

Revista de Derecho Administrativo

ReDAd

› DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

- Tribunales ambientales y recurso de protección
- La tutela jurisdiccional administrativa
- Prohibición de *reformatio in peius*
- Noción estándar de acto administrativo
- Después del caso *Loper Bright*
- Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones

› ENSAYOS

Derecho Procesal Administrativo
Derecho de Energía
Derecho Extranjero y Comparado

› COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Nacional

Extranjera

› HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

› CRÓNICA

Modificación de 2023 de la Ley de contratación pública y prestación de servicios: El criterio de sustentabilidad

› COLOQUIOS

ACTAS XXIII JORNADAS DE DERECHO DE ENERGÍA:
CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA (PUNTA ARENAS, 2024)

- Transición energética
- Binomio aguas / energía
- Energía y libre competencia
- Instalaciones, concesiones, sanciones y normas técnicas



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo

ReDAd

:: Primera Sección

Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Procesal Administrativo

Derecho Extranjero y Comparado

:: Segunda Sección

Ensayos, Jurisprudencia, Historia, Recensiones, Crónica y Coloquios

Ensayos

Derecho Procesal Administrativo

Derecho de Energía

Derecho Extranjero y Comparado

Coloquios

Actas de las XXIII Jornadas de Derecho de energía (Punta Arenas, 2024):

Cambio climático y transición energética

Revista de Derecho Administrativo
ReDAd
Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

Julián Díaz Rojas y Javiera Florit González
Ayudantes 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 2810-7608 (versión papel)
ISSN 2810-7500 (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]

Primera Sección:

Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Procesal Administrativo

- Tribunales ambientales y recurso de protección: Dos impugnaciones coexistentes frente a decisiones administrativas*
PABLO MÉNDEZ 7
- La tutela jurisdiccional administrativa: bases procesales para una coordinación entre control jurídico administrativo y jurisdiccional*
SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ 21

Derecho Extranjero y Comparado

- Delimitación de la prohibición de reformatio in peius en el ordenamiento jurídico peruano: propuesta para una aplicación coherente*
NICOLE BORROVIC RAMÍREZ 39
- Noción estándar de acto administrativo en la cultura jurídica: Desafíos conceptuales*
DÚBER CELIS VELA 53
- Después del caso Loper Bright: El margen de deferencia en la justicia administrativa*
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ 65
- Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones administrativas. Propuesta metodológica*
ALEJANDRO SUCA CONCHA, GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN Y BEREMIZ ROJAS MORÁN 81

Segunda Sección:

Ensayos, Historia, Jurisprudencia, Recensiones, Crónica y Coloquios

Ensayos

Derecho Procesal Administrativo

- Los tribunales de justicia y la Contraloría General de la República: ¿cómo compatibilizar sus pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios?*
ALEJANDRO CÁRCAMO 107

Derecho de Energía

- Cadenas de valor del hidrógeno verde: producción, modularidad y transporte. Una aproximación a instituciones jurídicas y regulatorias para destrabar su valor intrínseco*
SANTIAGO VIAL OSORIO 117

Derecho Extranjero y Comparado

- El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el Perú*
ERICK CUBA MENESES 133

Jurisprudencia: Comentarios

Nacional

- La consulta indígena ante la jurisprudencia: cinco años (2020-2024)*
TOMÁS BLAKE Y JOSÉ MIGUEL VALDIVIA 147

- La deferencia judicial a las agencias expertas*
FELIPE BRAVO ALLIENDE 151

- Las concesiones mineras constituidas bajo la vigencia del Código de Minería de 1932 para explotar sustancias no metálicas: ¿habilitan para explotar litio hoy?*
BENJAMÍN DE LA BARRA GARCÍA 159

- Límites a la potestad interpretativa de la administración. Caso Sociedad Vespucio Norte con Superintendencia de Electricidad y Combustible*
DANIEL GUTIÉRREZ RIVERA 165

- El desigual tratamiento de la Corte Suprema en dos solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas con situaciones de hecho similares*
GONZALO MUÑOZ ESCUDERO 175

- Potestades reguladoras de la Dirección General de Aguas. Dictamen de 2024 de la Contraloría General de la República*
CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN 181

- Responsabilidad del Estado por inactividad administrativa*
CRISTIAN ROMÁN CORDERO 189

Extranjera

- Loper Bright: Su impacto para el futuro del Derecho administrativo*
PABLO MÉNDEZ205
- Traducción de: Loper Bright Enterprises et al., v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al. Certiorari contra la Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Circuito del Distrito de Columbia. Corte Suprema de los Estados Unidos, 28 de junio, 2024*
PABLO MÉNDEZ213

Historia del Derecho Administrativo

- El derecho de caminos en Chile: un panorama histórico (1842-1969)*
FERNANDO MUÑOZ LEÓN.....231
- Protección jurisdiccional de los administrados: El exceso de poder [texto de 1961]*
JOSÉ A. RODRÍGUEZ ELIZONDO.....249
- Luis Claro Solar y el contencioso administrativo: Reedición de un desatendido fragmento de su obra [de 1930]*
ALEJANDRO VERGARA BLANCO269

Bibliografía: Recensiones

- De: Karen Asenjo Asenjo (editora) (2024). La modernización del derecho administrativo. Reflexiones a 20 años de las leyes de procedimiento, contratación y alta dirección pública. Santiago: Thomson Reuters, 656 pp.*
JAVIERA FLORIT GONZÁLEZ279
- De: José María Rodríguez de Santiago (2023). Planes Administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración. Madrid: Marcial Pons, 162 pp.*
CRISTIÁN ROMÁN CORDERO281
- De: Rodrigo Valdés Alé. (2021). La influencia de las pandemias en el Derecho urbanístico chileno. Del movimiento higienista al desarrollo sustentable*
Editorial Sa Cabana, Santiago, 275 pp.
CRISTIÁN ROMÁN CORDERO283
- De: Paulina Pastene Navarrete. (2022). Estabilidad del permiso de construcción en Chile. Análisis a la luz de la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional*
Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 277 pp.
CRISTIÁN ROMÁN CORDERO287
- De: Luis Medina Alcoz (2022). Historia del Derecho administrativo español. Madrid: Marcial Pons, 535pp.*
ALEJANDRO VERGARA BLANCO292

Crónica

- Modificación de 2023 de la Ley de contratación pública y prestación de servicios: El criterio de sustentabilidad*
CAMILA CASTRO FUENTES.....299

Coloquios

- Actas de las XXIII Jornadas de Derecho de energía (Punta Arenas, 2024): Cambio climático y transición energética*
- Transición Energética*
Regulación para la transición energética en Chile: Un enfoque en el mercado mayorista
JUAN CARLOS OLMEDO HIDALGO.....307
- La Ley marco de cambio climático y el soterramiento de líneas eléctricas: Un enfoque integral para la resiliencia energética*
LORETO VERGARA ABARZÚA.....312
- Binomio Aguas / Energía*
Efectos ambientales y sociales del cambio al modelo energético verde: La transición justa
JESÚS CONDE ANTEQUERA314
- Nuevos retos del binomio agua y energía: especial referencia al caso de las centrales hidroeléctricas reversibles y su actual impulso en España*
ESTANISLAO ARANA GARCÍA320
- La reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea y el nuevo régimen de la energía hidroeléctrica en España*
ASENSIO NAVARRO ORTEGA325
- Energía y Libre Competencia*
Competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer actuaciones de órganos administrativos del sector eléctrico
ANDREA VON CHRISMAR MEDINA.....332
- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce la función jurisdiccional para preservar y potenciar el bien jurídico de la libre competencia, también en mercados regulados*
JORGE QUINTANILLA HERNÁNDEZ Y SOPHIA CAICEDO HENRÍQUEZ344
- La atribución del Coordinador Eléctrico Nacional para proponer medidas o modificaciones normativas en el contexto de su función de monitoreo de la competencia*
PAULO OYANEDEL SOTO Y NADER MUFDI GUERRA354
- Instalaciones, Concesiones, Sanciones y Normas Técnicas*
Distribución, mantenimiento y realismo mágico: El extraño caso de jibarización del artículo 57 de la Ley General de Servicios Eléctricos
ERNESTO OLIVARES RODRÍGUEZ.....363

<i>Normas técnicas: Naturaleza e instancias de control</i> SANTIAGO PORTALUPPI FERNÁNDEZ Y SAMUEL GUZMÁN LAVÍN368	<i>El reclamo de ilegalidad de la ley N°18.410 de 1985: En particular la proporcionalidad sancionatoria</i> PAULO ARÁNGUIZ LOYOLA386
<i>Sobre el régimen jurídico aplicable al desmantelamiento de las instalaciones de transmisión eléctrica</i> RODRIGO QUEZADA MARÍN.....374	<i>Instrucciones a los autores (versión 2024)393</i>
<i>Concesiones eléctricas y Ley marco de autorizaciones sectoriales</i> MATÍAS RAMÍREZ NOVA380	

Tribunales ambientales y recurso de protección: Dos impugnaciones coexistentes frente a decisiones administrativas

Environmental courts and *recurso de protección*: Two coexisting challenges to administrative decisions

Pablo Méndez^{*}

En la institucionalidad ambiental, los tribunales ambientales fueron concebidos como un foro que concentrarían las discusiones ambientales, en particular, en la impugnación de actos de la Administración del Estado. Sin embargo, en paralelo a dicha institucionalidad se mantiene el recurso de protección. Este trabajo analiza el funcionamiento de esta acción en los diez años de funcionamiento del sistema (2013-2023), concluyendo (i) los costos más sustantivos de este sistema bifurcado es la uniformidad en las decisiones judiciales al hacer que la Corte Suprema conozca de asuntos ambientales por vía de casación y de apelación; y (ii) las críticas a la precariedad del procedimiento de protección son hoy injustificadas, al ser virtualmente el mismo procedimiento de reclamo ante los tribunales ambientales. Tras ello, se ofrecen buenas razones para predecir que esta bifurcación se intensificará en los próximos años con las nuevas leyes ambientales, y que hay también buenas razones para pensar en la unificación orgánica de los foros de impugnación.

Palabras clave: Tribunales Ambientales, Recurso de Protección, Contencioso-Administrativo.

Introducción

Los tribunales ambientales cuentan ya con diez años dentro de la institucionalidad chilena. Creados por la Ley N° 20.600 en el año

¹ Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LL.M., New York University; Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso. Este artículo ha sido elaborado con apoyo del Proyecto Fondecyt Regular N° 1201783 (2020-2022), del cual el autor es coinvestigador. Estoy en deuda con Pablo Neupert y Sofía Wümkhaus por su colaboración en esta presente investigación. Argumentos previos de este trabajo se han expuesto en "Jornadas de Derecho Ambiental" (en octubre de 2022) y en la Segunda Conferencia Anual de ICON-S "Activismo judicial: diseño y política" (en diciembre de 2023). Agradezco especialmente a los participantes en estas actividades por sus comentarios, sugerencias y cuestionamientos a los razonamientos allí expuestos. Como es natural, los errores son solo propios

Artículo recibido el 30 de septiembre de 2024 y aceptado el 11 de diciembre de 2024.

In the Chilean environmental legal system, the environmental courts were conceived as a forum that would concentrate environmental discussions, particularly in challenging acts of the Administration. However, in parallel to this institutional framework, the so-called *recurso de protección* still plays a significant role. This paper analyzes the functioning of this constitutional action in the ten years of operation of the system (2013-2023), concluding that (i) the most substantive costs of this bifurcated system is the uniformity in judicial decisions by having the Supreme Court hear environmental matters by way both of cassation and appeal; and that (ii) criticisms of the precariousness of the protection procedure are today unjustified, being virtually the same procedure for claims before the environmental courts. There are good reasons to predict that this bifurcation will intensify in the coming years with the new environmental laws, and that there are also good reasons to think about the organic unification of the challenge forums.

Keywords: Environmental Courts, Recurso de Protección, Judicial Review of Administrative Actions.

2012, estos fueron concebidos como foros con competencias exclusivas y excluyentes en materias ambientales. Para ello, la ley encomendó su integración por jueces especializados y que, en general, no estarían sujetos al control de las cortes generalistas en el establecimiento de los hechos. Como es sabido, las competencias contencioso-administrativas de estos tribunales están asociadas a la impugnación de tres clases de actuaciones: (i) actos dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; (ii) actos dictados por la Superintendencia del Medio Ambiente y (iii) ciertas normas ambientales de aplicación general (normas de calidad, de emisión, etc.), con una norma de apertura que permite la interposición de lo que ha sido denominado por nuestra doctrina como "acción general de re-

clamación ambiental”.² Hoy, los tres tribunales en operación han conocido más de quinientas causas ambientales a lo largo de su vida jurídica según da cuenta una rápida mirada a la numeración de sus roles en sus sitios web.

Gran parte de las competencias contencioso-administrativas de estos tribunales se explican por la promesa de la denominada “Nueva Institucionalidad Ambiental” (instaurada por las Leyes N° 20.417 y N° 20.600) de concentrar y consolidar en estos tribunales todos los conflictos de relevancia ambiental. Y el mecanismo que en un largo plazo permitiría consolidar aquella promesa estaría dado por la denominada acción de reclamación general. Así consta de manera expresa en la historia legislativa de la Ley N° 20.600: el mensaje presencial con que inició la tramitación del proyecto no consideraba esta acción, la que solo fue introducida mediante una indicación en Primer Trámite Constitucional para recoger una serie de hipótesis que no estaban cubiertas en otras acciones de reclamación ambiental³.

Estas líneas buscan analizar si dicha promesa se concretó. En particular, busca analizar las principales tensiones que la operación de nuestros tribunales ambientales enfrenta en nuestro país, al existir en paralelo con el recurso de protección ambiental, de conocimiento de las Cortes de Apelaciones. El riesgo de esta coexistencia es la dificultad de alcanzar

coherencia de las decisiones judiciales en materia ambiental, según se examinará.

Para esto se seguirá la siguiente estructura. En la sección II se presenta el diseño institucional bifurcado existente, que permite la posibilidad de impugnaciones entre Cortes de Apelaciones (recurso de protección) y Tribunales Ambientales (reclamo de ilegalidad). Luego, en la sección III se expondrá el examen de esta compatibilidad de acciones en sus diez años de funcionamiento. La sección IV contiene un análisis sobre la promesa incumplida de la nueva institucionalidad ambiental y las principales consecuencias de ello.

Tras ello, el trabajo busca predecir el funcionamiento a futuro del sistema de Tribunales Ambientales como mecanismos de impugnación de decisiones administrativas. Con este resultado, se busca proponer algunas propuestas de diseño institucional con el fin de mejorar el sistema de impugnaciones y la coherencia de decisiones en materias ambientales.

I. El diseño institucional

1. El problema detrás de la antigua jurisdicción ambiental

Hasta antes de la Ley N° 20.600, el modelo de impugnación asociado a los actos administrativos ambientales era el siguiente. En el caso de las resoluciones de calificación ambiental (RCAs) dictadas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el titular del proyecto contaba con acción contra el rechazo de la declaración o estudio de impacto ambiental o bien, contra el acto que autorizándolos, impusiera condiciones o exigencias⁴. Esta acción operaba tras el agotamiento de la vía administrativa, se tramitaba ante el juez de letras en lo civil y conforme a las reglas del juicio sumario del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, terceros que formulaban observaciones al Estudio solo contaban con un reclamo administrativo, pero que no llegaba a judicialización. Por ello, es probable que el mecanismo de impugnación (o contencioso-administrativo) por excelencia que usaron estos terceros en esta época era la acción constitucional de protección⁵.

Como consecuencia de este modelo, durante la década de los 90 y en los 2000, el acceso a la justicia ambiental en nuestro

² Por ejemplo, BERMÚDEZ 2014, 538; PAREDES, 2015.

³ La indicación en cuestión respondió a una sugerencia de la Comisión Técnica en el Primer Trámite Constitucional. Durante la tramitación del proyecto de ley, el Profesor Cordero apuntó que al interior de esta Comisión se consideró necesario “[...] admitir la posibilidad de reclamación general en contra de actos administrativos que se consideren ilegales, permitiendo la invalidación. En este caso, informó, el Tribunal Ambiental va a conocer del reclamo después que se resuelva la solicitud de invalidación en sede administrativa. De este modo, concluyó, se permite recoger una serie de hipótesis que no estaban cubiertas, hasta ahora, en las atribuciones [de dicho Tribunal]”. Asimismo, el Profesor Cordero señaló que esta norma buscaba “admitir la posibilidad de reclamación general en contra de actos administrativos ambientales que se consideren ilegales” de modo tal, que esta acción permitiría impugnar actos administrativos en aquellas hipótesis que no estaban expresamente consideradas en otras acciones de reclamación ambiental. Así, señaló que “en el caso de los municipios, por ejemplo, puede utilizarse la última de las competencias sugeridas, es decir, si se dicta una ordenanza ambiental y si ella se considera ilegal, el afectado puede solicitar su invalidación ante el mismo municipio, de manera que si, al final, la municipalidad la ratifica, resuelto el procedimiento invalidatorio, el afectado podrá recurrir ante el Tribunal Ambiental, por tratarse de un acto de contenido ambiental”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012), 264. Sobre la historia de esta acción, MÉNDEZ 2018a, 165-167.

⁴ Ley N° 19.300, de 1994 (antes de la Ley 20.417), art. 20.

⁵ Sobre el panorama de la acción de protección antes de la Ley N° 20.600, de 2012, GALINDO 2011; CORDERO 2012.

país se fue dando con varios problemas. Este acceso no solo careció de tribunales especializados que se hicieran cargo de los conflictos ambientales, sino que se fue materializando a través del recurso de protección. Esta situación no era particular para esta área del Derecho, sino que respondió a la regla general en nuestro sistema legal, donde esta acción se transformó en un frecuente sucedáneo de contencioso-administrativo. Una cuestión que probablemente se dio por su desformalización, la rapidez en su tramitación y las amplias facultades con que cuenta el juez para dictar cualquier medida de protección⁶.

Esto llevó a que una parte relevante de la literatura en nuestro país criticara la utilización del recurso de protección para estos fines (i.e. el control judicial de los actos de la Administración). Así, se cuestionó su carácter simple y desformalizado, que le impide al juez conocer temas complejos de orden técnico, así como la inexistencia de recursos jurisdiccionales, salvo el de apelación para la Suprema. PIERRY diría que "el recurso de protección no sustituye a lo contencioso administrativo"⁷, y que se trata de "un procedimiento inadecuado, que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto, ni tampoco al propio recurrente, que no tiene criterios estables o permanentes en que fundar su acción"⁸. En la misma línea, se le criticaría procesalmente al no ser "una respuesta dogmáticamente adecuada, eficiente y eficaz para controlar la actividad administrativa en su conjunto, particularmente si se parte de la base de su carácter cautelar, urgente y excepcional que proclama la doctrina"⁹. En fin, Ferrada diría de manera elocuente:

es evidente que, al menos desde un punto de vista conceptual, el Recurso de Protección mantiene algunas de sus notas características, que lo alejan de un verdadero proceso contencioso administrativo e impiden cumplir el propósito de este tipo de instancia. Por lo pronto, sujeta la discusión jurídica del caso a un procedi-

miento simple y desformalizado, incompatible muchas veces con la complejidad de los temas tratados. Así, se establece un término judicial breve para contestar el recurso; no existe una formalización de los puntos controvertidos en la Litis y de aquellos que deben ser materia de prueba, en su caso; no se establece formalmente un período probatorio, ni criterios explícitos para determinar la admisibilidad de los medios de prueba; por último, tampoco se establecen los recursos judiciales procedentes para impugnar la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva, salvo el de apelación, sin perjuicio de que podrían ser procedentes, en principio, otros recursos procesales ordinarios, en la medida que no se encuentren excluidos expresamente¹⁰.

Dichas críticas alcanzaron, desde luego, a la utilización de esta acción en el ámbito del Derecho ambiental.¹¹ En este contexto, el golpe de gracia lo dio la Corte Suprema en el Caso "Campiche" en junio de 2009. Esta sentencia confirmó la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que declaraba la nulidad de la resolución de calificación ambiental por autorizar el proyecto adoleciendo un error en su emplazamiento a la luz de los instrumentos de planificación territorial.¹² A partir de entonces, la Tercera Sala de la Corte Suprema se apartó de la doctrina judicial clásica de la deferencia hacia los actos de la administración ambiental, para comenzar a examinar y pronunciarse sobre una serie de aspectos asociados al SEIA.¹³ Durante esta época, algunos incluso criticaron la forma en que los tribunales superiores de justicia estaban resolviendo los casos ambientales, señalando que ellos, como cortes generalistas, no estaban preparadas para resolver asuntos técnicos como los ambientales.¹⁴

2. El modelo de tribunales ambientales de la Ley 20.600

En nuestro país, el origen de los Tribunales Ambientales puede ser rastreado hasta una fecha específica: el 26 de octubre de 2009.¹⁵

⁶ BORDALI/FERRADA 2008, 209 y ss.

⁷ PIERRY 1977, 177.

⁸ PIERRY 1992, 159. En la misma línea, ZÚÑIGA 1997, 118 (apuntando que "el recurso de protección como un remedio procesal anulador de actos de la Administración, carece de las garantías procesales de un proceso administrativo declarativo o de lato conocimiento, poniendo a la Administración y al administrado en una situación de desigualdad procesal, que no condice con la garantía del "debido proceso legal").

⁹ FERRADA et al. 2003, 79.

¹⁰ FERRADA 2005, 156-157.

¹¹ Por todos, cfr. GALINDO 2006 y CORDERO 2012.

¹² *Correa con Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso* (2009). Un comentario de esta sentencia y sus efectos en GUILLOFF 2010.

¹³ Un panorama general en CORDERO 2012.

¹⁴ Sobre esto, CORDERO 2012.

¹⁵ Para una relación acerca del origen de la Ley N° 20.600, de 2012: CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL 2012, POKLEPOVIC 2012, y MÉNDEZ 2017, 33-49.

En el marco del Proyecto de Ley que creaba la Nueva Institucionalidad Ambiental¹⁶, en muchos sectores políticos existía la idea de que la Superintendencia del Medio Ambiente –como estaba concebida en dicho proyecto– contaría con facultades de fiscalización y sanción exorbitantes, y entonces era necesario un tribunal especializado y técnico que pudiese controlar a aquel órgano administrativo.¹⁷ En ese contexto, el Ejecutivo y los Senadores de los partidos de todo el espectro político suscribieron un Protocolo de Acuerdo con una doble finalidad. Por una parte, se garantizó el respaldo parlamentario de las diversas bancadas, comprometiéndose una rápida tramitación del proyecto de ley en cuestión. Por la otra, el Ejecutivo se comprometió a ingresar un mensaje presidencial para crear un tribunal ambiental, con competencias relativas al contencioso administrativo ambiental y de revisión sobre ciertos actos de la señalada Superintendencia. Finalmente, el mensaje presidencial fue promulgado como ley, tras su tramitación parlamentaria, como la Ley N° 20.600 en enero de 2012.

La Ley N° 20.600 creó tres tribunales ambientales (i) con competencia exclusiva y excluyente para la revisión de actos administrativos; (ii) formados por miembros especialistas; (iii) sujetos a un control atenuado a los tribunales ordinarios de nuestro país, y (iv) consagró un procedimiento contencioso-administrativo con reglas virtualmente idénticas al recurso de protección¹⁸.

En primer lugar, bajo la Ley 20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con competencias exclusivas y excluyente en esta materia. Ellos fueron creados para conocer de “controversias medioambientales de su competencia”¹⁹, lo que se traduce en ciertas competencias contencioso-administrativas relativas a ciertos actos de contenido ambiental²⁰. Además, se buscaba que estos tribunales mono-

polizaran el conocimiento de la impugnación de los actos dictados por la Administración del Estado.

