERO BECAR, José Luis (2018). *La Constitución Económica Chilena*. Santiago: DER Ediciones, 566 pp.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos* N° 48, pp. 41-54.

- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1988). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Ed. La Ley, reimpresión de 1991, 504 pp.
- MAYER LUX, Laura (2009). Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *RDPUCV*, N° 32, pp. 283-325.
- OECD (2017). Support to fisheries: Levels and impacts. OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/00287855-en> [fecha de consulta: 6 septiembre 2018].
- PARADA, Ramón (1995). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, T I, 795 pp.
- ROJAS LLANOS, Noemí (2005). Transparencia y función pública. *Revista Española de Control Externo* N° 20, pp. 119-144.
- SCHRANK, William E. (2004). Introducción a las subvenciones pesqueras. Documento Técnico de Pesca 437, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Disponible en <http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/006/y4647s/y4647s01.pdf> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2019].
- SOTO VELASCO, Sebastián (2009). Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, N° 1, pp. 115-141.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). *Derecho Administrativo Económico*. Santiago: Thomson Reuters, 595 pp.

## Normativa citada

- Código Penal de Chile.
- Constitución Política de la República.
- Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.
- Decreto Supremo N° 456, de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento del Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal. Diario Oficial, 3 de septiembre de 1992.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de noviembre de 1986.
- Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 16 de noviembre de 2007.
- Ley N° 19.079, que Introduce modificaciones a la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura. Diario Oficial, 6 de septiembre de 1991.
- Ley N° 19.653, sobre Probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 14 de diciembre de 1999.
- Ley N° 19.849, que Prorroga la vigencia de la ley N° 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca. Diario Oficial, 26 de diciembre de 2002.
- Ley N° 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.
- Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003.
- Ley N° 21.069, que Crea el Instituto Nacional de Desarrollo Sustentable de la Pesca Artesanal y de la Acuicultura de Pequeña Escala, INDESPA. Diario Oficial, 15 de febrero de 2018.
- Ley orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982.

## Jurisprudencia citada

- Sentencia TC Rol N° 312 (2000): Tribunal Constitucional, 3 de octubre de 2000.
- Sentencia TC Rol N° 467 (2006): Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 2006.

Sentencia TC Rol N° 1.153 (2008): Tribunal Constitucional, 30 de septiembre de 2008.  
Sentencia TC Rol N° 1.295 (2008): Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2009.  
Sentencia TC Rol N° 2.066 (2011): Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2012.  
Dictamen N° 65.449 (2015): Contraloría General de la República, 17 de agosto de 2015.  
Dictamen N° 28.081 (2016): Contraloría General de la República, 14 de abril de 2016.  
Dictamen N° 68.302 (2016): Contraloría General de la República, 16 de septiembre de 2016.  
Dictamen N° 11.781 (2018): Contraloría General de la República, 9 de mayo de 2018.