Como es sabido, las competencias contencioso-administrativas de estos tribunales están asociadas a la impugnación de tres clases de actuaciones: (i) actos dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; (ii) actos dictados por la Superintendencia del Medio Ambiente y (iii) ciertas normas ambientales de aplicación general (normas de calidad, de emisión, etc.). A ello se sumó una norma de apertura (el artículo 17 N° 8) en la Ley N° 20.600 que, con una pobrísima técnica legislativa, permite la interposición de lo que ha sido denominado como “acción general de reclamación ambiental”²¹. Consta en la historia de la ley que esta norma buscaba en forma deliberada abrir la interposición de esta acción en materia ambiental²².

Segundo, los Tribunales Ambientales también buscan ser conformados por jueces especialistas en sus materias²³, sin perjuicio de que cuentan dentro de su personal con profesionales del ámbito económico y del ámbito de las ciencias.²⁴ Con ello se buscaba crear un modelo similar al Tribunal de Defensa de Libre Competencia, conformado por jueces letrados y por jueces que, no invistiendo tal calidad, contaren con una “especialización que contribuye a una razonable y acabada decisión de asuntos ambientales”²⁵.

Tercero, en el modelo de la Ley N° 20.600, son los Tribunales Ambientales quienes realizan la revisión de los actos dictados por la Administración ambiental. Por una parte, el régimen de recursos para impugnar resoluciones de estos tribunales es de una baja intensidad (i.e. la apelación está restrin-

¹⁶ Boletín N° 5917-12, que derivó luego en la dictación de la Ley N° 20.417, de 2010.

¹⁷ El proyecto de ley llegó a recibir 1.050 indicaciones formuladas durante la discusión en general, en su Segundo Trámite Constitucional, por parte de parlamentarios de todas las sentencias políticas. MÉNDEZ 2017, 43.

¹⁸ Sobre esto, MÉNDEZ 2018, 531-537.

¹⁹ Ley N° 20.600, de 2012, art. 1°.

²⁰ Al año 2012, estas competencias se traducían en: (i) actos dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; (ii) actos dictados por la Superintendencia del Medio Ambiente y (iii) ciertas normas ambientales de aplicación general (normas de calidad, de emisión, etc.), con una norma de apertura que permite la interposición de lo que ha sido denominado como “acción general de reclamación ambiental”.

²¹ Cfr. nota al pie N° 1 y las citas allí indicadas.

²² MÉNDEZ 2018A, 165-168.

²³ Ley N° 20.600, de 2012, art. 2°. Estos tribunales se encuentran integrados por tres ministros, dos de los cuales deben tener título de abogado y con cierto tiempo de experiencia profesional en materias de Derecho Administrativo o Ambiental; mientras que el tercero deberá ser un licenciado en ciencias con especialización en ciencias medioambientales.

²⁴ Ley N° 20.600, de 2012, art. 13.

²⁵ Así se lee en el Mensaje del Ejecutivo que derivó en la Ley N° 20.600, de 2012: “La razón de esta integración está en que las cuestiones se mueven en un espacio de conocimiento altamente especializado, pero también incierto, por lo cual no solo es razonable que puedan resolver las discrepancias los jueces letrados, sino que también quienes no invisten tal calidad, pero que disponen de otra especialización que contribuye a una razonable y acabada decisión de los asuntos ambientales”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 2012, 11.

gida a dos clases de resoluciones durante el procedimiento). Por la otra, se evidencia una inexistencia de la doble instancia como mecanismo de impugnación de la sentencia definitiva, la que solo es impugnable por vía de casación (en la forma y en el fondo)²⁶. Esto guarda consistencia con lo que ha puesto en atención la literatura nacional: ante tribunales especialistas, lo lógico es dejarle a los tribunales superiores el conocimiento de infracciones de derecho por la vía de recursos especiales y de derecho estricto²⁷.

Finalmente, pese a los problemas que en su momento se levantaron frente al recurso de protección, no hubo una sustitución real del procedimiento en la Ley N° 20.600: ésta terminó consagrando como contencioso-administrativo un procedimiento sumarísimo idéntico al recurso de protección. Esto es relevante pues hasta antes del 2012, la literatura nacional criticó por completo la utilización del recurso de protección como mecanismo de impugnación (contencioso-administrativo) contra autorizaciones ambientales (resoluciones de calificación ambiental).

En síntesis, tras la Ley N° 20.600 existieron dos modelos de impugnación en Chile, en gran parte porque no hay una regla clara que norme la compatibilidad entre ellos²⁸. Por una parte, el sistema creado por esta ley, en base a Tribunales Ambientales como órganos jurisdiccionales compuestos por miembros especialistas, con competencia exclusiva y excluyente en asuntos ambientales. Por el otro, el sistema del recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones que había existido desde décadas. En ambos casos, la tramitación de la impugnación se traduciría en un procedimiento sumarísimo que viene a ser virtualmente el mismo, con irrelevancia del foro jurisdiccional²⁹.

II. La compatibilidad de acciones en una década de funcionamiento

En esta sección se analizará el funcionamiento de las decisiones judiciales de la Corte Suprema en materia de recurso de protección. Ello demostrará que esta acción cuenta aún con

²⁶ MÉNDEZ 2017, 189-190.

²⁷ TAPIA y CORDERO 2015, 57. Sin embargo, como explica Richard Revesz, ello no siempre es así y el Derecho de los Estados Unidos conoce varias excepciones (REVESZ 1990, 1133-1135).

²⁸ FERRADA 2015, 317.

²⁹ Sobre esto, MÉNDEZ 2018b, 536-537 (concluyendo que "la Ley N° 20.600 consagró en un contencioso-administrativo un procedimiento sumarísimo idéntico al procedimiento del recurso de protección").

un espacio de procedencia donde las acciones ante los Tribunales Ambientales han sido menos eficaces. Como deja en evidencia una mirada panorámica a la jurisprudencia en el periodo 2013-2023, es posible identificar un principio general de deferencia a las acciones contencioso-administrativas (sección 2.1), que reconoce una excepción (sección 2.2), sin perjuicio de las limitaciones naturales de las acciones contencioso-administrativas que se ha manifestado en esta década (sección 2.3).

1. El estándar general: la preeminencia de la jurisdicción especializada

El estándar general que se estableció tras la instauración de los Tribunales Ambientales en diciembre de 2012 es que la nulidad de los actos administrativos ambientales es una cuestión que le compete a estos. Como ha puesto en nota la literatura de los últimos años en nuestro país, tras este hito, "comienza la fragmentación de la tutela judicial efectiva en materia ambiental, al tener dos procedimientos y tribunales con competencias para abordar este tipo de conflictos"³⁰. En una primera época que puede situarse entre los años 2013-2014, se desarrolló una línea jurisprudencial que reconoció rápidamente "una deferencia a esta jurisdicción especializada, dejando solo algunos aspectos reservados al recurso de protección"³¹. Esta línea fue manifestada de manera remarcada para aquellos casos en que se buscaba la nulidad de resoluciones de calificación ambiental³².

³⁰ CARRASCO 2021, 195-197 (distinguiendo cuatro etapas en la evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema).

³¹ HUNTER 2021, 28-29. En igual sentido CARRASCO 2021, 200-201 (planteando que: "Lo cierto es que la Corte Suprema, entre abril de 2014 e inicios de 2017, reconoció, con abundantes fallos, que la vía y sede idónea, en cualquiera de sus formas, para discutir una materia ambiental, eran los tribunales ambientales. De manera casi invariable dispuso que los aspectos técnicos o científicos era una materia fuera del alcance del recurso de protección y que estas debían ser conocidas por los tribunales ambientales")

³² ZÚNIGA 2015, 27-28 y 33 (concluyendo que "la Corte Suprema ha establecido un criterio jurisprudencial uniforme acerca del alcance de la tutela cautelar del recurso de protección cuando ésta se invoca con la pretensión de invalidar una Resolución de Calificación Ambiental, el que se ha venido asentando desde la vigencia de la ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, otorgándoles a dichos órganos la competencia exclusiva y especial respecto de los contenciosos administrativos, en particular el de anulación, respecto de los instrumentos en materia ambiental contemplados en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente."). En el mismo sentido, luego, HUNTER 2021, 28-29 ("Al poco tiempo de que los tribunales ambientales entraran en funcionamiento, la Corte Suprema fue mostrando deferencia a esta jurisdicción especializada,

El primer fallo en que la Corte Suprema configuró un análisis de deferencia a esta jurisdicción especializada fue en el Caso "Costa Laguna"³³, de abril de 2014. En apretada síntesis, el caso versaba sobre un grupo de recurrentes de Maitencillo que buscaban anular la autorización ambiental obtenida por el proyecto inmobiliario Costa Laguna, ubicado en Puchuncaví, Región de Valparaíso. El argumento principal consistía en que el proyecto en cuestión ameritaba –por la entidad de los impactos ambientales que generaría– un estudio de impacto ambiental y no una declaración de impacto ambiental, como había ocurrido en los hechos.

La Corte Suprema rechazó el recurso al sostener que tal discusión "corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional", y que "exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar". Por ello, estima que "desde que éstos [los tribunales ambientales] se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado"³⁴.

Hasta el año 2023, la Corte Suprema ha dictado más de una veintena de sentencias luego de este caso en que ha reconocido este principio general. Por una parte, en varias oportunidades ha reiterado que la impugnación de una resolución de calificación ambiental por razones técnicas es una cuestión que excede al recurso de protección, y que tras la Ley N° 20.600, le corresponde a los Tribunales Ambientales resolver controversias ambientales relativas a la impugnación de una autorización ambiental³⁵. Por la otra, también ha

sostenido reiteradamente que no procede la impugnación mediante recurso de protección si la misma discusión está siendo conocida por los tribunales ambientales³⁶, o será conocida por ellos, una vez agotada las instancias correspondientes³⁷.

2. La excepción: casos de impugnación de actos administrativos ambientales vía recurso de protección

Al poco andar la Corte Suprema fue reconociendo casos en que este estándar general perdía fuerza. Ello se debe a que la sola existencia de una institucionalidad especializada no anula la competencia de la justicia constitucional³⁸. Como se ha señalado en nuestro medio, entre el 2016-2017 comienza un periodo que "se caracteriza por el renacer del recurso de protección, la profundización del uso de principios y la alteración de las causales de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por parte de la propia Corte Suprema. Asimismo, se empieza a exigir mayor coordinación administrativa para resolver una serie de casos en que el ambiente se vea amenazado o afectado"³⁹. Con todo, el ámbito temporal no es la única característica de esta jurisprudencia.

A partir del Caso "Terminal GNL Penco Lirquén"⁴⁰, de diciembre de 2016, nuestra Corte comenzó a reconocer casos de impugnación de actos trámites al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que podrían ser atacados por vía de recurso de protección, sin quedar sometidos a los Tribunales Ambientales.⁴¹ Varias comunidades indígenas impugnaron la decisión del Servicio de Evaluación Ambiental de poner término anticipado al proceso de consulta indígena abierto durante la evaluación del proyecto, debido a que el

dejando solo algunos aspectos reservados al recurso de protección".)

³³ *Junta de Vecinos Norte con Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (2014). Según HUNTER 2021, 29, es "la primera sentencia en que la Corte Suprema muestra una total deferencia a la justicia especializada". En el mismo sentido CARRASCO 2021, 196 apuntándolo como "[e]l caso que marca y consolida el razonamiento de estos años".

³⁴ *Junta de Vecinos Norte con Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (2014), c. 6°-7°.

³⁵ P. ej., *Vargas Pizarro con Servicio de Evaluación Ambiental* (2014); *Comunidad Indígena Tralcao Mapu y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2015); *Rodríguez Fernández con Servicio de Evaluación Ambiental* (2016); *Vera Millaquén con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2016); *Yáñez Veas con Comisión de Evaluación Ambiental de Coquimbo* (2017); *Valenzuela Santibáñez con Servicio de Evaluación Ambiental* (2018); *Prime Energía SpA con Servicio de Evaluación Ambiental* (2018); *Viveros Reyes con Martínez Guajardo* (2019); *Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A.* (2019); *Unión Comunal con Nueva Unión SpA* (2020).

³⁶ *Comunidad Indígena Manuel Ancán y otro con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2023); *Merino con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021); *Collonao Marilao y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Región Metropolitana* (2015); *Muñoz de la Parra con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Lagos* (2015); *Cazorla Cazorla y otros con Servicio de Evaluación Ambiental* (2014).

³⁷ *Reiss Greenwood con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental* (2014).

³⁸ FERNANDOIS Y CHUBRETOVIC 2016, 70-71.

³⁹ CARRASCO 2020, 197.

⁴⁰ *Stipicic Escauriaza con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2016).

⁴¹ *Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2017), como lo reconoce CARRASCO 2020, 200-201.

titular habría introducido modificaciones al proyecto derivando en que ya no se generaría una afectación a dichas comunidades. La Corte sostuvo la improcedencia de tal actuar unilateral⁴².

Desde entonces, abundan casos similares en que por vía de recurso de protección se han impugnado actos administrativos que han denegado la apertura de procesos de participación ciudadana en la evaluación de declaraciones de impacto ambiental⁴³, o en que se ha denegado la ampliación del proceso en la evaluación de estudios de impacto ambiental⁴⁴.

Esta línea jurisprudencial fue luego expandiéndose a la impugnación de otros actos administrativos de contenido ambiental que desbordaron el alcance de las reclamaciones ante tribunales ambientales. Primero, destacan dentro de esta línea jurisprudencial otros casos en que se han impugnado actos trámites en el contexto de un proceso de consulta indígena⁴⁵, o la judicialización de una RCA por no haberse esperando los informes sectoriales de algunos organismos administrativos antes de la calificación del proyecto⁴⁶. De hecho, la Corte incluso llegó a pronunciarse sobre

la impugnación de una autorización ambiental, cuestionando la forma de ingreso al SEIA (declaración, en lugar de estudio de impacto ambiental), sosteniendo que ella adolecía de ilegalidad y arbitrariedad⁴⁷. En su decisión, la Corte concluyó incluso que “la descarga de un efluente con una concentración salina que supera los estándares que la propia autoridad ambiental ha establecido como tolerables, reviste una potencialidad de generar efectos adversos en la cantidad y calidad de los recursos marinos” y que “por tanto, la Declaración de Impacto Ambiental en este caso resulta insuficiente para el adecuado análisis”⁴⁸.

En segundo lugar, dentro de estas excepciones destaca el caso de un recurso de protección intentado en contra de la aprobación, por parte de la autoridad minera, de un plan de cierre de la Ley 20.551⁴⁹. Aquí, la Corte Suprema anuló este acto administrativo por considerar que había una deficiente motivación del mismo, debido a que SERNAGEOMIN no había solicitado informe previo a la autoridad ambiental sobre las infracciones cometidas por la empresa minera en cuestión. Tal conducta fue calificada como “arbitraria” por la Corte, “pues aparece como una actuación desprovista de sustento sin tener otros fundamentos que los esgrimidos por la titular del proyecto”⁵⁰.

Tercero, también son variados los casos de recursos de protección que buscan impugnar las denominadas “consultas de pertinencia”, que no son otra cosa que respuestas formales que entrega la administración frente a la consulta de si cierta actividad o proyecto debe o no ingresar al SEIA. En varios casos, la Corte Suprema ha resuelto que tal respuesta (negativa) de la autoridad adolece de ilegalidad, ordenando que el proyecto ingrese al SEIA en forma previa a su ejecución⁵¹.

Lo que destaca de todos estos casos es que ellos pudieron haber sido impugnados por la vía de la denominada “acción general de reclamación ambiental” de la Ley 20.600⁵².

⁴² *Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2017), c. 8° (señalando que “lo que se trata, es precisamente de implementar un proceso de participación efectiva con la Asociación Indígena supuestamente afectada, no constituyendo argumento suficiente el esgrimido por la autoridad ambiental, al sostener que de la nueva información contenida en la Adenda presentada por el titular del proyecto ha cambiado su parecer y estima actualmente que el proyecto presentado no presenta una alteración significativa del medio ambiente”, y que “la sola entrega de la Adenda no permite a la recurrida poner término anticipadamente al proceso de consulta, toda vez este ya se había iniciado y emplazada debidamente a la Asociación Indígena supuestamente afectada, las modificaciones al proyecto presentadas por la titular y contenidas en la Adenda, correspondía que fueran analizadas por la Asociación Indígena quien fue llamada a participar en este proceso”).

⁴³ *Stipicic Escauriza con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2016), c. 18° (señalando que “en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales, según corresponda, pero ello no es obstáculo para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda, como ocurre en el caso de autos”). En la misma línea, *Soto con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019); *Junta de Vecinos La Portada de Ñuñoa con Servicio de Evaluación Ambiental* (2020); *Junta de Vecinos Alto Las Mollacas con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2021); *Meneses con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022).

⁴⁴ *Tagle con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022).

⁴⁵ *Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2017).

⁴⁶ *Navarro con Servicio de Evaluación Ambiental* (2020).

⁴⁷ *Vergara con Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso* (2021).

⁴⁸ *Vergara con Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso* (2021), c. 8°.

⁴⁹ *Junta de Vigilancia del Río Huasco con Servicio Nacional de Geología y Minería* (2017).

⁵⁰ *Junta de Vigilancia del Río Huasco con Servicio Nacional de Geología y Minería* (2017), c. 11°.

⁵¹ P. ej., *Carrasco con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022); *Fundación Yarur Bascuñán con Ferrara Ingeniería y Construcciones Limitada* (2021); *Larrea con Inmobiliaria El Mirador S.A.* (2020).

⁵² MENDOZA 2019, 128 (sosteniendo que “[e]n relación a los casos particulares analizados en este trabajo, y espe-

En otras palabras, en estos casos la Corte Suprema bien pudo haber mantenido la deferencia hacia los tribunales ambientales estimando que la vía para atacar estos actos administrativos por la vía de esta acción. De hecho, los votos disidentes en los Casos "Terminal GNL Penco Lirquén" y "Mina Invierno" reconocen ello en forma expresa⁵³.

Con todo, esto ha llevado a parte de la literatura nacional a reconocer que no existe un criterio unívoco para diferenciar cuándo procede el recurso de protección contra actos administrativos ambientales, y cuándo procede el reclamo ante tribunales ambientales⁵⁴. Otros, en cambio, derechamente plantean que "[s]u tendencia a reconocer la especialidad de esta materia ha quedado atrás"⁵⁵. La consecuencia más evidente de esta posición actual del Poder Judicial es que, a la fecha, al conocer de reclamos contra resoluciones de calificación ambiental, los Tribunales Ambientales suelen solicitar a la autoridad ambiental reclamada que informe si existen otras impugnaciones por vía de protección contra el mismo acto, y en caso afirmativo, dispone la suspensión del proceso de reclamación en tanto no se resuelvan aquellas. Esto es un verdadero sometimiento del reclamo judicial frente al recurso de protección.

cialmente los que son posteriores a la entrada en vigencia de la LTA, la legislación ambiental dotó de acciones específicas para impugnar ciertos actos" y reconociendo casos en que la Corte Suprema acogió recursos de protección "existiendo la posibilidad de recurrir a la tutela mediante el artículo 17 N° 8").

⁵³ *Stipicic Escauriaza con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2016), voto disidente (señalando que "En lo atinente al recurso, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 17 N° 8 de la Ley antes mencionada que preceptúa que estos tribunales conocen de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental..." y que "la norma aludida de la Ley N° 20.600 tuvo por objeto posibilitar a los terceros afectados por un acto, que no fueron parte del procedimiento administrativo, como ocurre en la especie, que ejercieran una acción ante el Tribunal Ambiental con agotamiento previo de la vía administrativa").

⁵⁴ FERNANDOIS Y CHUBRETOVIC 2016, 62 ("En materia medioambiental, que en 2010 estrenó una nueva y moderna institucionalidad en Chile, la Corte Suprema ha sido en ocasiones vacilante. Aun desde la creación de los Tribunales Ambientales –que vinieron a coronar el trabajo de la Superintendencia del Medio Ambiente y el Comité de Ministros en materia de reclamación– al conocer de recursos de protección que invocan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 de la Constitución), no ha asentado un criterio unívoco para determinar cuándo procede esta acción cautelar y cuándo debe discutirse el asunto en sede especializada.").

⁵⁵ CARRASCO 2020, 201.

3. La limitación: casos que las acciones contencioso-administrativas no pueden cubrir

En fin, hay un conjunto de sentencias de protección dictadas por la Corte Suprema que dejan en evidencia la limitación de los reclamos contencioso-administrativo ante los Tribunales Ambientales. Estas sentencias se refieren especialmente a casos en que la autoridad ha incurrido en omisiones o retardos, o bien, se está ante vías de hecho cuya regularización se busca mediante este arbitrio constitucional. Se trata, pues, de situaciones en las que la sentencia favorable deriva en ciertos mandatos a la Administración que exceden a la clásica anulación que deriva de los contenciosos administrativos tradicionales.

Un primer grupo de casos agrupa situaciones de proyectos o actividades ejecutados con afectación de ciertos componentes ambientales y en que, como resultado de una sentencia favorable, la Corte ha obligado a su titular a la obtención de una consulta de pertinencia previa o derechamente al ingreso al SEIA. Así, por ejemplo, hay casos en que se le ha obligado a una empresa de telecomunicaciones que instala una antena en un área protegida formular una consulta de pertinencia⁵⁶, o se le ha impuesto igual requisito a una municipalidad que desea implementar un proyecto de quioscos en la línea de playa de una zona típica⁵⁷. Del mismo modo, la Corte ha obligado a un proyecto inmobiliario en una comuna de Santiago a ingresar al SEIA, pese a que no estaba obligado legalmente a ello, por el riesgo a los sistemas de vida (i.e. afectación a la circulación, conectividad, acceso y calidad de bienes) que podría generar a los vecinos del sector⁵⁸. De igual forma, ha planteado que un proyecto de cableado aéreo de fibra óptica que afecta el paisaje de valor turístico es una forma de contaminación visual que amerita el ingreso al SEIA⁵⁹.

Por otro lado, un segundo set de sentencias están referidas a lo que podría denominarse como "litigación prospectiva". La acción de protección ha servido para impetrar y demandar acciones y la iniciación o consecución de procedimientos por parte de órganos administrativos. Esto es lo que ha ocurrido por ejemplo con los recursos presentados por los

⁵⁶ *Comunidad Indígena Rufino Cayulef con Matus* (2022).

⁵⁷ *Tapia Navarro con Municipalidad de Algarrobo* (2021).

⁵⁸ *Vilches Iturrieta con Gallardo Ban* (2022).

⁵⁹ *Cortese con Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A.* (2021).

problemas ambientales en Quintero y Puchuncaví en virtud de los cuales la judicatura impuso más de quince medidas a la Administración para hacer frente a la contaminación en el sector, incluyendo la elaboración de estudios, iniciar procedimientos para ponderar la utilidad y pertinencia de reformar normativa ambiental, elaborar un plan de emergencia, iniciar procedimientos de revisión de RCAs, entre otras⁶⁰. En la misma senda deben situarse las acciones impetradas en razón de un “derecho al agua” en Petorca o Nogales⁶¹.

En fin, dentro de estos casos destacan aquellas situaciones en que se le ordena a la Superintendencia del Medio Ambiente a ejecutar ciertas acciones. Hay decisiones de protección en que las Cortes han obligado a este organismo a finalizar las actividades de fiscalización que se encontraba desplegando, dentro de un plazo fijado por la sentencia⁶². En otros casos se le ha obligado a iniciar y ejecutar actividades inspectivas en la situación recurrida⁶³. Bajo esta misma línea también pueden enmarcarse las sentencias que han instruido a la autoridad finalizar los procedimientos sancionatorios en trámite, dentro de un plazo fijado por la Corte⁶⁴.

III. Análisis

1. La promesa incumplida de la jurisdicción ambiental

La compatibilidad de la acción de protección con los reclamos ante los Tribunales Ambientales fue una preocupación evidente de la doctrina tras la dictación de la Ley N° 20.500. URRUTIA, por ejemplo, predecía ya en el año 2013 que el marco normativo “hará que se mantenga el rol determinante de la Corte Suprema al conocer de los recursos contra los fallos de los Tribunales Ambientales y al conocer de la apelación del recurso de protección.

⁶⁰ *Chahuan con Empresa Nacional de Petróleos* (2019). También en la misma línea, *Pizarro con Ministerio del Medio Ambiente* (2023) (donde se ordena a las autoridades requeridas a velar por el cumplimiento de las medidas dispuestas en la sentencia anterior, y a lo establecido en el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para las comunas de Quintero, Concón y Puchuncaví).

⁶¹ *Gallardo con Anglo American Sur S.A.* (2021), y *Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca* (2021).

⁶² P. ej., *Palma con Compañía Inmobiliaria San Ignacio* (2023); *Sandoval Ojeda con Forestal Arauco S.A.* (2021); *Rodríguez Fabre con Empresa Maquinarias La Frontera* (2021).

⁶³ P. ej., *Zambrano con Restaurante de Turismo* (2023); *Escobar con Montes* (2022).

⁶⁴ *Castro con Minera Los Pelambres* (2021).

Está por verse qué criterios adoptará nuestro más alto Tribunal al enfrentarse a este tipo de casos, especialmente si alguno de ellos está pendiente ante los Tribunales Ambientales”.⁶⁵ En igual sentido otros autores manifestarían sus preocupaciones, reconociendo que la acción de protección contaría igualmente con algún ámbito de aplicación.⁶⁶

Una mirada panorámica a la jurisprudencia de la última década lleva a concluir que la promesa de la “Nueva Institucionalidad Ambiental” de concentrar y consolidar en los tribunales ambientales todos los conflictos de relevancia ambiental nunca se concretó. Y esto se debe a dos razones bastante claras. La primera, por las limitaciones propias de las acciones de reclamación frente a la acción de protección. Contrario a lo que pudiese pensarse, esto es un asunto que desde antiguo lo tiene claro la doctrina nacional. Así ya advertía PIERRY en 1977 cuando hacía su diagnóstico de la compatibilidad entre el contencioso-administrativo y el recurso de protección: hay casos en que es inevitable que esta acción perdure como mecanismo supletorio. Estos casos incluyen las vías de hecho, casos en que no existe un acto administrativo o las omisiones en que incurre ilegítimamente la autoridad. De hecho, el propio Pierry predecía en forma preclara hace más de cuatro décadas atrás:

Nos atrevemos a suponer que una vez que se asiente la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores sobre la materia y mientras no exista en Chile una ley de lo contencioso administrativo y de procedimiento administrativo, esta va a ser la situación en que mayor amplitud se le dará al recurso⁶⁷.

⁶⁵ URRUTIA 2013, 502.

⁶⁶ P. ej., BOETTIGER 2014, 301 (planteando que “el recurso de protección ambiental mantenerse como acción cautelar, de medidas urgentes ante la afectación de garantías fundamentales, como parte de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”); y BORDALI 2015, 340 (indicando que “el Recurso de Protección seguirá desempeñando una labor importantísima en la tutela de los derechos e intereses ambientales. Ello se debe al artículo 20 CPR y, también, a un mayor protagonismo en estas materias por parte de la Corte Suprema, lo que para algún sector de la doctrina sería una expresión de activismo judicial, o bien, según otro sector, obedecerá al necesario control que ha decidido realizar frente a una administración ambiental que no realiza su trabajo de manera correcta”).

⁶⁷ PIERRY 1977, 169. Con todo, Pedro Pierry reconocía que estas omisiones se traducían “a situaciones en que la autoridad administrativa debiendo dictar un acto administrativo o ejecutar una operación material, no lo haga. Presupone, por lo tanto, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o una orden de autoridad supe-

La segunda razón del fracaso en comento se debe a las limitaciones propias de la denominada "acción general de reclamación ambiental". La deficiente técnica legislativa usada en la Ley N° 20.600 para crear esta acción ha sido suplida por la Corte Suprema en forma vacilante. Como resulta conocido, el gran problema de esta acción es el plazo que tiene el administrado para presentar el recurso que agote la vía administrativa, debido a que la norma no señala plazo alguno al respecto. Esto ha sido resuelto en forma cambiante a través de lo que se ha denominado doctrina de la invalidación impropia (i.e. el recurso debe ser interpuesto en 30 días) y doctrina de la invalidación propiamente tal (i.e. el recurso debe ser interpuesto dentro del plazo de 2 años, según las reglas generales de la Ley 19.880)⁶⁸.

En este sentido, es interesante (y también comprensible) que las nuevas acciones contencioso-administrativas creadas en las últimas leyes ambientales evidencien una desconfianza hacia esta "acción de reclamación general". Con la Ley N° 20.600, resultaba esperable que esta acción fuese la llamada a consolidar, en el futuro, cualquier impugnación de actos administrativos dictados por la autoridad ambiental. Por lo mismo, era esperable también que el Congreso hubiese aprovechado las últimas leyes para depurar la técnica legislativa. Pero en su lugar ha tendido a crear directamente nuevos reclamos ante los Tribunales Ambientales. Es lo que ha ocurrido en forma sistemática con las nuevas legislaciones: la Ley de Impuestos Verdes de 2014⁶⁹, la Ley de Humedales Urbanos de 2020⁷⁰, la Ley Marco de Cambio Climático de 2022⁷¹, y la reciente Ley de Biodiversidad de 2023⁷².

Esta tendencia legislativa acarrea importantes consecuencias para la operación de nuestra jurisdicción ambiental, como se verá a continuación.

2. Consecuencias y direcciones

La principal tensión que enfrenta la operación la jurisdicción ambiental es el desafío de

rior. Ahora bien, la omisión solo puede producirse en la actividad administrativa reglada y, dentro de ella, cuando haya un plazo para actuar o pueda establecerse que, por el tiempo transcurrido, no se ha cumplido con dicha obligación."

⁶⁸ Sobre esto, MÉNDEZ 2018a, 170-173, con el análisis de las sentencias allí indicadas.

⁶⁹ Ley N° 20.780, de 2014, art. 8.

⁷⁰ Ley N° 21.202, de 2020, art. 3.

⁷¹ Ley N° 21.455, de 2022, arts. 14 y 15.

⁷² Ley N° 21.600, de 2012, art. 134.

lograr una coherencia en las decisiones judiciales. Estaríamos así una justicia bifurcada, con estándares de escrutinio de la actividad administrativa distintos. Como es natural, el estándar para una sentencia de protección favorable es distinto al estándar para un fallo favorable en un reclamo de ilegalidad. Del mismo modo, y aunque parezca obvio, el estándar de revisión de la apelación de protección es significativamente distinto al estándar de una casación ante la misma Corte Suprema. Probablemente el costo más sustancial que causa esta bifurcación de impugnaciones radica en la pérdida de fuerza de la jurisdicción ambiental, como ya se ha hecho notar entre nosotros.⁷³ Pero además, ¿cómo controlar que los jueces enmarquen sus potestades revisoras en forma adecuada? El cambio de toga desde la protección a los reclamos de legalidad no siempre es automático.

Por lo demás, la prudencia indica que debe desecharse como crítica de esta justicia bifurcada el supuesto hecho de que la acción de protección no ofrezca un procedimiento que autorice un análisis acabado sobre cuestiones técnicas. Hay quienes han criticado este modelo bilateral de justicia administrativa en el hecho de la precariedad del procedimiento de protección.⁷⁴ Sin embargo, igual crítica –de existir– debería plantearse respecto del procedimiento de reclamación de la Ley N° 20.600 pues, como se ha visto más arriba, ambos procedimientos son virtualmente iguales. Por tanto, el cuestionar esta justicia bifurcada en una lógica del Derecho procesal resulta impropio, e incluso falso.

La configuración del sistema de jurisdicción ambiental en esta última década permite anticipar su funcionamiento a futuro. Con las leyes recientes (P. ej., la Ley Marco de Cambio Climático o la Ley de Biodiversidad) es de esperar que aumente la tensión en los diversos conflictos socioambientales. Aún más si se considera la tendencia legislativa a reconocer la posibilidad de que la ciudadanía impetere a la autoridad la dictación de ciertas normas ambientales, con la obligación de emitir respuesta dentro de un cierto plazo.⁷⁵ Frente a

⁷³ ILLANES 2023, 24.

⁷⁴ P. ej., ILLANES 2023, 23-24.

⁷⁵ Es lo que ocurre por ejemplo con la Ley N° 19.300, de 1994, a propósito de las normas de calidad ambiental. El actual artículo 32 –tras la Ley N° 21.455, de 2022, Ley Marco de Cambio Climático– reconoce el derecho a solicitar esta clase de normas: "Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a solicitar fundamentadamente la dictación de normas primarias o secundarias de calidad ambiental respecto de contaminantes que a la fecha de

este tipo de casos es evidente que la acción de protección tiene una procedencia en los asuntos ambientales, especialmente frente a omisiones. Como apunta FERRADA con claridad:

no existiría ninguna razón, en principio, para excluir la procedencia del Recurso de Protección en estas materias, ya que el objeto preciso de éste es distinto del perseguido por el proceso especial dispuesto por la LTA –revisar la legalidad de la actuación administrativa–, lo que de paso también impediría la aplicación de la Litis pendencia como excepción dilatoria en estos casos⁷⁶.

De ahí entonces que sea esperable que el recurso de protección siga teniendo un lugar relevante dentro de la jurisdicción ambiental. La pregunta al respecto es cómo evitar esta duplicidad de foros judiciales, y la respuesta no puede ser otra que unificar ambas sedes jurisdiccionales. La consolidación de acciones en un mismo tribunal entrega una oportunidad para consolidar un único foro de discusión de cuestiones ambientales en nuestro país, cumpliendo por fin con la proclama prometida por la Nueva Institucionalidad Ambiental. En este sentido, es momento de volver sobre las preocupaciones que la propia Corte Suprema tuvo durante la tramitación del proyecto de ley que derivó en la Ley N° 20.600. Sin perjuicio que nuestra Corte señaló que estos tribunales no eran propiamente tribunales, sí sugirió en forma persistente consolidar en cada corte de apelaciones una sala especializada en materia ambiental, de modo que fueran estas las que conocieran de todos asuntos en materia ambiental⁷⁷. Por lo mismo, cualquier intento honesto de solucionar este sistema bifurcado debe analizar de manera profunda y serio la posibilidad de crear una suerte de corte ambiental que opere al interior del Poder Judicial.

Conclusiones

De lo expuesto en las líneas precedentes es posible concluir que, pese a lo buscado por la Ley N° 20.600, el recurso de protección sigue contando aún con un espacio relevante en el

panorama de mecanismos de resolución de conflictos ambientales, y lo seguirá haciendo en el futuro. Ello se debe a dos razones esenciales. Primero, la acción general del artículo 17 N° 8 de la Ley presenta múltiples deficiencias legislativas que impiden entregar certeza jurídica en la resolución de conflictos. El Congreso sigue su tendencia clásica de crear nuevos reclamos contencioso-administrativos en nuevas leyes especiales, en lugar de utilizar este “reclamo general”, como había sido concebido en un primer momento.

En segundo lugar, la acción de protección todavía mantiene un nicho operativo donde los reclamos de ilegalidad ante tribunales ambientales no son eficaces. Esto es especialmente patente en la utilización de esta acción como un mecanismo prospectivo de litigación, cuestión que ocurre en tres casos: cuando se busca el desarrollo de políticas públicas ambientales por la autoridad ambiental, cuando los particulares instan por fiscalizaciones de proyectos por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, o cuando se busca un ingreso obligado de algún proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El mayor problema de esto es la disparidad de estándares para escrutar la actividad administrativa. No es –contrario a lo que sostiene comúnmente la doctrina chilena– que la acción de protección ofrezca un procedimiento insuficiente como contencioso-administrativo. Dicha crítica también puede formularse respecto del procedimiento de reclamo de la Ley N° 20.600. Mal que mal, ambos foros (Cortes de Apelaciones y Tribunales Ambientales) reconocen virtualmente el mismo procedimiento para conocer de la impugnación de actos administrativos ambientales.

Cualquiera sea el curso de acción que quedamos adoptar para solucionar este problema de diseño institucional, debemos volver a leer a PIERRY, y a sus sugerencias de hace más de cuatro décadas atrás. El manejo de omisiones por parte de la institucionalidad ambiental –o, dicho de otro modo, el uso de la justicia para instar por soluciones prospectivas– será cada vez mayor, y en eso todos los reclamos de ilegalidad adolecen de una (natural) limitación. La única forma de terminar con la bifurcación de la jurisdicción ambiental es inevitablemente (aunque parezca obvio) su unificación. Cualquier otra solución no será otra cosa que buscar tapar el sol con un solo dedo.

la solicitud no se encuentren regulados mediante instrumentos de gestión ambiental vigentes. El Ministerio del Medio Ambiente deberá dar respuesta fundada dentro del plazo de treinta días contado desde la presentación de la solicitud”.

⁷⁶ FERRADA 2015, 320.

⁷⁷ Cfr., el Informe emitido por la Corte Suprema en la Comisión de Recursos Naturales y el Informe N° 39-2010 (del 10 de septiembre de 2010).

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª ed.). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BOETTIGER, Camila (2014). La relación de los tribunales ambientales con la justicia ordinaria. *Actualidad Jurídica*, 29, 291-304.
- BORDALÍ, Andrés (2015). Recurso de protección y reclamos ante los tribunales ambientales. En Juan Carlos FERRADA et al. (Coords.), *La Nueva Justicia Ambiental* (pp. 329-341). Thomson Reuters.
- CARRASCO, Edesio (2021). El recurso de protección en materia ambiental: ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento. *Actualidad Jurídica*, 43, 187-207.
- CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL (2012). Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente. Una Relación Ineludible. En S. MONTENEGRO et al. (Coords.), *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 521-548). Abeledo Perrot.
- FERRADA, Juan Carlos (2005). El recurso de protección como mecanismo contencioso administrativo. *Justicia Administrativa*.
- FERRADA, Juan Carlos (2015). La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos generales. En J. C. FERRADA et al. (Coords.), *La Nueva Justicia Ambiental* (299-328). Thomson Reuters.
- FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés & CAZOR, Kamel (2003). El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, 14, 67-81.
- GALINDO, Mario (2006). Diagnóstico y reforma de los procedimientos jurisdiccionales ambientales. En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 17-29). Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- HUNTER, Iván (2021). *Tutela cautelar en el contencioso ambiental*. DER Ediciones.
- ILLANES, José Andrés (2023). Revisión y crítica a la judicialización del ingreso de proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 11, 2-26.
- MÉNDEZ, Pablo (2017). *Tribunales Ambientales y Contencioso-Administrativo*. Ed. Jurídica de Chile.
- MÉNDEZ, Pablo (2018a). ¿Acción general de reclamación ambiental? *Revista de Derecho Ambiental*, 9, 162-185.
- MÉNDEZ, Pablo (2018b). La precariedad del contencioso ambiental. *Ius et Praxis*, 24, 525-552.
- MENDOZA, Tomás (2019). Recurso de protección ambiental: Jurisprudencia reciente (2017). *Latin American Legal Studies*, 4, 107-142.
- PARÉDES, Christian (2015). El acto administrativo ambiental como objeto mediato de la acción general de reclamación de la Ley N° 20.600. *Revista Justicia Ambiental*, 7, 33-60.
- PIERRY, Pedro (1977). El recurso de protección y lo contencioso-administrativo. *Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)*, 1, 153-173.
- PIERRY, Pedro (1992). Lo contencioso-administrativo y el recurso de protección. *Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)*, 14, 155-171.

- POKLEPOVIC, Iván (2012). Compatibilidad del Recurso de Protección Ambiental con la Competencia del Tribunal Ambiental en el Contencioso Administrativo del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En S. MONTENEGRO et al. (Coords.), *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental* (504-520). Abeledo Perrot.
- REVESZ, Richard (1990). Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System. *University of Pennsylvania Law Review*, 138, 1111-1174.
- TAPIA, Javier & CORDERO, Luis (2015). La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional. *Estudios Públicos*, 139, 7-65.
- ZÚNIGA, Francisco (2015). A propósito de la "agonía" o "muerte" del recurso de protección ambiental. *Revista de Derecho (Escuela de Postgrado, Universidad de Chile)*, 7, 15-42.

Normativa citada

- Ley N° 19.300 de 1994. Bases Generales del Medio Ambiente. 01 de marzo de 1994. D.O N° 34.810.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 18 de junio de 2012. D.O. N° 40.299.
- Ley N° 20.780 de 2014. Reforma Tributaria que Modifica el Sistema de Tributación de Renta e Introduce Diversos Ajustes en el Sistema Tributario. 26 de septiembre de 2014. D.O. N° 40.969.
- Ley N° 21.202 de 2020. Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objetivo de Proteger los Humedales Urbanos. 16 de enero de 2020. D.O. N° 42.560.
- Ley N° 21.455 de 2022. Ley Marco de Cambio Climático. 30 de mayo de 2022. D.O. N° 43.277.

Jurisprudencia citada

- Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A.* (2019): Corte Suprema, 22 de abril de 2019 (Rol 25.142-2018), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2017): Corte Suprema, 30 de enero de 2017 (Rol 65.349-2016), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Carrasco con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo de 2022 (Rol 84.512-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Castro con Minera Los Pelambres* (2021): Corte Suprema, 17 de mayo de 2021 (Rol 154.803-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Cazorla Cazorla y otros con Servicio de Evaluación Ambiental* (2014): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014 (Rol 26.198-2014), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Collonao Marilao y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Región Metropolitana* (2015): Corte Suprema, 11 de marzo de 2015 (Rol 27.923-2014), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Comunidad Indígena Manuel Ancán y otro con Servicio de Evaluación Ambiental del Biobío* (2023): Corte Suprema, 04 de septiembre de 2023 (Rol 162.209-2022), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Comunidad Indígena Rufino Cayulef con Matus* (2022): Corte Suprema, 12 de mayo de 2022

- (Rol 9.923-2022), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Comunidad Indígena Tralcao Mapu y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2015): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2015 (Rol 10.640-2015). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Correa con Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso* (2009): Corte Suprema, 22 de junio de 2009 (Rol 1.219-2009). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Cortese con Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A.* (2021): Corte Suprema, 01 de octubre de 2021 (Rol 119.087-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Chahuan con Empresa Nacional de Petróleos* (2019): Corte Suprema, 28 de mayo de 2019 (Rol 5.888-2019), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Escobar con Montes* (2022): Corte Suprema, 04 de febrero de 2022 (Rol 58.288-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Fundación Yarur Bascuñán con Ferrara Ingeniería y Construcciones Limitada* (2021): Corte Suprema, 16 de febrero de 2021 (Rol 138.427-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Gallardo con Anglo American Sur S.A.* (2021): Corte Suprema, 18 de enero de 2021 (Rol 72.198-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca* (2021): Corte Suprema, 23 de marzo de 2021 (Rol 131.140-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Junta de Vecinos Alto Las Mollacas con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2021): Corte Suprema, 03 de noviembre de 2021 (Rol 52.957-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Junta de Vecinos Norte con Comisión de Evaluación Ambiental V Región* (2014): Corte Suprema, 29 de abril de 2014 (Rol 2.892-2014). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Junta de Vecinos La Portada de Ñuñoa con Servicio de Evaluación Ambiental* (2020): Corte Suprema, 19 de octubre de 2020 (Rol 62.662-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Junta de Vigilancia del Río Huasco con Servicio Nacional de Geología y Minería* (2017): Corte Suprema, 13 de marzo de 2017 (Rol 58.971-2016), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Meneses con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022): Corte Suprema, 31 de enero de 2022 (Rol 75.736-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Merino con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021): Corte Suprema, 03 de mayo de 2021 (Rol 94.952-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Muñoz de la Parra con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Lagos* (2015): Corte Suprema, 30 de enero de 2015 (Rol 28.745-2014), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Navarro con Servicio de Evaluación Ambiental* (2020): Corte Suprema, 09 de septiembre de 2020 (Rol 1.462-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Larrea con Inmobiliaria El Mirador S.A.* (2020): Corte Suprema, 15 de mayo de 2020 (Rol 27.564-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Palma con Compañía Inmobiliaria San Ignacio* (2023): Corte Suprema, 14 de septiembre de 2023 (Rol 240-2023), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Pizarro con Ministerio del Medio Ambiente* (2023): Corte Suprema, 27 de mayo de 2023 (Rol 170.273-2022), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Prime Energía SpA con Servicio de Evaluación Ambiental* (2018): Corte Suprema, 07 de marzo de 2018 (Rol 37.836-2017), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Reiss Greenwood con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental* (2014): Corte Suprema, 26 de junio de 2014 (Rol 7.451-2013). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Rodríguez Fabre con Empresa Maquinarías La Frontera* (2021): Corte Suprema, 14 de junio de 2021 (Rol 104.505-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Rodríguez Fernández con Servicio de Evaluación Ambiental* (2016): Corte Suprema, 05 de septiembre de 2016 (Rol 35.244-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Sandoval Ojeda con Forestal Arauco S.A.* (2021): Corte Suprema, 19 de julio de 2021 (Rol 6.729-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Soto con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019): Corte Suprema, 15 de mayo de 2019 (Rol 197-2019), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Stipicic Escauriaza con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2016): Corte Suprema, 16 de marzo de 2017 (Rol 55.203-2016), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Tagle con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022): Corte Suprema, 14 de febrero de 2022 (Rol 87.226-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Tapia Navarro con Municipalidad de Algarrobo* (2021): Corte Suprema, 08 de febrero de 2021 (Rol 144.089-2020), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Unión Comunal con Nueva Unión SpA* (2020): Corte Suprema, 03 de julio de 2020 (Rol 36.413-2019), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Valenzuela Santibáñez con Servicio de Evaluación Ambiental* (2018): Corte Suprema, 08 de enero de 2018 (Rol 15.539-2017), Tercera Sala. [Apelación protección].
- Vargas Pizarro con Servicio de Evaluación Ambiental* (2014): Corte Suprema, 12 de agosto de 2014 (Rol 17.120-2013). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Vera Millaquén con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2016): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016 (Rol 44.037-2016). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Vergara con Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso* (2021): Corte Suprema, 18 de agosto de 2021 (Rol 22.356-2021), Tercera Sala. [Apelación protección].

La tutela jurisdiccional administrativa: bases procesales para una coordinación entre control jurídico administrativo y jurisdiccional

Administrative judicial review: procedural bases for a coordination between administrative and judicial legal control.

Sophía Romero Rodríguez*

Este artículo pretende plantear una propuesta de bases conceptuales para un contencioso-administrativo que suponga el control judicial de la Administración bajo paradigmas de coordinación a través del uso del agotamiento de la vía administrativa previa como presupuesto procesal. Se concluye que solo esta forma de comprensión permite disminuir la discusión en sede jurisdiccional de forma tal que, si tal agotamiento no se produce, los jueces deben evaluar las condiciones específicas del procedimiento administrativo previo, respecto de la cuestión fáctica y la prueba.

Palabras clave: proceso contencioso-administrativo, coordinación, procedimiento administrativo, agotamiento de la vía administrativa.

Introducción

Qué duda cabe que la división clásica de poderes del Estado, poco rendimiento en la actualidad se le puede atribuir. Lo anterior se explica porque Montesquieu la diseñó en consideración a la distribución del poder a las distintas fuerzas existentes al momento de su elaboración, fuerzas que en la actualidad y en nuestro país, no existen: rey, burguesía y nobleza¹.

De esta forma, la doctrina ha planteado la necesidad de rediseñar la tesis y referirla a funciones estatales y no a poderes. Sin embargo, ello tampoco resulta suficiente, conside-

The purpose of this article is to propose a conceptual basis for a contentious-administrative system that assumes the judicial control of the Administration under coordination paradigms through the use of the exhaustion of the prior administrative procedure as a procedural presupposition. It is concluded that only this form of understanding allows to reduce the discussion in the jurisdictional venue in such a way that, if such exhaustion does not occur, the judges must evaluate the specific conditions of the prior administrative procedure, with respect to the factual issue and the evidence.

Keywords: administrative process, coordination, administrative procedure, exhaustion of administrative remedies.

rando que esta fue elaborada para limitar el poder, y la única forma de lograr aquello, es predicarla de fuerzas que efectivamente existen socialmente. Del mismo modo, este diseño a partir funciones estatales se verá afectado en razón de la configuración democrática de los estados actuales –al menos en Occidente– como también, al cambio de paradigma en torno a la función judicial, particularmente en sus relaciones con las demás funciones estatales, especialmente la administrativa.

En este sentido, pienso que las relaciones entre jurisdicción y administración no pueden ser explicadas en la actualidad como compartimentadas, sino que necesitan de una adecuada comprensión coordinada, considerando los fines que ambas persiguen en el Estado de Derecho actual, en miras del bienestar ciudadano a través del respeto de sus derechos subjetivos e intereses.

Así, en este trabajo pretendo explicar, sirviéndome de algunos ejemplos de la regulación de acciones/preensiones administrativas, que es posible reconfigurar el sistema de tutela estatal administrativa, asumiendo que todas las acciones de esta clase contempla-

* Doctora en Derecho por la U. de los Andes (Chile). Profesora de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Dirección postal: Brasil 2950, tercer piso, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: sophia.romero@pucv.cl. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2893-3131>. El presente trabajo se efectúa dentro de la ejecución del proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11221298 de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (Chile), del que la autora es Investigadora Responsable.

¹ GARCÍA 1986, 177.

Artículo recibido el 20 de agosto de 2024 y aceptado el 12 de diciembre de 2024.

das en el ordenamiento jurídico permiten la protección de derechos subjetivos o intereses, aunque no siempre en el mismo procedimiento podamos obtener tal tutela y deba articularse uno posterior.

En otras palabras, todo el conjunto de procedimientos judiciales puede perfectamente articularse como un sistema de protección en favor de los derechos e intereses de los ciudadanos, cuestión que es más consistente con el rol de la jurisdicción en los Estados de Derecho actuales como también de las diversas funciones que satisfacen administración y jurisdicción. Así, pretendo ofrecer un enfoque diverso, pero complementario del administrativo, el que se ha centrado en el contenido de la decisión judicial y en los límites a los que está sujeta tal resolución, pero no en la pretensión del justiciable².

En la primera parte de este trabajo se conceptualiza la actividad de los tribunales de justicia en el Estado de Derecho actual, partiendo de las comprensiones locales sobre jurisdicción y como estas sirven para sustentar algunas de las premisas de la actividad jurisdiccional en el ámbito contencioso administrativo, tanto en la normativa como en la dogmática administrativa y procesal.

En la segunda parte, se analiza la actividad administrativa en el contexto actual, describiéndola como una actividad complementaria a la jurisdiccional, lo que se sustenta en el agotamiento de la vía administrativa previa, la desviación procesal. Se tratará en particular del problema que presenta en esta comprensión especialmente el valor probatorio del expediente administrativo en sede judicial.

Este análisis se efectúa con la finalidad de plantear la necesidad de comprender la actividad jurisdiccional siempre como una que pretende en último término, tutela derechos, ya que precisamente la complementariedad de controles administrativos y jurisdiccionales, permite sostener que las primeras revisiones son las destinadas, de forma preeminente, a un examen de mera legalidad. Esta afirmación cobra mayor sentido en un sistema de evaluación de legalidad reforzado –como el chileno– efectuado por la Contraloría General de la República.

En la tercera parte, en general las acciones administrativas, en particular, las de tipo anulatorio, identificando sus elementos

² Un trabajo que se puede destacar en sentido inverso, se puede apreciar en VALDIVIA 2017, 349-431.

objetivos. En este sentido, proponemos que la discusión efectuada en sede administrativa, limite la jurisdiccional, en la medida que esta efectivamente se dé, pero considerando el agotamiento entendido en la actualidad como derecho de opción del justiciable. Desde ya manifestamos que excluimos de este análisis la acción de protección ya que constituye una alteración al régimen ordinario de acciones administrativas que produce una distorsión tanto en la práctica como desde la perspectiva teórico-procesal³. Por último, algunas conclusiones a partir de lo planteado.

I. El rol de los tribunales de justicia en el Estado de Derecho actual

1. Cuestiones generales

Las construcciones teóricas sobre el rol de los tribunales de justicia, al menos en nuestro entorno cultural, pasan por entender que estos intervienen frente a la existencia de conflictos de relevancia jurídica los que se han definido como el choque de intereses interpersonales que son susceptibles de ser regulados por el ordenamiento jurídico⁴. En este sentido, la construcción de la teoría procesal descansa sobre un tipo de conflicto: aquel que se suscita entre privados⁵.

Lo anterior es fruto de que el Derecho procesal como disciplina científica nació y fue forjado en el contexto de liberalismo decimonónico, de modo tal que muchas de sus características precisamente provienen de esta idea de proteger la libertad individual del influjo estatal. A pesar que se pretenda disfrazar esta clase de proceso como uno neutro, lo cierto es que la vigencia del principio dispositivo, la diferenciación de roles entre juez y partes como juegos de suma cero son el instrumental que se utiliza para defender esos márgenes de libertad dentro del proceso, y una comprensión del proceso para unos derechos de orden privado.

A pesar de que ya a finales del siglo XIX, existían regulaciones que eran contrarias a una propuesta procesal de este tipo⁶, la legislación

³ Ello se produce a la habilitación contenida en el art. 20 de la Carta Fundamental es una acción que se escapa del diseño regular que condiciona la declaración contenida en la sentencia a las peticiones específicas que las partes formulen, cuestión que es gravitante en un análisis procesal de las acciones administrativas.

⁴ VARGAS y FUENTES 2018, 12-15.

⁵ Sobre el particular, se puede revisar MARINONI et al. 2010, 3-12.

⁶ PÉREZ 2014.

procesal chilena, recibió la herencia española más ancestral, la Lei de Enjuiciamiento Civil de 1855, norma que se basa en una legislación previa al desarrollo científico de la disciplina⁷. En este escenario, la normativa, pero también la práctica y la doctrina asumen este modelo.

Baste para ejemplificar ello, algunas referencias en el Código de Procedimiento Civil: el art. 1 señala “Las disposiciones de este Código rigen *el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa*, cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia”⁸.

Por su parte, el art. 817 del mismo cuerpo legal, define los actos de jurisdicción no contenciosa como aquellos que “(...) según la ley requieren la intervención del juez y en que *no se promueve contienda alguna entre partes*”⁹.

Sin perjuicio de que no niego la relevancia del papel que las partes cumplen dentro de un proceso –ya que sin ellas ni siquiera existiría un procedimiento concreto– en la actualidad, la existencia de un conflicto de intereses resulta secundaria para la actuación del órgano jurisdiccional, ya que la finalidad del ejercicio de su función se constituye como una garantía de observancia del Derecho objetivo¹⁰, eso sí, para un caso concreto que es precisamente el propuesto por las partes.

Sin perjuicio de esta visión objetiva de la función jurisdiccional, tras la constitucionalización del Derecho, la aplicación objetiva de las normas jurídicas por parte del juez se ha constituido como un presupuesto de su actividad para perseguir un fin mayor en el Estado de Derecho: la protección y amparo de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, sean estos públicos o privados.

Si bien nuestra Carta Fundamental es escueta a la hora de establecer derechos fundamentales procesales, las normas de los artículos 19 número 3, complementadas por los tratados internacionales sobre derechos humanos en la materia, permiten sostener que, en Chile, los tribunales de justicia, siempre a través de su actuación amparan derechos, siendo este su objetivo principal, mediante la aplicación de normas jurídicas.

⁷ A propósito de las primeras codificaciones procesales, ya Diego Portales y Andrés Bello halagaban que las primeras codificaciones parciales –las leyes Marianas– eran fruto de una sistematización de normas ya existentes sin mayores innovaciones. Véase BRAVO 1983, 196.

⁸ La cursiva es añadida.

⁹ ÍDEM.

¹⁰ CALAMANDREI 1996, 127-128.

Esta forma de comprender la actividad jurisdiccional también resulta derivada de la disposición primera de nuestra Carta Fundamental, en donde se reconoce que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, actividad que está sometida siempre al pleno respeto de los derechos y garantías que la propia Constitución establece, y tal respeto pasa, que frente a una infracción a tales derechos, existan instrumentos efectivos de protección, entre ellos, los tribunales de justicia¹¹.

De esta forma, los derechos y libertades de las personas pueden verse conculcadas no solo por los particulares, sino también por los poderes públicos, especialmente aquellos que interactúan en la realidad mediante la orgánica administrativa, sea regulando distintas actividades efectuadas por particulares, sea concediendo autorizaciones y fiscalizando el cumplimiento de la regulación para la realización de esas actividades.

En este sentido, la actividad administrativa del Estado potencialmente podrá vulnerar los derechos de los particulares, quienes en virtud de la prohibición de auto tutela no pueden tomar justicia por mano propia, por lo que deberán acudir a un órgano con todas las garantías y con plenitud de jurisdicción para poder obtener la protección que ni el ordenamiento objetivo ni la intervención del propio organismo administrativo han podido conferir¹². En este ámbito la Constitución de 1980, a diferencia de lo que ocurre en general para el ejercicio de la jurisdicción, es especialmente explícita en establecer esta cuestión en su art. 38.

Si se quiere, el desplazamiento de la comprensión de la función jurisdiccional desde la solución de una cuestión que escapa del control judicial como lo es el conflicto inter-subjetivo, hacia una objetivación de la función, pero con énfasis en la finalidad (aplicación de normas del ordenamiento para la protección de los derechos subjetivos e intereses que reconoce ese mismo ordenamiento) debiera repercutir en la forma en cómo el sistema concibe la actividad de los tribunales, sobre todo, si concebimos la potestad jurisdiccional como una que, para aplicar normas, necesariamente debe conocer de todos los aspectos para decidir, particularmente de los hechos relevantes.

¹¹ ROMERO RODRÍGUEZ 2022, 107-108.

¹² Sobre la consideración de todas estas formas como especies del género “tutela de derechos”, véase MARINONI 2007, 174.

2. Control jurisdiccional de la actividad administrativa en la doctrina

En Chile, sobre la relación entre función jurisdiccional y administrativa, desde antiguo José Bernardo Lira, ya menciona que la jurisdicción contencioso-administrativa es aquella que tiene por objeto decidir las cuestiones judiciales de interés público o relativas a materias de administración, justificando la exclusión del Poder Judicial en el conocimiento de estos asuntos por el hecho de este solo conocería de asuntos que comprenden los intereses privados de individuo a individuo, o bien, aquellos que afecten a una comunidad, pero que nazcan de obligaciones civiles, ello bajo la comprensión de la jurisdicción como una forma de resolver conflictos entre particulares¹³.

Esta mirada, como puede advertirse, proviene desde la comprensión de las normas procesales, que asumen la existencia de conflictos de interés como motor de la jurisdicción, lo que estaría avalado institucionalmente en la creación de órganos distintos de los tribunales ordinarios para el conocimiento del contencioso-administrativo (el Consejo de Estado en la Constitución de 1833), sin perjuicio de que ya en la Carta de 1925, se propone la creación de una clase de tribunales especiales en consideración al factor materia, tipología que nunca vería la luz¹⁴.

Es en este escenario en que la doctrina, especialmente la administrativa, ha escrito sobre contencioso administrativo. Solo por mencionar aquellos después de la segunda mitad del siglo XX¹⁵, los estudios elaborados por la literatura jurídico-administrativa de Aylwin¹⁶, Silva Cim-

ma¹⁷, Fiamma¹⁸, Pierry¹⁹, Soto Kloss²⁰, Pantoja²¹, pasamos a los estudios de Ferrada²² y Cordero Vega²³, sin perjuicio de otros aportes en la doctrina²⁴. Sin embargo, los estudios procesales, salvo Bordalí²⁵ y Hunter²⁶, se han enfocado en cuestiones específicas como la prueba²⁷ o la prejudicialidad²⁸, por nombrar algunos.

En una apretada síntesis y solo con el objetivo de constatar el estado del arte, la actividad jurisdiccional en el ámbito administrativo se ha configurado entre nosotros de dos formas: un modelo objetivo y otro subjetivo. El primero, entiende que el objeto de la actividad jurisdiccional frente a la actividad administrativa está dado por un control de legalidad, el que ha sido diseñado a lo largo de los años por la jurisprudencia judicial y administrativa entendido como la verificación de la aplicación del principio de legalidad, actualmente de juridicidad, conforme los arts. 6 y 7 de la CPRCh como también la proscripción de la

¹³ LIRA 1867, 8-9.

¹⁴ Dado que no es objeto de este trabajo, solo diré muy sucintamente que, orgánicamente, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha articulado rompiendo el paradigma de la unidad jurisdiccional, como también se ha basado, en gran medida, bajo la especialización debido a materia. Sobre la primera afirmación, los tribunales de justicia especiales que conocen de estas materias no conforman el Poder Judicial –en algunos casos, cada vez los menos, aún siguen formando parte de la Administración del Estado–; la segunda, los tribunales que conocen de estas materias y que forman parte del Poder Judicial, no tienen especialidad de las materias que conocen, como también no se distingue la función que ejerce el órgano para atribuir competencia en el primer grado jurisdiccional, atribuyendo el conocimiento en muchos casos a Cortes de Apelaciones. Desde la perspectiva procesal, los procedimientos a los que se someten esta clase de pretensiones no son uniformes, pudiendo advertirse en la regulación procedimientos orales, escritos, de aplicación general, sumarios, sumarísimos, de primera o única instancia. Para mayores detalles, véase FERRADA 2020, pp. 86-99.

¹⁵ Para un estudio de etapas previas a ello, véase BOCK-SANG 2015.

¹⁶ AYLWIN 1952, 277-310.

¹⁷ SILVA CIMMA 1994, 185-194.

¹⁸ FIAMMA 1986, 130-132.

¹⁹ Véase una compilación de los trabajos de Pierry sobre la materia, en PIERRY 2017a, 215-434.

²⁰ SOTO 2009, 511-521.

²¹ PANTOJA 2013.

²² Juan Carlos Ferrada ha sido el autor más prolífico en Chile en esta materia, publicando múltiples trabajos en revistas indexadas y actas de seminarios y jornadas en materia administrativa. Una compilación de su trabajo en FERRADA 2020.

²³ Luis Cordero ha destacado en el análisis jurisprudencial en distintas materias del contencioso administrativo, tanto en publicaciones indexadas, en jornadas, como también a través de columnas en medios electrónicos, especialmente en el Mercurio Legal. Una síntesis de sus aportes en CORDERO VEGA 2021.

²⁴ Por ejemplo, Jaime Arancibia en relación con aspectos procesales subjetivos (legitimación, calidad de parte, representación en procesos de este tipo) véase ARANCIBIA 2018; ARANCIBIA 2021; Alejandro Vergara, sobre las características del sistema contencioso-administrativo (2011); y sobre algunos contenciosos especiales, como el panel experto de la Ley Eléctrica, VERGARA 2016a; y del tribunal de la contratación pública, VERGARA 2016b.

²⁵ Si bien este autor ha tratado fundamentalmente aspectos sobre contencioso-ambiental, algunas de sus conclusiones son replicables a cualquier contencioso, teniendo la prevención que aquel dice relación con una acción cuyo juicio de mérito es dado por un tribunal especial, cuestión diversa de lo que analizamos en este trabajo. Los trabajos que se han consultado para esta investigación son: BORDALÍ 2018; BORDALÍ y HUNTER 2017.

²⁶ Del mismo modo que el anterior, la obra de Iván Hunter mayoritariamente se ha centrado en contencioso-ambiental, aunque también sus trabajos sobre contencioso-municipal son muy útiles para esta investigación, debido a que tal contencioso es competencia de los tribunales ordinarios. En este sentido, HUNTER 2023; HUNTER 2021; BORDALÍ; HUNTER 2017; HUNTER 2015; HUNTER 2014.

²⁷ LARROUCAU 2019; NÚÑEZ Y CARRASCO 2019; ROMERO RODRÍGUEZ 2019.

²⁸ ROMERO SEGUEL 2014.

desviación de poder. El segundo modelo, considera la infracción a la norma como el supuesto de la pretensión contencioso-administrativa, pero va más allá, evaluando en el caso concreto la vulneración de los derechos o intereses del administrado producto de la ilegalidad²⁹.

Revisando la literatura jurídica administrativa en la materia, Pierry sostenía a propósito de un análisis efectuado con ocasión del texto aún no vigente de la Constitución de 1980, que el legislador podría articular tribunales contencioso-administrativos dentro o fuera de Poder Judicial considerando la norma programática prevista en el art. 38 en su texto original. En lo que nos interesa, en la teoría y en el Derecho comparado, este autor resalta la existencia de modelos objetivos y subjetivos de control judicial administrativo, sosteniendo que respecto de los primeros, estos podían ser entregados a los verdaderos tribunales contencioso-administrativos, ya que una intervención especializada en materia de Derecho público se justificaba en esta clase de asuntos; a diferencia de aquellas materias relativas a contratos y responsabilidad, en donde se podía mantener la competencia de los juzgados ordinarios para su conocimiento³⁰.

De la distinción expresada, surgió la dicotomía entre contencioso objetivo o anulatorio; y contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, las que aún forman parte de las clasificaciones que tribunales de justicia y operadores utilizan para la categorización de la extensión de las decisiones jurisdiccionales cuando controlan actos administrativos. En este sentido, es posible reconocer de la propia definición, que en aquellos casos en que el legislador haya establecido acciones de nulidad de los actos administrativos, la jurisdicción del tribunal estaría limitada a controlar aspectos de mera legalidad del acto, tal como ocurriría en aquellos casos en que las Cortes conocen de recursos de casación o nulidad, con la diferencia que, en este caso, anularían un acto administrativo y no una resolución judicial.

Al contrario, en aquellos casos en que el contencioso es subjetivo o de "plena jurisdicción", el potencial control es más amplio, ya que en estos ámbitos el juez efectivamente ejercería jurisdicción la que en su sentido es-

pecífico quiere significar un análisis y determinación tanto de las cuestiones de hecho, como de las de derecho.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, "(...) se ha dejado clara la distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad del acto administrativo y aquéllas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, "erga omnes" y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 140 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (actual art. 151), que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales.

En cambio, las segundas presentan las características de ser declarativas de derechos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante"³¹.

Si se analiza el sustento teórico de ambos paradigmas, el primero pone énfasis en la delimitación de los poderes estatales, lo que se puede explicar del contexto del cual venía el modelo francés tras los procesos históricos vividos a finales del siglo XVIII. Por otro lado, el modelo alemán, puede comprenderse como uno en donde la defensa de los derechos de los particulares se pone de relieve tras las violaciones sufridas en el contexto de la II Guerra Mundial. A la vez, ambos modelos configuran un rol diverso de los tribunales, ya que el primero delimita la competencia judicial bajo el paradigma del juicio al acto *versus* el segundo, que pone el énfasis del control a cualquier conducta administrativa (sea una acción o una omisión) que pueda generar la eventual vulneración de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Como ha advertido la doctrina, estos dos enfoques no son más que dos formas complementarias de comprender el Estado de Derecho³², de modo tal, que los órganos públicos ejerciendo diversas funciones dentro de tal orden, debieran propender a su satisfacción considerando los instrumentos que el mismo ordenamiento les provee.

²⁹ FERRADA 2020, 23-42.

³⁰ PIERRY 1981, 213. Aunque esta cuestión no se aplicó, por ejemplo, en relación a las competencias de los tribunales ambientales que conocen tanto de lo contencioso-administrativo como de acciones por daño ambiental en la LTA.

³¹ *Hotelera Somontour S.A con Alcalde Subrogante Municipalidad de Chillan* (2010)

³² CANDIA Y URBINA 2017, 114-115.

Así, en el ámbito jurisdiccional, los tribunales de justicia deben satisfacer precisamente ambos objetivos: la protección de los derechos de los justiciables, aunque en el ámbito de sus propias competencias, de forma tal que no pongan en riesgo la configuración del Estado de Derecho.

La pregunta que surge es ¿por qué en el contencioso-anulatorio no podría darse una revisión más exhaustiva de las cuestiones que configuran la decisión controlada? ¿Se puede hablar de control si se plantean límites a los elementos de la decisión? ¿Qué justifica que no exista control jurisdiccional verdadero –en sus términos– en unos ámbitos y en otros sí?

En lo que sigue, pretendemos elucubrar sobre potenciales explicaciones las que, advertido de antemano, no nos satisfacen completamente por lo que también explicaré.

II. Condiciones para que la coordinación de controles administrativos y jurisdiccionales

1. El procedimiento administrativo

Como decíamos al comienzo, la teoría de la separación de poderes se justifica en la actualidad en la posibilidad de generar controles entre órganos ejercientes de potestades públicas³³. Así, en nuestro país el contencioso administrativo tiende a constituirse como un control de *ultima ratio*, esto es, como aquel que se debe efectuar de forma final, tras el fracaso de todos los demás controles jurídicos administrativos, sean internos (de la propia administración), como externos (de la Contraloría General de la República)³⁴.

Lo anterior, fundado en la lógica de que el procedimiento administrativo constituye no solo una instancia para que la decisión se funde de forma legal, sino también como un espacio en donde la actividad administrativa se despliega. De esta manera, es posible configurar el procedimiento administrativo no solo como forma, sino también como función³⁵. También es posible engarzar el procedimiento administrativo como una de las estrategias de control de las actuaciones que en él se verifiquen, en particular, en la dimensión de

transparencia de los modos de actuación de la administración³⁶.

Sin embargo, esta idea se encuentra poco depurada, por dos razones institucionales según mi entender: una primera dada por la novedad de la regulación procedimental de los controles administrativos –mediante la LBPA del año 2003–; y una segunda, que se produce por la falta de articulación general de coordinaciones entre la sede administrativa y la sede jurisdiccional.

En relación con la primera cuestión, conocidos son los distintos problemas que conllevó la falta de una norma de procedimiento administrativo de aplicación general, que contuviera disposiciones de carácter supletorio, particularmente para la intervención de los particulares afectados o interesados en tales procedimientos y su plena participación en ellos³⁷.

A propósito de esta situación, se ha planteado que el desarrollo del procedimiento se produjo al alero de la jurisprudencia judicial y administrativa, ya que la atomización de procedimientos administrativos especiales caracterizó la normativa hasta el año 2003, lo que incluso llevó a la doctrina a prescindir del concepto de procedimiento³⁸.

De esta forma, la inexistencia de una norma de procedimiento administrativo implicó, que los actos de término habitualmente eran dictados sin que las actividades de quienes potencialmente podrían verse afectados con esas actuaciones fueran consideradas como relevantes, como también con un material fáctico y probatorio deficiente³⁹.

Solo tras la vigencia de la LBPA, se pudo contar con una norma de carácter general que regulara los procedimientos administrativos, de forma tal que operara de manera supletoria respecto de aquellas materias en donde no existieran reglas de procedimiento, como también, derogando tácitamente los procedimientos cuyos estándares de tramitación no sean, a lo menos, iguales a los que prevé la normativa general⁴⁰.

³³ CORDERO VEGA 2007, 6-8.

³⁴ Lo anterior se puede apreciar, por ejemplo, en la historia legislativa de los tribunales ambientales como también de toda la institucionalidad administrativa en la materia. En este sentido, véase MÉNDEZ 2017.

³⁵ VÁQUER 2020, 53.

³⁶ VALDIVIA 2018, 333.

³⁷ LARA 2019.

³⁸ SOTO 2009, 324-325.

³⁹ Sobre el valor de la intervención de los interesados en el procedimiento administrativo, véase LARA 2019.

⁴⁰ VERGARA 2005. Sin perjuicio de esta visión, existió alguna polémica a nivel doctrinario y de jurisprudencia administrativa en la materia, sobre el alcance de los términos “de bases” y “supletoria” de esta normativa. Para una revisión de los principales argumentos de esta discusión, véase JARA 2008.

Esto no deja de tener importancia si queremos plantear la articulación de instrumentos de tutela administrativa y jurisdiccional ya que, si la decisión de esta última actividad estatal descansa sobre la tramitación de un procedimiento administrativo, particularmente respecto de la cuestión fáctica sobre la que se justificó la decisión administrativa, resulta desde una perspectiva procesal crucial que la información que justifica la decisión sea de la mejor calidad posible.

Sin embargo, esto no es así. Si bien la LBPA generó, en el papel, un piso mínimo de actividades procedimentales para generar la decisión administrativa, muchas de las prácticas insertas en el contexto de la administración continuaron, incluso avaladas por la normativa. Dos nos parecen problemáticas desde esta perspectiva: la norma del art. 35 de la LBPA que permite que el órgano dicte la resolución a partir de los hechos que le consten, sin necesidad de generar una etapa en donde se puedan sostener los hechos en que la decisión se funda. Una segunda, es la utilización de los informes evacuados por los propios funcionarios de la entidad administrativa de que se trate, quienes poseen la calidad de ministros de fe⁴¹, información que casi de modo exclusivo determina los hechos relevantes para decidir en dicha sede.

Si la decisión administrativa fuera objeto de un control íntegro en el ámbito de los hechos en sede judicial, ninguna de estas normas representan problema alguno, pero lo que no resulta ajustado a estándares mínimos de control de la actividad administrativa es la situación, no poco frecuente, que nunca se establezcan de forma fehaciente y con un contradictorio de por medio los enunciados de hecho sobre los que se aplican las normas jurídicas relevantes, sea por la administración, sea por la jurisdicción.

Si pretendemos ofrecer al justiciable un sistema en que pueda obtener una actuación administrativa emanada de un procedimiento que permita justificar las premisas en las que este se sustente, de forma tal que la tutela jurisdiccional se sitúe como una alternativa lejana y eventual, este escenario debiera cambiar. Ello contribuye a una tutela estatal oportuna, justa, como también a la evitación de espacios en que se produce una potencial colisión de competencias entre tribunales y administración. Del mismo modo, dota de mayor legiti-

dad a las decisiones administrativas al ajustarlas a estándares mínimos de corrección fáctica.

Lo anterior cobra mayor relevancia si entendemos que la actividad administrativa encausada a través de un procedimiento, ya no solo se constituye como una forma destinada a dar cuenta de la actividad desarrollada y como supuesto de justificación del acto terminal⁴², sino que también como manifiesto de una confluencia entre garantías legales y eficiencia⁴³, eficiencia que también puede extenderse hacia el diseño de una respuesta estatal armónica, proveniente de la administración en algunos casos, ojalá en la mayoría; y en otros, ojalá los menos, por parte de la jurisdicción⁴⁴.

2. Del agotamiento previo y de la desviación procesal como condiciones de eficiencia del control judicial de la Administración

Decía más arriba que el segundo problema institucional que se produce en Chile para poder calificar a la actuación administrativa de una posible respuesta legítima, es la falta de un sistema general de coordinaciones entre la sede administrativa y la sede jurisdiccional.

Dicho de otra forma, cuando pretendemos exigir un sistema de coordinación claro, se piensa en dos premisas: 1) para que la actuación de la jurisdicción sea posible, el particular haya agotado las vías de obtener una declaración en su favor en sede administrativa; 2) que lo discutido a nivel fáctico en sede administrativa determine el contenido de las actuaciones procesales que se verifiquen posteriormente en sede judicial. La primera de estas cuestiones se denomina en la dogmática procesal, agotamiento de la vía administrativa, constituyéndose como un presupuesto del proceso, esto es, una condición que el legislador exige para que la decisión jurisdiccional de fondo sea válida⁴⁵ limitando la admisibilidad de la demanda. Esta circunstancia, añadida al hecho que para el jurista germano la relación procesal es de Derecho

⁴² Estas funciones se pueden apreciar en el Mensaje de la LBPA, conforme las referencias que se efectúan por LARA 2019, 16.

⁴³ VÁQUER 2020, 75. Véase en este sentido, el mensaje de la Ley N° 21.180 que señala como objetivo, "aumentar la eficiencia en los procedimientos administrativos", aunque dicha motivación solo se plantea a partir de la utilización del soporte electrónico, lo que no necesariamente por sí mismo aumenta la eficiencia, entendida como el cumplimiento de los fines perseguidos a través de una actuación con la menor cantidad de recursos involucrados.

⁴⁴ Tendencia que incluso se puede apreciar en los ámbitos civil y penal, como advierte ARMENTA 2021.

⁴⁵ VON BÜLLOW 1964, 12 y CHIOVENDA 1940, 322-323.

⁴¹ Sobre el particular, véase ROMERO RODRÍGUEZ 2019 y LARROUCAU 2019.

público⁴⁶, permite que el juez de oficio controle la concurrencia de estas condiciones. En la doctrina procesal este presupuesto se ha asimilado a los trámites de conciliación obligatorios previos, existentes en otros sistemas jurídicos⁴⁷. En el nuestro, podríamos asimilarlo a la mediación previa que se dispone en materia de familia, conforme el artículo 106 de la Ley N° 19.968, como también en las demandas por negligencia médica conforme la Ley N° 19.966. En igual sentido, lo ha entendido la judicatura ambiental⁴⁸.

Dentro de las clases de presupuesto, podemos reconocerlo como uno de carácter objetivo, esto es, aquellos que dicen relación con la tramitación del procedimiento judicial⁴⁹. En este sentido se emparenta con la litispendencia, la ineptitud del libelo, la inadecuación del procedimiento, y la falta de mediación previa como veíamos.

En nuestro ordenamiento, el agotamiento de la vía administrativa se circunscribe dentro de los defectos que se advierten por el demandado, mediante la alegación de una excepción dilatoria (art. 303 del CPC), en que este alega que el demandante, antes de iniciar el juicio, no ha instado por el uso de los medios administrativos que la ley exige agotar de forma anterior. Ello se conecta con el hecho de que los jueces no tienen información para verificar si la reclamación previa existe o no, salvo que la ley considerara una exigencia para el litigante de acompañar algún documento que acredite la tramitación previa en sede administrativa, como ocurre en materia de mediación, por ejemplo⁵⁰.

Sin perjuicio de esta cuestión teórica general, el agotamiento de la vía administrativa se puede comprender de varias formas, considerando que supone un presupuesto que conecta el control jurisdiccional con el administrativo.

El objetivo de exigir que antes de acudir a la jurisdicción, se ejercite “igual pretensión” ante la administración es otorgarle la oportunidad a la propia administración la utilización de

los instrumentos internos para la revisión de su actividad, considerando que en el contexto de la reclamación ante la jurisdicción, la posibilidad de que esta controle todos los bordes de la decisión, resultaría en muchos casos, contraria a derecho e infringiría el principio de la separación de poderes.

Si nos enfocamos en los efectos que tiene el reclamo administrativo en la apertura del proceso jurisdiccional posterior, el agotamiento ha sido entendido: 1) lo que denomino, en sentido fuerte, como la necesidad de instar por la revisión administrativa –obteniendo una respuesta o esperando un tiempo para obtenerla– precluyendo el uso de la vía judicial si no se reclama administrativamente⁵¹; o, como denomino, en sentido débil o estricto, 2) un derecho del administrado a optar por la vía administrativa o la jurisdiccional, que condiciona solo temporalmente el ejercicio de la acción jurisdiccional⁵².

En el primer sentido anotado, la Corte Suprema ha señalado respecto del reclamo de ilegalidad municipal, que “(...) uno de los requisitos (...) es el agotamiento de la vía administrativa. Esta exigencia supone, en primer lugar, que se recurra contra la resolución u omisión ilegal ante el Alcalde de la comuna respectiva, y posteriormente, que el recurso interpuesto sea rechazado expresa o tácitamente por el edil, en todos sus grados. (SCS Roles N° 6.230 2019, N° 2.962 2010, N° 44.326 2017 y N° 94.972 2020)”⁵³.

Respecto del segundo sentido, se sostiene que en virtud del art. 54 de la LBPA, los justiciables no tienen la carga de reclamar administrativamente, salvo que la propia ley, en casos específicos, lo exija. Sin embargo, si

⁴⁶ VON BÜLLOW 1964, 13.

⁴⁷ CHIOVENDA 1940, 322.

⁴⁸ Comunidad Coyán Mapu con Comisión de Evaluación Ambiental Región del Bio-bio (2015). Erróneamente, a mi juicio, se ha considerado un elemento que resta competencia del tribunal. Ilustre Municipalidad de San Fabián de Alico con Dirección regional del Bio-bio (2015)

⁴⁹ ROMERO SEGUEL 2017, 79.

⁵⁰ En este sentido, cuando la tramitación que se utiliza para substanciar el contencioso-administrativo es ante las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema.

⁵¹ Como se ha entendido en materia laboral, a propósito de la calificación de servicios mínimos. Por ejemplo, National Oilwell Varco de Chile Limitada con Díaz (2024); del mismo modo, en materia municipal, conforme el art. 151 de la LOC de Municipalidades, art. 54 de la LBPA y 10 de la LOCBGAE, Nacif Jauregui Alberto con Ilustre Municipalidad de Peñalolen (2020), Parques Hernán Johnson Limitada con Ilustre Municipalidad de Chillan (2023), Inversiones SAI SPA con Ilustre Municipalidad de Iquique (2021), Transportes Rioja Limitada con Municipalidad de Quinta normal (2023).

⁵² En general, se ha sostenido que el ordenamiento jurídico no exige que los particulares agoten los reclamos administrativos existentes, sean estos por la vía de la reposición, jerárquicos o invalidatorios, sin embargo, si pretende inhabilitar la autotutela ejecutiva, se deberá impugnar tal actividad. FERRADA 2011, 252.

⁵³ San Martín Logística S.A. con I. Municipalidad de Pudahuel (2024); igual comprensión en materia educacional, Corporación Educacional Ceres con Superintendencia de Educación (2024).

se opta por esta vía, resulta necesario esperar el resultado de esta reclamación, cuestión que también podría ser controlada por la vía de una excepción dilatoria por parte del tribunal, si el órgano administrativo –sujeto pasivo del proceso– la promueve.

Esta comprensión, ya estaba presente de antaño en nuestro sistema jurídico. Citando a Pierry, este indica que a diferencia del modelo español en que el agotamiento es obligatorio, en Chile existen casos puntuales en donde ello es así, por lo que la regla general es la inversa⁵⁴.

Esta forma de comprensión avalada en el tenor de la norma referida, evidentemente, demuestra el problema que advertimos, por la falta de coordinaciones entre la administración y jurisdicción.

Esta distinción, entre vías administrativas obligatorias y no obligatorias, no está considerada ni en el procedimiento que se utiliza para reclamar judicialmente; como tampoco en la forma en cómo los tribunales se enfrentan al contencioso administrativo. En relación con la primera, la existencia de dos clases de procesos contencioso-administrativos según la caracterización mayormente aceptada, no apunta a distinguir si hubo o no un agotamiento de la discusión administrativa previa, sino más bien, se sustenta en la extensión del control, sea solo al ámbito jurídico (en el caso del contencioso anulatorio) o también al fáctico (en el contencioso de plena jurisdicción); por otro lado, dicha distinción, tampoco apunta a la entrega del asunto como competencia a un tribunal ordinario, especial (fuera o dentro del Poder Judicial), inferior o superior, sino más bien a una falta de comprensión de lo que significa el contencioso-administrativo, privilegiando el control de legalidad de la decisión en algunos casos; y la tutela de derechos en otros, sin mayor claridad de los motivos que subyacen a la diferencia de acciones judiciales que se pueden promover en uno y otro caso, considerando las diferentes materias.

Respecto de la desviación, esta puede definirse como un requisito de inadmisibilidad de la pretensión en sede jurisdiccional, por no haberse ejercitado esta previamente en sede administrativa. También se ha definido como la sanción por falta de satisfacción de la carga de utilizar las mismas alegaciones que se han formulado en sede administrativa en la

reclamación judicial⁵⁵. Su aplicación explícita en Chile nace de la jurisprudencia en materia ambiental, sin embargo, tal categoría ha sido importada a nuestro sistema jurídico a partir de la jurisprudencia española⁵⁶.

La desviación procesal parte de la base de una reclamación administrativa previa, por lo tanto, de la existencia de un acto administrativo, que bajo la óptica del agotamiento, ya no solo exige que se presente un reclamo en sede administrativa (cualquiera), sino también que la identidad del reclamo sea la misma que el que posteriormente se presente en sede judicial. Del mismo modo, se ha planteado que los motivos que el órgano reclamado puede esgrimir para defenderse en sede jurisdiccional, deben ser consistentes con aquellas argumentaciones planteadas en sede administrativa, aunque ello no condiciona la competencia del tribunal de controlar la concurrencia de los presupuestos procesales y de la acción⁵⁷.

En este sentido, la identidad de las pretensiones, sea en sede administrativa o judicial, se debe analizar considerando las categorías que la doctrina procesal ha utilizado, en este sentido, los elementos objetivos y subjetivos del objeto del proceso: petición, causa de pedir y sujetos⁵⁸. Ello porque la evaluación de la identidad será efectuada judicialmente.

La jurisprudencia ha dicho en este sentido en materia ambiental, "(...) El marco de la revisión que efectúa el Tribunal se encuentra delimitado entre otros aspectos por lo que ha sido objeto del procedimiento administrativo. Esto ya que el Tribunal no podría, bajo su función revisora, reprocharle a la Administración vicios de ilegalidad que no han sido alegados por los interesados en aquella sede, y que, en definitiva, la Administración no ha indagado, analizado, ni mucho menos ha tomado una decisión respecto de ellos. Del mismo modo, para todas las alegaciones que no fueron formuladas previamente en la reclamación administrativa, no se produce el agotamiento de la vía administrativa, cuando ello es obligatorio, tal como lo ha entendido este Tribunal en sus sentencias de las causas rol R78 2018, R 8 2019, R 5 2020, R 2 2021 y R 11 2021; así

⁵⁴ PIERRY 2017c, 348 y 349.

⁵⁵ GABLER 2024, 44-45.

⁵⁶ GABLER 2024.

⁵⁷ Hotelera Somontour S.A con Alcalde Subrogante Municipalidad de Chillan (2010).

⁵⁸ En ese sentido, GABLER 2024, 41-43.

como también, la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N° 34.2812017⁵⁹.

De la interpretación apuntada, es posible reconocer que es perfectamente posible prescindir del concepto de desviación procesal, ya que si entendemos en sentido estricto el agotamiento de la vía administrativa, esta impone al particular no solo reclamar administrativamente para poder ejercer la vía jurisdiccional, sino que someter iguales peticiones tanto en sede administrativa como judicial.

Ferrada ha dicho respecto de esta cuestión, utilizando otros términos, que resulta necesario determinar si entre los procedimientos y procesos administrativos existen relaciones de prelación, exclusión, complementariedad o sustitución⁶⁰, relaciones que podrían darse en todas estas alternativas.

Por ejemplo, el uso o no de la vía administrativa como también las actuaciones y el contenido de estas en el evento que se formulen, se puede configurar como un impedimento o un condicionante al uso de la jurisdicción⁶¹, en aquellos casos en que la ley obliga a que el particular presente la reclamación administrativa sin que sea posible reclamar judicialmente si aquello no se realiza; como también, la actuación administrativa previa de la cual se reclama limita el contenido de los actos de postulación que dan inicio al proceso judicial, sea objetivamente (causa de pedir y petición) como también subjetivamente (sujetos con capacidad para ser parte).

De esta forma, tanto el agotamiento previo de la vía administrativa como la desviación procesal, constituyen instrumentos que permiten comprender la tutela de derechos del particular, con un enfoque complementario de ambas funciones estatales.

3. Sobre la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva mediante la imposición de condiciones al ejercicio de la acción

Antes de continuar con el análisis de las acciones administrativas y sus potenciales efectos en las situaciones jurídicas que los justiciables invocan como justificación de la petición de tutela jurisdiccional, brevemente nos haremos cargo de una habitual crítica en torno a la exigencia legal de utilizar vías previas al ejercicio

de la acción ante tribunales como vulneración a la tutela judicial efectiva.

Ello resulta necesario a la luz del planteamiento de esta investigación, en torno a la necesaria coordinación de vías administrativas con las jurisdiccionales.

En general, mi posición respecto de esta cuestión es favorable a la exigencia de perfilar un agotamiento de la vía administrativa en sentido estricto, ya que lo anterior permite utilizar instrumentos de carácter técnico administrativo para la adecuada solución de los conflictos entre particulares y órganos de la Administración.

Por otro lado, en la actualidad el derecho a la tutela judicial se ha ampliado hacia una comprensión que incluye, no solo las vías judiciales de tutela estatal, sino que también aquellos instrumentos de carácter administrativo para la prevención y solución de conflictos⁶²; como también, la propia actividad de los particulares acogiendo técnicas de solución adecuada o alternativa de conflictos como la mediación y la negociación.⁶³ Así, este derecho se ha reconfigurado hacia un derecho a una tutela efectiva de la justicia.

Dentro de la discusión nacional, esta cuestión ha sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal Constitucional al controlar las exigencias de mediación previa en materia de familia y acciones de responsabilidad por negligencia médica. En este sentido, se ha estimado que no existe una vulneración al derecho a la tutela judicial al imponer limitaciones al ejercicio de este derecho, siempre que ellas sean racionales y no hagan irrisorio su ejercicio⁶⁴. Aunque en la doctrina procesal chilena, se han cuestionado tales decisiones, considerando el derecho de acceso a la justicia en un sentido estrictamente judicial⁶⁵.

En el caso que comentamos, entiendo que tales estándares se satisfacen debido a la necesaria configuración de la cuestión fáctica en sede administrativa, lo que se garantizaría de mejor modo con el agotamiento previo de la vía administrativa, considerando la escasa discusión que se produce en sede jurisdiccional. Aunque, como decíamos, ello también requiere ajustes en la comprensión del rol que el

⁵⁹ Eduardo Contreras Pérez con Directora Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (2023).

⁶⁰ FERRADA 2020, 76.

⁶¹ FERRADA 2011, 256.

⁶² MARINONI 2007, 174.

⁶³ MARTÍN 2014, 162. Todavía más, recientemente se ha abogado en nuestra doctrina la utilización del arbitraje en el ámbito de las empresas públicas; FLORES Y ROMERO, 2024.

⁶⁴ PICÓ 2011, 58-60.

⁶⁵ Véase PALOMO Y VALENZUELA 2012, 409-411.

procedimiento administrativo desempeña en la decisión final del asunto, sea esta jurisdiccional o administrativa, en definitiva.

III. De las clases de acciones administrativas competencia de los tribunales de justicia, en especial, de las anulatorias

Basándonos en esta diferencia de tratamiento frente al agotamiento de la vía administrativa, sostengo que si bien la jurisprudencia y la doctrina chilenas han entendido que el tribunal estaría habilitado exclusivamente a controlar la legalidad de la actuación en el denominado contencioso-anulatorio; siendo más amplia la actividad del tribunal en aquella actuación denominada de plena jurisdicción, pienso que la determinación de las actuaciones procesales no solo puede estar condicionada por el objeto mediato de la pretensión, sino también, debiera considerar el grado de sofisticación de los materiales que se produzcan en sede administrativa para limitar o no las competencias del tribunal en una y otra clase de acción.

Así, aquellas acciones jurisdiccionales que contemplen instrumentos previos de agotamiento, no requieren de un control judicial amplio en torno a los elementos que configuran la decisión administrativa que es objeto de la reclamación; pudiendo incluso excluir el control judicial si el agotamiento estricto (por desviación procesal) no se ha producido.

En cambio, en aquellas hipótesis en que el agotamiento no se exige y efectivamente este no se produzca por una opción que el legislador le reconoce al justiciable, resulta necesario evaluar concretamente si en el contexto de la actuación administrativa previa, los interesados que luego se convierten en actores tuvieron o no la oportunidad de incidir de manera efectiva en el contenido de las actuaciones que motivan la decisión administrativa respecto de la cual se reclama.

En cualquier caso, en las denominadas acciones de nulidad, si se reclama judicialmente cumpliendo con las condiciones de agotamiento en sentido estricto cuando este es un presupuesto procesal, y el tribunal acoge la reclamación y deja sin efecto la actuación administrativa, la actividad jurisdiccional jamás sustituirá o excluirá el acto administrativo del cual se reclamó, ya que en dicho caso, el tribunal deberá limitarse a un control de legalidad como a la tutela de los derechos e intereses involucrados –dependiendo de las

peticiones que forman la pretensión que da inicio al juicio–, sin que el juez dicte el acto administrativo de reemplazo, aunque sí podrá ordenar que se realicen actuaciones formales o materiales por parte del órgano administrativo reclamado, debiendo remitir los antecedentes ante el órgano para que este dicte el acto administrativo que ponga término al procedimiento seguido en aquella sede, bajo los parámetros de legalidad que controló el órgano judicial.

Sin perjuicio de ello, si asumimos que el particular siempre puede obtener la protección de sus derechos materiales, en aquellos casos en que exista un procedimiento administrativo anterior en donde este participe como interesado, deberá necesariamente, previo al ejercicio de acciones de resguardo de tales derechos mediante las vías procesales ordinarias, cuestionar la legalidad de la actuación administrativa formal y dejarla sin efecto mediante el contencioso-anulatorio de rigor. De este modo, en estos casos la legislación fragmentaria en este sentido, obliga al particular a iniciar procesos judiciales sucesivos: uno anulatorio y otro eventualmente resarcitorio.

En cambio, si el sujeto activo es un tercero que no intervino en el procedimiento administrativo, podrá iniciar directamente el proceso judicial ante la vía ordinaria pertinente, ejerciendo en un mismo proceso judicial –sometido a las reglas de procedimiento civil ordinario– la declaración de nulidad del acto administrativo y conjuntamente, si resulta necesario, acciones resarcitorias⁶⁶.

Sin embargo, cabe tener presente que la actuación administrativa se justifica precisamente para lograr la satisfacción de fines generales de alcance colectivo las que, si bien están sujetas al principio de juridicidad, en algunas circunstancias, obvian la potencial vulneración de los derechos subjetivos individuales y por ello se justifica el eventual control jurisdiccional respecto de tales actividades.

De este modo, la diferencia de posición jurídica material extraprocesal justifica, en parte, que la regulación procesal difiera si el procedimiento administrativo satisfizo o no estándares de participación de quienes resulten potencialmente afectados con tales actividades, potenciando el uso coordinado de las vías administrativas y jurisdiccionales.

⁶⁶ Ello, sin perjuicio del ejercicio de la solicitud de invalidación ante el órgano administrativo conforme el art. 53 de la LBPA.

Sin embargo, si bien esta es una primera aproximación a la comprensión de los elementos que definen el contencioso administrativo posterior basados en esta lógica de coordinación que propongo, pienso que aún se puede avanzar un tanto más en la definición de los elementos de la pretensión y la coherencia de su resultado.

1. Posiciones legitimantes en las acciones administrativas

Si entendemos que la jurisdicción estatal en el ámbito administrativo tiene por objeto proteger derechos subjetivos e intereses legítimos en último término, las posibilidades de actuación de los órganos administrativos que pueden lesionar tales posiciones de los sujetos de derecho se amplían exponencialmente.

Si bien no queremos extendernos innecesariamente en cuestiones procesales suficientemente conocidas, cuando hablamos de posiciones legitimantes⁶⁷, nos referimos a aquellas circunstancias de la realidad que permiten a un sujeto jurídico invocar una afectación a un derecho o interés, situándolo en una relación directa o indirecta con la justificación de una acción o pretensión susceptible de ser ejercitada ante un tribunal, y que permite, concurriendo los demás requisitos procesales y materiales, obtener una sentencia de fondo favorable a la pretensión formulada. Estas posiciones legitimantes en la actualidad están dadas por el derecho subjetivo y los intereses. Estos últimos pueden ser individuales, supraindividuales y públicos⁶⁸.

En este sentido, siguiendo a Bordalí, entiendo que no siempre los particulares tienen derechos subjetivos involucrados en conflictos contra la Administración, tratándose de situaciones jurídicas subjetivas que no calzan con la figura del derecho subjetivo⁶⁹, aunque tengan trascendencia para el logro de los fines de los individuos y de la sociedad jurídicamente orga-

nizada⁷⁰. Así, los derechos subjetivos son tipos de relaciones o situaciones jurídicas, pero no son los únicos supuestos en que a los particulares se les permite actuar en el ámbito normativo, de manera tal que si el ordenamiento reconoce tales posibilidades, existe la obligación positiva del Estado que tales intereses estén tutelados o protegidos a través de herramientas idóneas, a la luz de la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, con mayor razón cuando tales intereses se ven potencialmente vulnerados por la Administración.⁷¹

Esta ampliación se puede dar, al menos, en tres ámbitos, a saber:

Primero, las situaciones que ameritan la intervención de los tribunales no se circunscriben a la actividad en estricto sentido. De este modo, la lesión de derechos subjetivos o afectación de intereses se puede producir no solo por una acción, sino también por una omisión.

En segundo lugar, las formas de lesión del derecho subjetivo e interés pueden constituirse por su privación, perturbación o amenaza. Así, el modelo tradicional de lesión por privación no agota la posibilidad de actuación de un tribunal de justicia en un sistema que enfoca la razón de ser de su actuación en la protección de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública.

En tercer lugar, la actividad administrativa como supuesto de ejercicio de la actividad jurisdiccional se puede dar en el contexto de conductas formales emanadas de un procedimiento administrativo, como también mediante las denominadas vías de hecho, las que constituyen actuaciones de los órganos de la administración que tampoco deben estar exentas de un potencial control jurisdiccional cuando estas han producido cualquier forma de lesión en los derechos e intereses legítimos de las personas.

Desde esta perspectiva, pensamos, la intervención de los tribunales de justicia así entendida se ajusta a las necesidades de acceso a la jurisdicción que se encuentran reconocidas tanto a nivel constitucional como de disposiciones contenidas en tratados internacionales sobre DD.HH., de forma tal que configurarlas de forma restringida, puede constituir una afectación de tales garantías.

De esta manera sostenemos por una parte que resulta coherente la configuración de

⁶⁷ Considerando los objetivos de esta investigación, solo nos referimos en esta oportunidad a derechos subjetivos e intereses de carácter individual, ya que la configuración de un contencioso-administrativo para la tutela de intereses supraindividuales es una cuestión que, en Chile, carece de un tratamiento incluso preliminar, en particular, por la dificultad sobre esta clase de intereses. Sobre las categorías de intereses colectivos, difusos y supraindividuales, revítese el clásico trabajo de AGUIRREZÁBAL 2006. Sobre la aplicación de la categoría en los procesos contencioso-administrativos, en la doctrina española, véase PEÑALVER I CABRÉ, 2015.

⁶⁸ CORDÓN 1997, 48-66.

⁶⁹ BORDALÍ 2018, 71.

⁷⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC 1998, 293.

⁷¹ MARCHECO 2020, 94.

límites previos para acceder a la jurisdicción, como también a la discusión que ella se dé; pero siempre que las posiciones legitimantes que los justiciables puedan invocar como el contenido de las declaraciones jurisdiccionales puedan obtener sean lo suficientemente amplias para dejarles indemnes de potenciales afectaciones.

Esta cuestión se ha denominado en el ámbito procesal tutela específica de los derechos, ya que los instrumentos de protección exclusivamente resarcitorios no se conciben como suficientes cuando se está en presencia de afectaciones a derechos que no son de índole patrimonial⁷². Se ha dicho en este sentido que, para la integración del derecho material con el proceso, es fundamental conocer los resultados jurídico-sustanciales que este último debe proporcionar para una efectiva tutela de derechos subjetivos.⁷³

Así, los modelos procesales clásicos, configurados desde la represión de un daño ya consumado, los que son aplicables al conocimiento de las acciones contencioso-administrativas por parte de los tribunales ordinarios de justicia –sea en vía de pronunciamiento sobre el objeto del juicio contencioso-administrativo o por la vía recursiva–, están contruidos para la satisfacción de intereses de orden patrimonial, en donde existen dos sujetos al menos formalmente iguales frente a frente en calidad de partes.

En esta clase de procesos, la nulidad de actuaciones –como lo es la de un acto jurídico privado– se ejercita habitualmente como presupuesto de la obtención de prestaciones diferentes a la mera nulidad –por ejemplo, las prestaciones mutuas– o como defensa frente a la invocación de un acto inválido como justificación de la pretensión de tutela jurisdiccional.

En cambio, en el ámbito contencioso-administrativo, la declaración de nulidad constituye en primer lugar, la posibilidad de dejar sin efecto un acto administrativo que puede como no puede producir perjuicios⁷⁴ –no solo patrimoniales en principio– como también lograr revertir la decisión administrativa de no

conceder un beneficio o derecho mediante un acato terminal.⁷⁵ Esta forma de comprensión conjunta de los efectos de las decisiones, solo se presenta en el caso del denominado contencioso de plena jurisdicción, ya que el contencioso anulatorio solo se articularía como mecanismo para la obtención de la nulidad del acto administrativo, sin que se requiera de la lesión de un derecho subjetivo, sino solo la manifestación de un interés legítimo⁷⁶.

Sin embargo, la existencia de posiciones legitimantes cada vez más variadas, especialmente las de tipo supraindividual en materia contencioso-administrativa no ha tenido un reconocimiento normativo, lo que se aprecia en materia ambiental y urbanística, materias que tienen un tratamiento procesal diverso, lo que se ha traducido en supuestos de legitimación amplia –por ejemplo, en materia ambiental, al Consejo de Defensa del Estado y a las Municipalidades– en representación de un interés “general”, mecanismos de tutela cautelar innovativa⁷⁷, como también la utilización de la acción de protección como un medio más expedito para obtener una respuesta jurisdiccional.

El surgimiento de nuevas situaciones carterentes de tutela condujo a la distinción entre ilícito –entendido como acto contrario al derecho– y hecho dañoso y nos obliga a la identificación de tutelas jurisdiccionales destinadas a impedir y remover el ilícito, independientemente del daño. Esta clase de mecanismos resultan muy importantes para la protección de derechos colectivos y difusos, como es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que exige que la tutela sea prestada in natura cuando ello sea fácticamente posible⁷⁸.

2. Caracterización de las acciones administrativas de anulación: ¿hay ejercicio de jurisdicción?

El conjunto de acciones a nivel administrativo, sean de anulación o de plena jurisdicción, se presenta de forma asistemática, generada a partir de disposiciones aisladas normalmente dentro de la legislación administrativa sustantiva. En este sentido, a pesar de varios intentos

⁷² Una de las notas distintivas de la denominada “tutela procesal diferenciada” es la protección de derechos de índole no patrimonial. Para una revisión del modelo y sus características identitarias, véase MARTÍNEZ 2024, 43-61, en especial, 44, 48.

⁷³ MARINONI 2008, 23.

⁷⁴ Esto es lo que ocurría en el modelo francés original, en donde cualquier persona, en el solo interés de la ley, puede solicitar la nulidad de un acto administrativo. FERRADA 2020, 7-11.

⁷⁵ Hotelera Somontour S.A. con Alcalde Subrogante Municipalidad de Chillan (2010).

⁷⁶ En este sentido, recordemos que las acciones de carácter anulatorio tienen como finalidad proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades de la administración y un medio de control de la legalidad de la actividad administrativa. PIERRY 2017b, 215.

⁷⁷ Véase AGUIRREZÁBAL 2016.

⁷⁸ MARINONI 2008, 24-25.

por establecer reglas especiales de procedimiento administrativo, ello aún es una tarea pendiente de nuestro sistema político.

Estas acciones son denominadas tanto por el legislador como la práctica judicial como "reclamos de ilegalidad". Esta denominación proviene del hecho que existe una actividad formal proveniente de la administración que es objeto de un medio de impugnación, de un escrito que reclama una respuesta diversa por parte de la jurisdicción estatal.

Esta cuestión ha generado dos problemas: 1) dado que la acción es calificada como reclamo, la vía administrativa previa se entendió como una instancia judicial, lo que en la actualidad ha sido descartado, no sin dificultades⁷⁹; 2) la limitación asociada al calificativo, ya que la actuación como un mero control de legalidad, lo que consecuentemente, permitiría que cualquier ciudadano, por mero capricho legalista, pudiera proponer el inicio de un procedimiento destinado a controlar el sometimiento formal y sustancial al ordenamiento jurídico del acto impugnado, sin que necesite sostener un interés o derecho individual.

Esta segunda cuestión nos parece interesante, toda vez que, si es cierto que el contencioso administrativo a falta de reglas de procedimiento especial se somete a las reglas del proceso civil, este requiere necesariamente de la invocación de un interés individual y personal que constituye la calidad de legitimado activo para obtener una sentencia de fondo, sin que sea suficiente la invocación de un acto ilegal.

Esta cuestión debiera ser la regla general, salvo que exista una norma que contemple una hipótesis distinta, como ocurre, por ejemplo, en materia municipal conforme el art. 151 del LOCM, en que se reconoce una acción popular que puede ejercitar cualquier vecino, conforme el interés general⁸⁰. Así, es posible asumir que el sujeto activo de un contencioso administrativo debiera en la mayor parte de los casos ser un ciudadano frente a la actividad municipal⁸¹.

Otra cuestión interesante de comentar es la aproximación que los jueces, especialmente de tribunales jerárquicamente superiores, tienen frente a esta clase de instrumentos de control, sea como tribunales de instancia o de revisión. Esto requiere una previa explicación, que trataré de hacer breve. En Chile, el cono-

cimiento de las pretensiones de tutela jurisdiccional no siempre ingresa a través de los tribunales de base (prefiero esta expresión frente a la de tribunales inferiores) lo que genera que la competencia funcional no esté distribuida de manera uniforme. En el ámbito contencioso administrativo es ello más problemático, porque dependiendo de las materias, los jueces del Poder Judicial pueden intervenir como tribunales de instancia o como tribunales de casación. El molde procesal que se utiliza para el conocimiento de los asuntos es por excelencia el civil, de modo tal que es posible presumir que la mirada que utiliza un juez de corte para conocer de un reclamo de ilegalidad que de un recurso de casación en la forma no es muy distinta⁸².

Sin embargo, cabe resaltar que ello no es así. Cuando los jueces sea de la jerarquía que sean, conocen de un reclamo de ilegalidad se constituyen como la puerta de acceso a la jurisdicción. Así, la revisión de la decisión administrativa puede o no estar condicionada por la forma en cómo se configuró la discusión previa a través del agotamiento, lo que no es muy distinto de lo que ocurre en el proceso civil a partir del principio dispositivo y de los actos jurídico-materiales que permitirán acreditar los supuestos en que se basan las pretensiones.

Sin embargo, el juez y especialmente el legislador al momento de formular pretensiones, reglas de procedimiento, presupuestos y potestades judiciales, debe tener claro que el rol judicial en este ámbito debiera estar configurado siempre como uno que permita de forma efectiva ejercer jurisdicción, esto es, conocer de los hechos y del derecho.

Desde la perspectiva de la identificación de las pretensiones que se formulan, si consideramos las causales que la doctrina administrativista plantea en las denominadas acciones anulatorias, es posible sostener que la nulidad del acto administrativo constituye la declaración que busca el justiciable, para obtener un beneficio jurídico concreto. En este sentido, todos los reclamos de ilegalidad, generales o especiales tienen un objeto inmediato (la nulidad del acto); y otro mediato (beneficio jurídico obtenido a partir de la declaración de nulidad). Desde lo procesal, esto es el *petitum*.

El beneficio concreto que busca es la tutela de un derecho subjetivo específico o interés, que solo se ve materializado a partir de la declaración de nulidad.

⁷⁹ Una muestra de este fenómeno en BOCKSANG 2017.

⁸⁰ HUNTER 2014, 193.

⁸¹ HUNTER 2014, 195.

⁸² MARÍN 2017.

Nótese que este interés no es de orden procesal, sino de orden material. Por ejemplo, Pierry señala que el interés puede ser calificado, acudiendo a legislación extranjera, a la calificación de personal, directo y legítimo, lo que significa para este autor, que el acto impugnado le afecte de forma particular, circunstancia que puede darse al mismo tiempo respecto de otras personas, transformándose en colectivo⁸³.

Otro aspecto relevante de las categorías procesales sobre objeto del proceso es la de causa de pedir. Las causales de anulación que se invocan en el contencioso-administrativo no son más que razones para justificar la declaración de nulidad. En el derecho procesal, las sentencias que declaran la nulidad son de tipo constitutivo, esto es, producen efectos *ex tunc*, hacia el futuro.

Conclusiones

A partir de este trabajo, es posible concluir que considerando que la definición actual de jurisdicción estatal como una función protectora de derechos de las personas, es necesario avanzar hacia una comprensión del proceso jurisdiccional administrativo como un espacio de formación de los materiales necesarios para juzgar en condiciones de contradicción, bilateralidad y ejercicio del derecho de defensa, con independencia de la clase de acción que se ejercite, sea anulatoria o no.

Para ello, resuelta necesario el establecimiento de una exigencia general de coordinaciones entre la actividad administrativa previa y la jurisdiccional, bajo el presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa en sentido fuerte.

Mientras ello no ocurra, resulta necesario considerar la aplicación de este presupuesto considerando las especialidades del caso concreto, en particular, las condiciones de fijación de los elementos de carácter fáctico y probatorio en sede administrativa.

El agotamiento en sentido débil exige que los jueces evalúen de qué manera la administración ha fijado la cuestión de hecho, ya que estos no pueden abstraerse de la función estatal que cumplen, la que determina necesariamente el juzgamiento con conocimiento de causa, incluso en el ámbito del contencioso-anulatorio.

El proceso administrativo se debe considerar como un espacio que permita conseguir dos objetivos, que el juez controle la decisión administrativa; pero, todavía más, dicte la sentencia que permita de forma concreta proteger la posición legitimante que el actor sostenga, lo que en la actualidad está limitado considerando las formas procesales que se aplican a esta clase de procesos judiciales.

Bibliografía citada

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2016). Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad ambiental. *Revista de Derecho Coquimbo*. en línea, 23 (1), 23-49. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1795>
- _____ (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho* 33 (1), pp. 69-91.
- ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y General*. Editorial Jurídica de Chile, T. I.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2021). "La legitimación activa en procesos correctivos y sancionatorios de libre competencia", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (56) pp. 53-81. <https://doi.org/10.4151/S0718-685120210056-1324>
- _____ (2018). La Contraloría General de la República como parte en juicio: Capacidad, legitimación y representación. *Ius et Praxis*, 24 (1), 593-622.
- ARMENTA DEU, Teresa (2021). *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de las controversias en tiempos de cambio*. Marcial Pons.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1952). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2017). Siete distorsiones categoriales en el régimen recursivo del derecho administrativo chileno". En Palomo D. (dir.). *Recursos procesales. Problemas actuales*, 537-563.
- _____ (2015) El nacimiento del Derecho administrativo patrio en Chile (1810-1860). Thomson Reuters.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2018). Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 51 (2), 69-94. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1200>
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván (2017). *Contencioso-administrativo ambiental*. Librotecnia.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1983) Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal. *Revista Chilena de Historia del Derecho* (9), 191-210. <https://doi.org/10.5354/rchd.v0i9.25692>.
- CALAMANDREI, Piero (1996). *Instituciones de Derecho procesal civil*. El Foro.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo y URBINA, Francisco (2017). "Estado de derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 24 (1), 105-132. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-97532017000100105>.

⁸³ PIERRY 2017b, 216-217.

- CHIOVENDA, Giuseppe (1940) *Instituciones de Derecho procesal civil*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- CORDERO VEGA, Luis (2020) *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. DER Ediciones.
- _____ (2007) *El control de la administración del Estado*. Lexis Nexis.
- CORDÓN MORENO, Faustino (1997). De nuevo sobre la legitimación. *Revista de Derecho procesal* (1), 45-84.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2020). Justicia Administrativa. DER Ediciones.
- _____ (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la PUCV* 36 (1), 251-277.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1986). La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (10), pp. 345-353.
- FLORES, Juan Carlos y ROMERO, Alejandro (2024). El arbitraje en las empresas del Estado, *Revista de Derecho Administrativo* 39 (enero-junio) pp. 7-22. <https://doi.org/10.7764/redae.39.2>
- GABLER ATUCHA, Josefina (2024). *La desviación procesal en el proceso administrativo ambiental: un análisis bajo la exigencia constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Hammurabi.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (1986). Problemática de la división de poderes. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (53), 175-190.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2023) *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente. Recurso de protección, recursos administrativos y tribunales ambientales*. DER Ediciones.
- _____ (2021). *Tutela cautelar en el contencioso ambiental*. DER Ediciones.
- _____ (2015). La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la ley de tribunales ambientales. *Revista Chilena de Derecho* 42 (2), 649-669.
- _____ (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27 (2), 191-215.
- JARA SCHNETTLER, Jaime (2008). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Público*, 287-311.
- LARA ARROYO, José Luis (2019). *El procedimiento administrativo en Chile y su efectividad en el resguardo de los derechos de las personas*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2019). El control judicial de la fuerza probatoria del expediente administrativo en M. SANTIBÁÑEZ (dir.) y X. MARCAZZOLO (coord.). *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters.
- LIRA, José Bernardo (1867). *Prontuario de los juicios*. Imprenta Nacional, T. I.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín (2020). La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana, *Estudios Constitucionales* 18 (1), pp. 91-142.
- MARÍN, Juan Carlos (2017). El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno, ¿por qué constituye una instancia más? en A. SCHOPF y J. MARÍN (ed.) *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Thomson Reuters.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2008). *La tutela específica de los derechos*. Palestra, Biblioteca de Derecho Procesal.
- _____ (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Palestra, Biblioteca de Derecho Procesal.
- MARINONI, Luiz; PÉREZ, Álvaro y NÚÑEZ, Raúl (2010) *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Abeledo Perrot Legal Publishing.
- MARTÍN DÍZ, Fernando (2014) Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 23 (1° semestre) pp. 161-176.
- MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo (2024) *El juicio de tutela laboral como proceso diferenciado. Análisis teórico y casuístico*, Santiago, DER Ediciones.
- MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2017). *Tribunales ambientales y contencioso-administrativo*. Editorial Jurídica de Chile.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás (2019). Valor probatorio de la investigación administrativa de la FNE ante el TDLC, ¿un problema? en M. SANTIBÁÑEZ (dir.) X. MARCAZZOLO (coord.) *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters.
- PALOMO, Diego y VALENZUELA, Williams (2012). Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley N° 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional, *Ius et Praxis* 18 (2) pp. 387-426.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2013). La experiencia chilena en materia de justicia administrativa en J. FERNÁNDEZ y F. OTERO (coord.) *Justicia contencioso-administrativa. Congreso Internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre (2015). *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo. Legitimación y limitaciones económicas*. Thomson Reuters Aranzadi
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. 42 (1), 523-551.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2011). *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017a). *Derecho administrativo. Obra reunida*. Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV.
- _____ (2017b). El recurso de nulidad (1976) en *Derecho administrativo. Obra reunida*. Ediciones Universitarias de Valparaíso
- _____ (2017c). Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso-administrativo (1980) en *Derecho administrativo. Obra reunida*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- _____ (1981). Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia

- del poder judicial hasta la dictación de la ley. *Revista de Derecho Público* (29/30), 209-225. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i29/30.43944>
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía (2022). Función jurisdiccional y fines del proceso judicial en F. CARBONELL Y M. ZAPATA (dir.) *Judicatura y nueva Constitución*. Tirant lo Blanch.
- _____ (2019). Consideraciones constitucionales en la formación del expediente administrativo y su uso como fuente de prueba en el contenido administrativo en M. SANTIBÁNEZ (dir.) y X. MARCAZZOLO (cood.) *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014). Proceso civil y prejudicialidad administrativa. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 21 (2), 377-400.
- SILVA CIMMA, Enrique (1994). *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009). *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Legal Publishing Abeledo Perrot.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- _____ (2017). Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo en A. SCHOPF Y J. MARIN (ed.) *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Thomson Reuters.
- VÁQUER CABALLERÍA, Marcos (2020). ¿Para qué sirve el procedimiento administrativo? en L. PAREJO Y M. VÁQUER (dir.) *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*. Tirant lo Blanch.
- VARGAS PAVEZ, Macarena y FUENTES MAUREIRA, Claudio (2018). *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones*. DER Ediciones.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016a). Antecedentes, informes y documentos como prueba suficiente de los hechos ante un tribunal experto. El caso del Panel de Expertos, tribunal especial del sector eléctrico" en J. ARANCIBIA Y A. ROMERO (cood.) *La prueba en la litigación pública*. Librotecnia.
- _____ (2016b). Tribunal de la Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 46 (1). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1090>.
- _____ (2005). Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos en VV.AA., *Acto y procedimiento administrativo, Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- VON BÜLLOW, Oskar (1964). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. EJE.
- Ley N° 19.966 de 2004. Establece un Régimen de Garantías de Salud. 3 de septiembre de 2004. D.O. 37.953.
- Ley N° 19.968 de 2004. Crea los Tribunales de Familia. 25 de agosto de 2004. D.O. 37.949.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 18 de junio de 2012. D.O. 40.299.
- Ley N° 21.180 de 2019. Transformación Digital del Estado. 25 de octubre de 2019. D.O. 42.499.

Jurisprudencia citada

- National Oilwell Varco de Chile Limitada con Díaz (2024): Corte Suprema, 24 de mayo de 2024 (Rol N° 13.488-2024). Cuarta Sala. (Recurso de queja laboral).
- Hotelera Somontour S.A con Alcalde Subrogante Municipalidad de Chillan (2010): Corte Suprema, 19 de mayo de 2010 (Rol N° 4384-2008). Tercera Sala. (Casación Forma y Fondo)
- Nacif Jauregui Alberto con Ilustre Municipalidad de Peñalolen (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de abril de 2024 (Rol N° 430-2020). Sexta Sala. (Reclamo de ilegalidad municipal).
- Parques Hernán Johnson Limitada con Ilustre Municipalidad de Chillan (2023): Corte de Apelaciones de Chillán, 02 de febrero de 2024 (Rol N° 14-2023). Primera Sala. (Reclamo de ilegalidad municipal).
- Inversiones SAI SPA con Ilustre Municipalidad de Iquique (2021): Corte de Apelaciones de Iquique, 17 de noviembre de 2023 (Rol N° 9-2021). Primera Sala. (Reclamo de ilegalidad municipal).
- Transportes Rioja Limitada con Municipalidad de Quinta normal (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de abril de 2023. (Rol N° 335-2022). Cuarta Sala. (Reclamo de ilegalidad municipal).
- Eduardo Contreras Pérez con Directora Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (2023): Tercer Tribunal Ambiental, 11 de diciembre de 2023. (Rol N° 64-2022). Acción de reclamación ambiental.
- Comunidad Coyán Mapu con Comisión de Evaluación Ambiental Región del Bio-bio (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 14 de mayo de 2015. (Rol N°5-2014). Acción de reclamación ambiental.
- Ilustre Municipalidad de San Fabián de Alico con Dirección regional del Bio-bio (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 06 de enero de 2015. (Rol N°3-2014). Acción de reclamación ambiental.
- San Martín Logística S.A. con I. Municipalidad de Pudahuel (2024): Corte Suprema, 11 de marzo de 2024. (Rol N° 230.501-2023). Tercera Sala. (Casación Fondo).
- Corporación educacional Ceres con Superintendencia de Educación (2024): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de enero de 2024. (Rol N° 54-2023). Quinta Sala. (Reclamo de ilegalidad educacional).

Normativa citada

- Código de Procedimiento Civil (CPC). Ley N° 1552 de 1902. 28 de agosto de 1902. (Chile)
- Ley N° 18.695 de 2006. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. 38.458.
- Ley N° 19.880 de 2003. Ley de Bases Generales de Procedimiento Administrativo. 22 de mayo de 2003. D.O. 38.475.

Delimitación de la prohibición de *reformatio in peius* en el ordenamiento jurídico peruano: propuesta para una aplicación coherente

Delimitation of the prohibition of *reformatio in peius* in the Peruvian legal system: proposal for a coherent application

Nicole Borrovic Ramírez*

La aplicación de la prohibición de *reformatio in peius* en sede administrativa constituye una cuestión confusa en el Perú. Este principio, destinado a limitar la actuación de la Administración Pública, evitando que empeore la situación del apelante al resolver un recurso administrativo, enfrenta serias dificultades para cumplir su objetivo cuando la autoridad administrativa decide declarar la nulidad de una sanción y remitirla a la autoridad que la emitió. La diversa casuística administrativa peruana, demuestra que, frente a esta circunstancia, algunas autoridades administrativas cuyo acto fue anulado, en algunos casos y si así determinan que corresponde, imponen una sanción más grave o se abstienen de hacerlo, según cómo comprendan a la prohibición de *reformatio in peius*.

Por tanto, con el propósito de establecer claridad sobre el particular, el presente artículo examina el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo peruano, así como las implicaciones de la declaración de nulidad de una sanción por la comisión de una conducta infractora, y en términos de la emisión de una nueva sanción, especialmente si esta es mayor. Además, se analizan los elementos y fundamentos considerados para la declaración de nulidad de una conducta infractora ante un vicio de motivación subsanable.

Palabras clave: *non reformatio in peius*, recursos administrativos, nulidad, confianza legítima.

Introducción

En la Resolución N° 551-2023-OEFA/TFA-SE (en adelante, Resolución N° 551-2023), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) resolvió el recurso de apelación presentado por Petrotal Perú S.R.L.

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Correo electrónico: nicole.borrovic@puccp.edu.pe. Dirección postal: Av. Abancay con Av. Nicolas de Pirola s/n, Corte Superior de Justicia de Lima, piso 15, Lima, Lima. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7828-6430>.

Artículo recibido el 29 de agosto de 2024 y aceptado el 27 de noviembre de 2024.

The application of the prohibition of *reformatio in peius* in administrative proceedings is a confusing issue in Peru. This principle, intended to limit the actions of the Public Administration, preventing it from worsening the situation of the appellant when resolving an administrative appeal, faces serious difficulties in fulfilling its objective when the administrative authority decides to declare the nullity of a sanction and remit it to the authority that issued it. The diverse Peruvian administrative casuistry shows that, faced with this circumstance, some administrative authorities whose act was annulled, in some cases and if they determine that it corresponds, impose a more serious sanction or refrain from doing so, depending on how they understand the prohibition of *reformatio in peius*.

Therefore, with the purpose of establishing clarity on the matter, this article examines the basis of the principle of prohibition of *reformatio in peius* in Peruvian administrative law, as well as the implications of the declaration of nullity of a sanction for the commission of an infringing conduct, and in terms of the issuance of a new sanction, especially if it is higher. In addition, the elements and grounds considered for the declaration of nullity of an infringing conduct in the event of a correctable defect of motivation are analyzed.

Keywords: *non reformatio in peius*, administrative appeals, nullity, legitimate expectations.

(en adelante, Petrotal), declarando infundada la apelación y agotada la vía administrativa. Además, aprueba como precedente vinculante la aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius* en sede administrativa, concluyendo que no se produce contravención a dicho principio cuando se declara la nulidad de una resolución que previamente impuso una sanción. Así, según el razonamiento del OEFA, la nulidad produce la cesación de los efectos de la resolución sancionadora, considerándose inexistente incluso con efecto retroactivo.

A partir de ello, es relevante destacar que, en el contexto jurídico peruano actual,

existe una carencia de claridad y desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal respecto al principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo, lo cual refleja la complejidad del principio ante la declaración de nulidad. Así, mientras que en la Resolución N° 551-2023 se concluye que no se vulneraría el principio de prohibición de reforma en peor ante la declaración de nulidad a partir de la interposición de un recurso administrativo; en contraposición, mediante la Resolución N° 0575-2014/SDC-INDECOPI, emitida el 23 de junio de 2014, establece en el considerando 16 que:

“Reformar en peor la sanción impuesta en una primera oportunidad a un administrado apelante, a través de la figura de la nulidad, constituye un supuesto prohibido tanto por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como por la Ley del Procedimiento Administrativo General, pues a través de aquella la administración tendría la potestad de perjudicar al administrado que apeló la resolución desfavorable a sus intereses¹”.

Es decir, a criterio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección (en adelante, Indecopi), el principio de prohibición de reforma en peor también se aplica si se declara la nulidad de la sanción impugnada. g

Esto demuestra la controversia respecto a la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo peruano ocasionadas por su falta de desarrollo. En ese sentido, un primer paso crucial es determinar su fundamento dado que este principio involucra diversos supuestos que involucran otras instituciones jurídicas, como, por ejemplo, su relación con las declaraciones de nulidad. Ello resalta la necesidad de una investigación profunda y rigurosa que contribuya a llenar esos vacíos.

Esta situación ha generado diversos fundamentos vinculados al principio de prohibición de reforma en peor, puesto que el legislador, doctrina, y jurisprudencia no han sido totalmente claros al delimitar los límites del principio en cuestión. Así, hasta el momento, no existe consenso y es posible que ante un mismo supuesto de hecho (nulidad) se llegue a consecuencias jurídicas distintas tras la aplicación (o no) del principio, lo cual es contrario a la seguridad jurídica.

En ese sentido, este artículo parte de la importancia de identificar el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor en el ámbito administrativo, y para ello, la identificación y comprensión de sus antecedentes se presenta como un paso esencial para brindar el fundamento del principio en el derecho administrativo.

Sumado a lo anterior, el presente artículo busca contribuir a la construcción de un marco conceptual más robusto y claro en el derecho administrativo peruano respecto del principio de prohibición de reforma en peor. Con este fin, se evaluará si cuando se declara la nulidad de una sanción por una conducta infractora, seguida de la imposición de una sanción pecuniaria más severa que la original, se contraviene o no el referido principio en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

I. Principio de prohibición de reforma en peor

El principio de prohibición de la reforma peyorativa, también conocido como *reformatio in peius*, *reformatio in pejus*, reforma en peor, o reforma en perjuicio, se refiere a la situación en la que la condición jurídica de un recurrente empeora como resultado exclusivo de su propio recurso. Para Morón, esto ocurre en dos escenarios: i) Cuando la autoridad de segunda instancia aumenta el monto económico del acto que perjudica al administrado y que fue impugnado; y, ii) Cuando la autoridad mantiene o incluso reduce el impacto económico del acto, empero le atribuye al recurrente hechos más graves o diferentes, sin aplicar un acto de gravamen bajo el argumento de prescripción². De este modo, el principio de prohibición de reforma en peor limita la capacidad resolutoria de la Administración Pública (en adelante, AP) que conoce el recurso, impidiéndole modificar la decisión impugnada en detrimento de la situación previamente reconocida al recurrente³.

No obstante, el principio de prohibición de reforma en peor es un concepto complejo y debatido en el ordenamiento jurídico, generando un enfrentamiento doctrinal persistente, sin una resolución clara, lo que dificulta su análisis. Por lo tanto, en lugar de abordar el contenido específico de la polémica, es más

¹ Resolución N° 0575-2014/SDC-INDECOPI, de 2014.

² MORÓN 2019, 88-89.

³ RIVAS 1991, 9.

útil explorar los principios subyacentes que guían la discusión⁴.

Es fundamental determinar, primero, el sustento jurídico del principio de prohibición de reforma en peor. Al respecto, en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) proporciona dos referencias pertinentes: en el artículo 198, inciso 2, y en el artículo 258, inciso 3.

Estas disposiciones proporcionan una base para el principio, asegurando que, al recurrir una sanción, la situación del administrado no empeore. Sin embargo, no basta con establecer el fundamento del principio, sino también considerar su relación con la figura de nulidad. En ese sentido, según el Informe Técnico N° 411-2017-SERVIR/GPGSC, del 10 de mayo de 2017, SERVIR señala que lo establecido en el artículo 258, inciso 3 del TUO de la LPAG se aplica incluso en situaciones donde, como resultado de la nulidad de una sanción debido a un recurso de apelación, se emita un nuevo acto que no puede imponer una sanción más severa que la originalmente impugnada⁵.

1. ¿Cuál es el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor?

Para abordar este punto de manera ordenada es necesario dividir el presente análisis en los siguientes puntos: a) Antecedentes del principio de prohibición de reforma en peor y su aplicación en otras áreas del derecho, b) La introducción del principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo peruano, y c) La posición doctrinal respecto al principio de prohibición de reforma en peor.

a. *Antecedentes del principio de prohibición de reforma en peor y su aplicación en otras áreas del derecho*

Según García de Enterría, los principios reflejan los valores esenciales de un sistema legal, es decir, los pilares ético-jurídicos sobre los cuales se fundamenta, y representan las convicciones fundamentales de la comunidad en cuestión⁶. En ese sentido, vale delimitar cuál es el pilar jurídico-administrativo que refleja el principio de prohibición de reforma en peor.

Así, el principio de prohibición de reforma en peor es un principio general del

derecho peruano que, pese a que no está explícitamente desarrollado en la Constitución Política del Perú, su carácter implícito justifica su reconocimiento constitucional⁷. Asimismo, este principio no solo se encuentra en el ámbito constitucional, sino también procesal, penal y administrativo.

En relación con su regulación, el derecho penal peruano incluye el principio de prohibición de reforma en peor en el artículo 426, inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal⁸, que establece: “[s]i el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.”

De manera similar, en el ámbito procesal, el primer párrafo del artículo 370⁹ del Código Procesal Civil¹⁰ consagra este principio al señalar que: “[e]l juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o sea un menor de edad. (...)”, esto se aplica cuando se resuelve en segunda instancia de manera adversa a los intereses de la parte apelante.

Ahora bien, la jurisprudencia no ha sido ajena a esto, pues en el ámbito penal, la Casación N° 2090-2021/CAJAMARCA establece que la interdicción de reforma en peor se activa cuando el procesado es el único que impugna una sentencia desfavorable, ya sea por la condena, pena o reparación civil impuestas¹¹. Desde ese momento, las consecuencias del recurso, cuando es interpuesto solo por el encausado o en su favor, no pueden agravar su situación jurídica, pues de no haber recurrido, la sentencia desfavorable habría quedado consentida. Además, si el representante del Ministerio Público (en adelante, MP) ha consentido la sentencia, su potestad de solicitar una mayor sanción cesa y no puede ser reactivada por el órgano jurisdiccional.

Asimismo, en la Casación N° 100-2020/AREQUIPA, establece los alcances del principio de prohibición de reforma en peor: i) La primera instancia es la base para aplicar este principio; si solo el imputado o el MP en favor del reo apelan, la situación del imputado no

⁴ SANTAMARÍA 1973, 136-137.

⁵ Informe Técnico N° 411-2017-SERVIR/GPGSC, de 2017.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2004, 85.

⁷ RUBIO 2021, 47.

⁸ Decreto Legislativo N° 957, de 2004.

⁹ Modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29834, publicada el 2 de febrero de 2012, y posteriormente por el Artículo 1 de la Ley N° 31591, publicada el 26 de octubre de 2022.

¹⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 1993.

¹¹ Julón Vásquez con Ministerio Público (2023).

puede empeorar en el nuevo juicio; ii) Una decisión contraria a este principio vulnera la tutela jurisdiccional; iii) Este principio se aplica solo en recursos a favor del reo, no en casos con recursos acusatorios o cruzados; iv) El artículo 426, numeral 2 del Constitución Política del Perú, debe interpretarse en el contexto de toda la actividad impugnatoria que llevó a la segunda instancia penal¹².

En el ámbito procesal, observamos que en el segundo fundamento de la Casación N° 3685-2017-CALLAO, también aborda este principio, señalando que la competencia del juez superior se determina por dos criterios: i) limitarse a pronunciarse solo sobre los puntos impugnados en el recurso de apelación y, ii) decidir sin causar perjuicio al apelante (principio de prohibición de reforma en peor). De ese modo, el primero implica la aceptación de la cosa juzgada parcial en los aspectos no impugnados, mientras que del segundo se desprende que, si solo una parte apela, no se puede fallar en su contra, a menos que la otra parte también haya apelado o adherido¹³.

A su vez, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en el Expediente N° 1918-2002-HC/TC, define al principio de prohibición de reforma en peor como:

“Una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la *reformatio in peius* también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios¹⁴”.

Se desprende entonces que, el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor es el debido proceso, pero principalmente del derecho de defensa y la garantía de doble instancia; este principio previene la imposición de sanciones basadas en razones que no fueron objeto de acusación, asegurando así que el imputado no enfrente un empeoramiento de su situación jurídica al apelar una decisión desfavorable. Así, al evitar que una

apelación conduzca a una sanción más severa, se fomenta el uso de los recursos impugnatorios en sede judicial, ya que los imputados pueden recurrir decisiones injustas sin temor a consecuencias adversas mayores.

En ese sentido, a efectos prácticos, el principio de prohibición de reforma en peor se refiere a la limitación del órgano de apelación para modificar la resolución impugnada en detrimento del apelante; según Alberto Hinostroza Minguez, este principio se fundamenta en la diferencia de objetos entre la primera y la segunda instancia, donde la primera instancia aborda la demanda y su contestación, mientras que la segunda se enfoca exclusivamente en el contenido de la impugnación; por lo tanto, no es posible reformar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, quien ha determinado los alcances de la impugnación a través del recurso de apelación, siempre y cuando este haya sido el único recurso utilizado¹⁵.

En consecuencia, el principio de prohibición de reforma en peor, desde una perspectiva procesal, impide que el Tribunal *ad quem* emita, sin apelación de parte o de oficio, una resolución que agrave la situación del recurrente más allá de lo establecido en la apelación original, lo cual representa una garantía del debido proceso. Este análisis del principio para el derecho penal y civil sienta las bases para comprender su aplicación en el derecho administrativo peruano. Así, la jurisprudencia ha definido que, en dichas ramas, el fundamento del principio radica en proteger el debido proceso, la doble instancia y tutela judicial efectiva, en tanto que el Tribunal *ad quem* no puede modificar una decisión en detrimento del apelante, siempre que la otra parte no haya apelado.

Finalmente, con los antecedentes descritos, es crucial evaluar si este sustento es aplicable, también, para el principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo.

b. *Evaluar, de forma específica, la introducción del principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo peruano*

Una vez establecidos los antecedentes del principio de prohibición de reforma en peor en el Perú, procederemos a evaluar la introducción de este principio en el derecho administrativo, para lo cual, partimos como re-

¹² Daniel Martín Colana Luna con Ministerio Público (2021).

¹³ Compañía y Promotora Provelanz E.I.R.L. con Jesús Alberto Rivera Valer (2018).

¹⁴ Grimanesa Espinoza Soria con Sala Mixta Descentralizada de La Merced-Chanchamayo (2004).

¹⁵ HINOSTROZA 2002.

ferencia al TUO de la LPAG, que regula dicho principio en dos artículos. En primer lugar, el artículo 198, inciso 2, establece que:

En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede¹⁶.

En segundo lugar, el artículo 258, inciso 3, señala que “cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado”¹⁷.

Esta regulación significa que los recursos interpuestos por infracciones no deben resultar en sanciones más graves, es decir, buscan garantizar un equilibrio entre la facultad de la administración para revisar los actos administrativos y la protección de los derechos de los administrados. Del mismo modo, tal cual se ha expuesto en el apartado anterior, en el derecho penal y civil, el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor reside en el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Sin embargo, surge la interrogante sobre si este mismo fundamento es el mismo para el derecho administrativo. Para ello, se tendrá en cuenta que, el ordenamiento jurídico administrativo posee particularidades distintas al derecho penal y procesal.

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal, como el de pluralidad de instancias. De hecho, como se ha citado previamente, en el ámbito procesal, el principio de prohibición de reforma en peor se vincula con el debido proceso a partir de la importancia de garantizar la doble instancia a través del uso de los recursos impugnativos; no obstante, en el derecho administrativo la situación es distinta. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha determinado que la pluralidad de instancias no es un derecho integrante del debido procedimiento administrativo, conforme se advierte del Expediente N° 010-2001-AI/TC, en el tercer fundamento, que señala:

[...] el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al debido procedimiento –pues no toda reso-

lución es susceptible de ser impugnada en dicha sede–; pero si lo es del derecho al debido proceso judicial, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede esta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior¹⁸.

Asimismo, Huapaya ha señalado que, en el contexto del debido procedimiento administrativo, que es un derecho de carácter legal, no es apropiado mencionar la existencia de múltiples instancias, ya que está claro que la Administración tiene la autoridad para determinar cómo se llevan a cabo los procedimientos bajo su responsabilidad. Estos procedimientos pueden ser de una sola instancia o de doble instancia, en función de la estructura “interna de la entidad administrativa o de la naturaleza del procedimiento respectivo”¹⁹.

Con ello, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido a la pluralidad de instancias como parte del contenido esencial del debido proceso en el ámbito judicial²⁰, no lo es en el ámbito administrativo. Esta premisa se fundamenta en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que garantizan el derecho de impugnar las decisiones administrativas ante el Poder Judicial, pero no establecen la pluralidad de instancias como un derecho específico en el ámbito administrativo. El procedimiento administrativo sancionador, no es la excepción y, por tanto, nos insta a adoptar una perspectiva diferente en este contexto con la finalidad de identificar cuál es el fundamento de este principio en sede administrativa.

c. *Analizar la posición doctrinal respecto al principio de prohibición de reforma en peor*

Al igual que en su aplicación práctica, la doctrina no presenta uniformidad sobre la aplicación

¹⁸ Defensor del Pueblo, doctor Walter Albán Peralta (2003).

¹⁹ HUAPAYA 2015, 157.

²⁰ Aunque no siempre es obligatorio tener múltiples instancias en los procedimientos administrativos, los ciudadanos sí tienen el derecho de una defensa adecuada y sin restricciones, asegurando así un proceso judicial con todas las garantías del debido proceso administrativo. *Grimanesa Espinoza Soria con Sala Mixta Descentralizada de La Merced-Chanchamayo* (2004).

¹⁶ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de 2019.

¹⁷ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de 2019.

del principio de prohibición de reforma en peor, e incluso se cuestiona su existencia misma.

Sin perjuicio de lo anterior, por un lado, la doctrina española ha tratado de establecer el fundamento o los fundamentos que se encuentran en el principio de prohibición de reforma en peor. En primer lugar, Iñigo Sanz sostiene que este principio se basa en la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica²¹. En segundo lugar, Armentia Basterra considera que el principio de prohibición de reforma en peor se relaciona con los principios fundamentales de seguridad jurídica y legalidad, así como con el principio de congruencia²², que establece que la resolución del recurso debe adecuarse a la petición del recurrente. En tercer lugar, Gallardo Castillo, argumenta que el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor se encuentra en los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, y específicamente en la doctrina del respeto a los propios actos, según la cual la AP no puede desconocer la existencia de un acto previamente recurrido que perjudique los derechos subjetivos previamente reconocidos²³.

Por otro lado, de acuerdo a Sanz, el Tribunal Supremo ha destacado el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor, vinculándolo con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que considera esta prohibición una garantía esencial del régimen de recursos, basada en el principio dispositivo y la interdicción de la indefensión y reconoce su importancia en los recursos administrativos debido a su analogía con el proceso judicial²⁴.

Ahora bien, conforme se ha descrito, la doctrina señala una estrecha relación entre el principio de prohibición de reforma en peor y el principio de seguridad jurídica²⁵, según Gallardo e Iñigo Sanz, dado que este principio impide que la Administración cambie, de manera sorpresiva, su criterio y empeore la situación del solicitante durante un procedimiento a instancia de parte²⁶.

²¹ SANZ 2013, 246-252.

²² ARMENTIA 2019, 2-3.

²³ GALLARDO CASTILLO 2010, 464.

²⁴ SANZ 2013, 246.

²⁵ La seguridad jurídica, impide que la Administración Pública, al iniciar un procedimiento a solicitud de una parte, pueda frustrar las posibles expectativas del solicitante. SANZ, 2013, 252.

²⁶ Además de que, se encuentra reconocido constitucionalmente, debe prevalecer incluso sobre el principio de legalidad, garantizando la previsibilidad de la actuación

A partir de lo expuesto, será necesario extrapolar la posición doctrinal sobre los fundamentos del principio de prohibición de reforma en peor en España al contexto peruano. En ese sentido, recapitulando, los fundamentos recurrentes en la doctrina son el principio de seguridad jurídica, congruencia, confianza legítima y legalidad; razón por la cual, se describirán los fundamentos pertinentes para el contexto peruano, los cuales nos ayudarán a formar una postura respecto al fundamento en cuestión.

En primer lugar, el principio de congruencia tiene un papel crucial en la protección del derecho a la defensa, asegurando que el administrado sea juzgado únicamente por los hechos que se le imputan y no por otros, lo cual evita sorpresas procesales y garantiza un proceso justo.

Sin embargo, la diferencia en la aplicación de este principio en el ámbito civil y administrativo es notable, dado que, en el ámbito civil, la estricta observancia del principio de congruencia garantiza que las decisiones judiciales reflejen fielmente las demandas de las partes. En contraste, en el ámbito administrativo, aunque también se busca la correspondencia entre los hechos imputados y la resolución, el enfoque es más flexible, lo cual se debe a que, además de la legalidad, la administración debe velar por el interés público, lo que puede justificar ciertas desviaciones en la valoración jurídica de los hechos.

Por lo tanto, el principio de congruencia en el ámbito administrativo no puede ser aplicado como fundamento del principio de prohibición de reforma en peor, dado que en el ámbito civil prohíbe que una resolución desfavorable empeore en la segunda instancia, no se ajusta al contexto administrativo, donde el interés público y la legalidad tienen un peso preponderante en las decisiones.

En segundo lugar, el principio de seguridad jurídica²⁷, siendo un pilar fundamental en

de los poderes públicos y evitando decisiones que puedan afectar negativamente las expectativas legítimas de los ciudadanos.

²⁷ "El principio de confianza legítima, además de tener una indudable vinculación constitucional (con el principio de seguridad jurídica) ha sido reconocido como Principio General del Derecho deducible del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por el propio Tribunal de Luxemburgo. Esta calificación le otorga una especial posición, por cuanto debe ser tenido en cuenta en la aplicación estatal del Derecho comunitario, de acuerdo con los principios de efecto directo y primacía, característicos del Derecho comunitario en sus relaciones con los derechos internos". SANZ RUBIALES, Iñigo, "Confianza legítima y po-

cualquier sistema legal, considero que es el fundamento más cercano al funcionamiento del principio de prohibición de reforma en peor. Sin embargo, es muy amplio, ya que tiene dos vertientes: en cuanto a la vertiente objetiva, la seguridad jurídica impone al Estado el deber de actuar de manera coherente y previsible, mientras que, en su vertiente subjetiva garantiza a los ciudadanos una expectativa de previsibilidad en cuanto al contenido y las consecuencias de sus actuaciones²⁸.

La seguridad jurídica, especialmente en su faceta subjetiva, asegura la confianza depositada en el actuar estatal y cómo esta confianza es crucial para la estabilidad de los actos administrativos²⁹. Entonces, para establecer el fundamento del principio de prohibición de reforma en peor, será necesario enfocarnos en su faceta subjetiva, dado que la protección de la confianza no solo es un principio más del Estado de Derecho, sino una necesidad imperante para garantizar la eficacia y legitimidad de la actuación administrativa en un Estado democrático.

Por lo tanto, podemos concluir que la seguridad jurídica se manifiesta: i) en la acción del Estado mediante las leyes, y ii) en la confianza de las personas en la previsibilidad y los efectos de dichas acciones en sus vidas. En este contexto, considero que la confianza legítima podría ser un componente fundamental para el principio de prohibición de reforma en peor, estrechamente vinculado con la seguridad jurídica.

A partir de lo señalado, es innegable que el principio de prohibición de reforma en peor se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico administrativo peruano. La cuestión que se ha buscado con este artículo es de-

terminar el fundamento para el principio de prohibición de reforma en peor en el derecho administrativo peruano, con el propósito de establecer una regla jurídica para su aplicación uniforme. Este fundamento se basa en primer lugar, en el principio de predictibilidad o de confianza legítima, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en el inciso 1.15. Con referencia a esto, Rebollo Puig señala que:

El principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se base en signos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar³⁰.

Así, el principio de confianza busca equilibrar las relaciones entre la AP y los administrados, garantizando la estabilidad de las situaciones jurídicas. La aplicación del principio representa un límite a los efectos del ejercicio de las facultades de revisión de los actos administrativos, no impidiendo la revisión en sí misma, pero sí modulando sus posibles consecuencias, en este caso, la declaración de nulidad, para evitar perjuicios a los administrados.

El principio de prohibición de reforma en peor se aplica cuando la situación del administrado empeora como resultado de haber presentado un recurso administrativo. Así, contrariamente a lo expuesto por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 551-2023³¹, la declaración de nulidad, en

der legislativo”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Piura, N° 2, 2001, p. 99.

²⁸ En el contexto peruano, el principio de confianza ha sido mencionado de manera sucinta por Morón Urbina, Juan Carlos en su obra Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Tomo I y II, Gaceta Jurídica, 2019). Por su parte, VIGNOLO CUEVA, Orlando lo ha desarrollado como fundamento de la responsabilidad del Estado-Legislador en su artículo “La Responsabilidad del Estado Legislador”, publicado en la Revista Jurídica del Perú, Normas Legales, N° 66, 2006, pp. 299-310.

²⁹ Perez Luño identifica dos interpretaciones del principio de seguridad jurídica: en primer lugar, la seguridad jurídica en un sentido estricto, que se relaciona con la “regularidad estructural y funcional del sistema legal mediante sus normas e instituciones”; y en segundo lugar, la seguridad jurídica en un sentido subjetivo, que implica la “certeza del derecho”, es decir, la confianza en la previsibilidad y las consecuencias de las acciones del Estado en la vida de las personas. PEREZ LUÑO 1994, 29-30.

³⁰ REBOLLO PUIG 2010, 346.

³¹ Al respecto, Baca señala que en el ordenamiento administrativo peruano, específicamente en el TUO de la LPAG, se reconoce la anulabilidad más que la nulidad de pleno derecho. En este contexto, la nulidad permite su anulación mediante recursos administrativos o de oficio en plazos más amplios, mientras que la anulabilidad está sujeta a plazos más cortos para garantizar la seguridad jurídica. Entonces, la nulidad de pleno derecho recogida el ordenamiento peruano se asemeja más a la anulabilidad, ya que: i) Los particulares solo pueden alegarla dentro de plazos muy limitados; ii) La Administración puede revisarla de oficio dentro de un año si se agravia el interés público; y, iii) Pasado este tiempo, solo puede demandar la nulidad

el marco de un recurso, no sería un límite a su aplicación y mucho menos equivale a la inexistencia del acto que impuso la sanción. El principio de confianza legítima sirve como fundamento del principio de prohibición de reforma en peor, dado que este principio, en algunos supuestos, puede asegurar la preservación de los efectos de situaciones jurídicas nacidas de actos administrativos viciados, en virtud de la necesidad de proteger a los particulares que, al amparo del ordenamiento jurídico, ejercieron su derecho a contradecir los actos administrativos que lesionan o agravan sus derechos o intereses. En ese sentido, el principio de confianza legítima actúa como un límite al ejercicio de la potestad revisora del órgano revisor, de manera que los administrados no terminen viendo agravada su situación inicial tras iniciar el procedimiento recursivo.

En consecuencia, respecto de la facultad que tienen las autoridades administrativas para, en el marco de un recurso, revisar, anular y, de corresponder, sustituir total o parcialmente un acto administrativo, el artículo 258.3 del TUO de la LPAG, que recoge el principio de prohibición de reforma en peor, establece un límite claro para la Administración. Este principio impide que la Administración sustituya una sanción anulada por una mayor, constituyendo así una restricción al principio de legalidad en el ejercicio de las competencias administrativas.

El principio de legalidad, en este contexto, asegura que la autoridad que resuelve el recurso no puede modificar una resolución administrativa en detrimento del administrado cuando este ha recurrido en busca de una revisión favorable. De esta manera, el principio de prohibición de reforma en peor no solo protege la confianza legítima y la seguridad jurídica, sino que también actúa como un límite necesario para la actuación administrativa, encuadrándose dentro del principio de legalidad.

Sin embargo, la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor en las Administraciones Públicas del Perú presenta ciertas problemáticas, pues, basándose en la literalidad de la ley, se puede inaplicar el principio, como se observa en la Resolución N° 551-2023. En este caso, se utilizó la figura de la nulidad como símil de la inexistencia para recalcular la multa, lo cual representa una

ante el Poder Judicial dentro de dos años, salvo en casos específicos. Por lo tanto, este régimen jurídico sugiere que, en realidad, se está tratando con una figura más similar a la anulabilidad, donde la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad. BACA 2007, 256-260.

vulneración e incompatibilidad con el fundamento del principio.

En este sentido, para garantizar una aplicación coherente y efectiva del principio de prohibición de reforma en peor, resulta indispensable articularlo con el principio de confianza legítima, que constituye su fundamento esencial. Sin embargo, pese a esta vinculación, la configuración actual de dicho principio en el ordenamiento peruano resulta insuficiente para resolver los problemas prácticos que plantea, en particular frente a la facultad revisora de la Administración Pública. En efecto, esta potestad, permite a la autoridad administrativa declarar la nulidad de un acto administrativo, con el potencial de generar perjuicios al administrado al retrotraer el procedimiento y abrir la posibilidad de una sanción más gravosa. Esta problemática se refleja, a nivel jurisprudencial, en la Casación N° 24459-2018-LIMA³², considerando 7.4, se concluye que la potestad revisora de la AP puede, incluso, aumentar el cálculo de la multa en caso de declaración de nulidad, lo cual plantea un desafío a la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor. Por ello, aunque la solución no debe limitarse a una reforma normativa, una alternativa viable sería replantear la redacción del artículo 258, inciso 3, del TUO de la LPAG, estableciendo de manera reglamentaria el alcance de este principio en armonía con la confianza legítima, asegurando así su protección efectiva frente a la discrecionalidad administrativa.

II. ¿Qué implicaciones tiene la declaración de nulidad de una sanción por la comisión de la conducta infractora y en términos de la emisión de una nueva sanción, especialmente si esta es mayor?

De la revisión de los pronunciamientos de la AP sobre el principio de prohibición de reforma en peor, se encuentran algunos caracteres comunes en su aplicación. En primer lugar, este prin-

³² Aunque la resolución del recurso no podía resultar en sanciones más severas para el sancionado, en este caso no se aumentó la multa de 31 UIT. En cambio, y cumpliendo estrictamente con la autoridad conferida, se declaró de oficio la nulidad parcial de la resolución debido al indebido otorgamiento de beneficios de reducción de la multa a Telefónica del Perú. Así, se ordenó a la Gerencia General del OSIPTEL emitir un nuevo pronunciamiento corrigiendo el error. Esto demuestra que la decisión administrativa no creó una situación desventajosa para la administrada ni violó su debido proceso y derecho de defensa, dado que la nueva resolución podría ser impugnada nuevamente. *Ulises Augusto Yaya Zumaeta* (2021), fundamento 7.4.

cipio se aplica únicamente en el caso de recursos administrativos, es decir, no sería aplicable cuando la Administración declara la nulidad de oficio (artículo 213 del TUO de la LPAG).

En segundo lugar, para la Administración Pública, el principio de prohibición de reforma en peor se comprometería cuando, en un proceso recursivo, la autoridad competente en segunda instancia considera, tras la evaluación respectiva, que la sanción debería aumentarse con respecto a la impugnada, pero opta por no aplicarla para no infringir dicho principio. Esto muestra que la administración considera que la violación de este principio está vinculada con la cuantía que se evalúa por la instancia revisora.

Sin embargo, la uniformidad respecto a la vulneración del principio de prohibición de reforma en peor, cuando se aumenta la cuantía de la multa producto de un recurso de apelación, no se materializa cuando se trata de casos de declaración de nulidad como consecuencia de un recurso y, además, se dispone que el expediente administrativo retorne hacia la autoridad que emitió el acto anulado. En estos supuestos, aparentemente, la administración sí se encontraría habilitada para determinar una sanción mayor a la inicialmente impuesta. Por ello, dados los distintos supuestos, es pertinente desarrollar los distintos escenarios de declaración de nulidad de los actos administrativos en sede administrativa.

Nos concentraremos en las implicaciones derivadas de la declaración de nulidad de una sanción administrativa por la comisión de una conducta infractora, particularmente en lo concerniente a la emisión de una nueva sanción, especialmente si la cuantía es mayor. Para ello, dividiremos el presente análisis en los siguientes puntos: i) Declaración de nulidad de los actos administrativos, ii) Consecuencias de la declaración de nulidad respecto a la prohibición del principio de prohibición de reforma en peor, y iii) Regla jurídica para la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor.

1. Declaración de nulidad de los actos administrativos

La existencia de un acto administrativo depende del cumplimiento de sus elementos esenciales, y su validez está ligada a la conformidad con las normas y principios que regulan su producción y contenido. Adicionalmente, en la legislación peruana, según el artículo 9 del TUO de la LPAG, se presume que los actos administrativos son válidos a menos que la

autoridad competente (ya sea administrativa o judicial) declare su nulidad, dicho de otra manera, se considera válida hasta que la autoridad competente declare lo contrario.

En relación con el concepto de validez, Beladiez señala que esta se refiere a la conformidad de los actos con el derecho. En otras palabras, la validez debe evaluarse en función de si el ordenamiento jurídico considera necesario proteger dicho acto, ya sea porque no ha incurrido en ninguna infracción legal o porque, aun presentando ilegalidades, ha generado una situación que el derecho considera esencial tutelar para preservar un principio jurídico de mayor relevancia que el de la legalidad. En este sentido, un acto es válido cuando su conservación está asegurada por el derecho, lo que implica que tiene valor y está protegido contra su eliminación del orden jurídico.

Por otro lado, Beladiez señala que la invalidez se refiere a la situación en la que se encuentran los actos contrarios al ordenamiento jurídico. Esta situación puede derivar en dos tipos de consecuencias diferentes: i) conservar el acto tal y como está o, de acuerdo con el artículo 14 del TUO de la LPAG, enmendar el vicio; o, ii) si el vicio no es subsanable, procederá la eliminación del acto viciado del ordenamiento jurídico³³.

Entonces, es importante destacar que las consecuencias concretas de la invalidez solo se producen cuando se introduce un factor dinámico, es decir, una acción positiva que la haga efectiva, que, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, se trata de la declaración de nulidad, tal como lo prevé el artículo 9 del TUO de la LPAG. De lo contrario, el acto inválido puede producir los mismos efectos que el válido en la realidad, e incluso podría llegar a ser considerado válido si prescriben todas las acciones impugnatorias. Es así que, al declarar la nulidad de un acto administrativo, se destruyen sus efectos pasados y se impide que tenga efectos futuros, salvo que esos efectos ya producidos estén protegidos por otros principios del orden jurídico³⁴.

Por consiguiente, en aras del principio de legalidad, se exige a la AP corregir sus actos o actuaciones que contradigan el ordenamiento jurídico, activándose mecanismos de revisión, autotutela o colaboración del administrado para buscar su descalificación. Según el artículo 11 del TUO de la LPAG, se identifican dos

³³ BELADIEZ 1994, 56.

³⁴ MÉNDEZ 2021, 98.

opciones para que la AP declare la nulidad de los actos administrativos: los recursos administrativos³⁵ y la nulidad de oficio. En cuanto a esta dualidad, únicamente nos concentramos en los recursos administrativos para los fines de este artículo.

La nulidad del acto administrativo representa una sanción jurídica aplicada a aquellos actos considerados inválidos o incapaces de subsistir debido a infracciones graves. En el ordenamiento jurídico peruano, la nulidad se sitúa como el grado máximo de invalidez, y un acto administrativo se cataloga como "nulo" cuando incurre en vicios graves o trascendentes y, además, es declarado como tal por la autoridad emisora del acto, su superior jerárquico, o el Poder Judicial en su rol de controlador de la validez de los actos administrativos.

El inicio del procedimiento recursivo proviene de la solicitud del administrado afectado por el acto administrativo viciado. Así, en caso de identificar un vicio de nulidad, la administración podría disponer: i) Retrotraer el procedimiento al momento en que se produjo el vicio, con el propósito de que la autoridad subsane los vicios identificados y vuelva a emitir un pronunciamiento sobre el fondo (artículos 12 y 13 del TUO de la LPAG); o, ii) Anular la decisión objeto de revisión y, en su lugar, resolver sobre el fondo, esto es, revocar (artículo 214 del TUO de la LPAG). En este contexto, este apartado se dividirá en estos dos escenarios, para posteriormente analizar si, como consecuencia de estas declaraciones de nulidad, la autoridad que dictó el acto nulo o la autoridad que decide revocarlo están, en principio, facultadas para imponer una nueva sanción.

a. *Retrotraer*

Cuando se declara la nulidad de un acto administrativo se retrotrae sus efectos al momento de emisión o nacimiento con carácter declarativo, como se señala en el artículo 12, inciso 2 del TUO de la LPAG. Sin embargo, existe una excepción a esta regla cuando el acto ha generado derechos adquiridos de buena fe por terceros, en este caso, los efectos de la nulidad del acto serán hacia el futuro. Esto

³⁵ El recurso administrativo representa el pleno ejercicio del derecho de petición, entendiéndose como la expresión "unilateral y recepticia de un sujeto debidamente legitimado que se considera lesionado por un acto administrativo", pues este recurso implica la solicitud dirigida a la administración (reconsideración, apelación y revisión, conforme al artículo 207 de la LPAG), para que se emita un nuevo acto administrativo del acto previo considerado lesivo. CAJARVILLE 2011, 388.

se refiere a aquellas personas que, aunque no participaron en la formación del acto, adquirieron válidamente derechos que se verían seriamente afectados por la aplicación retroactiva de la nulidad; incluso, en algunos casos, el efecto retroactivo ya no podría aplicarse debido a que el beneficio que les otorgó el acto ha desaparecido y la situación se ha vuelto irreversible.

Conforme al artículo 227, inciso 2 del TUO de la LPAG, una vez que se encuentre constatada la existencia de una causal de nulidad (sanción jurídica que se aplica a los actos que se consideran inválidos o que no pueden conservarse debido a infracciones graves), la autoridad, si no dispone de elementos suficientes para resolver el fondo del asunto, ordenará la reposición del procedimiento al punto en que se produjo el vicio. Esto implica la anulación de todas las actuaciones desde el momento del vicio, recuperando lo actuado correctamente hasta ese punto, para así emitir un nuevo acto administrativo.

b. *Revocación*

El artículo 120.1 del TUO de la LPAG aborda un proceso de revocación que difiere de la revocación de oficio regulada en el artículo 214 de la misma ley. Mientras que la revocación de oficio implica el cese de la eficacia del acto sin pronunciamiento sobre su validez, la revocación mencionada en el artículo 120 guarda similitudes con la institución judicial del mismo nombre. En este contexto, el órgano de segunda instancia anula la decisión tomada por el órgano de primera instancia y emite un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto³⁶.

Esta facultad de revocación también se aplica en los procesos de nulidad de oficio, donde la AP después de declarar la nulidad, puede pronunciarse sobre el fondo si dispone de todos los elementos necesarios para hacerlo. Por lo tanto, la revocación contemplada en el artículo 120.1 de la LPAG es una consecuencia directa de la previa declaración de nulidad que surge del recurso administrativo.

2. Consecuencias de la declaración de nulidad respecto a la prohibición del principio de prohibición de reforma en peor

En el contexto descrito, como consecuencia de estas declaraciones de nulidad, la autori-

³⁶ MÉNDEZ 2024, 10.

dad que dicta la nulidad o la autoridad que decide revocar, en principio, habilitada para imponer una nueva sanción; sin embargo, cuando esta nueva sanción es mayor, el principio de prohibición de reforma en peor cobra especial relevancia.

Al respecto, por un lado, la Resolución N° 0575-2014/SDC-INDECOPI en sus considerandos 12 y 13, aborda los distintos escenarios que pueden configurar una vulneración del principio de prohibición de reforma en peor; precisando que, los casos más evidentes se presentan cuando la instancia de segunda resolución, al decidir sobre el recurso de apelación, agrava directamente la situación del apelante, existen otros supuestos menos evidentes pero igualmente significativos³⁷. Un ejemplo de esto es cuando la instancia administrativa de segunda resolución, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el administrado sancionado, no solo confirma la sanción inicialmente impuesta, sino que además impone una nueva multa que resulta más gravosa para este último.

Por otro lado, en la Resolución N° 551-2023, establece que la nulidad de un acto administrativo, retrotrae sus efectos al momento en que el acto adquirió el vicio que lo afecta, lo cual implica que la nulidad resulta en la inexistencia del acto³⁸, eliminando sus efectos incluso de manera retroactiva. Además, señala que la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la nulidad de un acto administrativo conlleva la eliminación total del mismo y la pérdida de sus efectos jurídicos producidos, siendo como si nunca hubiera existido. Por ende, para el Tribunal esta invalidez produce efectos retroactivos, alterando la situación jurídica generada previamente en la esfera del administrado por el acto válido, pues la declaración de nulidad de una resolución que impu-

so una sanción no contraviene el principio de prohibición de reforma en peor, dado que la sanción se considera no impuesta al desaparecer los efectos de la resolución nula.

Este pronunciamiento evidencia una postura que considera la nulidad de un acto como la eliminación total de sus efectos, incluso de manera retroactiva, lo cual, si bien no es inexacto, tampoco debe tomarse en términos absolutos, dado que existen principios jurídicos que plantean excepciones a esta eficacia retroactiva de la nulidad, como el principio de prohibición de reforma en peor, que busca evitar consecuencias más adversas para los administrados tras impugnar un acto administrativo.

A partir de este análisis, es importante señalar que la nulidad, por regla general, tiene como consecuencia la expulsión del acto administrativo y la sanción de ineficacia retroactiva. No obstante, en el caso del principio de prohibición de reforma en peor en Perú, su aplicación depende de la decisión que adopte la autoridad, presentándose dos escenarios como se ha señalado previamente: i) Cuando la AP decide revocar su pronunciamiento, y ii) Cuando la AP decide retrotraer el procedimiento administrativo hasta antes de la comisión del vicio

En primer lugar, si la administración decide resolver el fondo del asunto, la prohibición será solo un límite para agravar en la nueva resolución, la situación del administrado. En segundo lugar, si la administración decide retrotraer el procedimiento, la prohibición no impide la eficacia retroactiva, pero esta decisión no debería significar que la autoridad administrativa pueda imponer una sanción más grave; en caso contrario, ello terminaría por vulnerar el principio de prohibición de reforma en peor.

Adicionalmente, el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Contenciosa Administrativa se pronunció respecto al principio de prohibición de reforma en peor, y se concluyó que es legalmente viable que la jurisdicción contenciosa administrativa sustituya a la AP e imponga una sanción menor a la inicialmente establecida, pero nunca mayor, ya que esto vulneraría el principio de prohibición de reforma en peor³⁹. Con ello, modificar en perjuicio la sanción inicialmente impuesta a un administrado apelante, a través de la figura de nulidad, constituiría un supuesto prohibido,

³⁷ Resolución N° 0575-2014/SDC-INDECOPI 2014.

³⁸ Es importante destacar que la mera declaración de invalidez por parte del Tribunal, o la identificación de un vicio de nulidad en un acto específico, no implica automáticamente su ineficacia. De hecho, la ineficacia del acto entra en juego después de la declaración de nulidad. Además, es crucial comprender que, si el acto ha sido considerado válido por presunción, puede haber producido efectos. Por ejemplo, en el caso de una sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, es necesario diferenciar entre el acto que impone la sanción (la resolución de la autoridad) y la propia inhabilitación, es decir, la incapacidad para contratar, estos son los efectos tangibles del acto. Por lo tanto, cuando no es posible revertir los efectos del acto, surge la necesidad de considerar la indemnización, esto se debe a que se reconoce que los efectos del acto pueden haberse materializado, es decir, si han ocurrido en la práctica.

³⁹ Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Contenciosa Administrativa (2010).

ya que implicaría una vulneración directa del principio de prohibición de reforma en peor.

Consecuentemente, aunque puede haber diversas manifestaciones a través de las cuales se vulnera el principio de prohibición de reforma en peor, corresponde preguntarse si la regla sería la misma en todos los casos; es decir, si nos encontramos ante un principio absoluto, para lo cual el propósito del siguiente apartado es proponer una regla jurídica para la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor, que sirva independientemente de quién es la autoridad que impone la nueva sanción.

3. Regla jurídica para la aplicación principio de prohibición de reforma en peor

La potestad de revisión de los actos administrativos por parte de la AP contempla dos modalidades principales: i) la revisión de oficio y, ii) el sistema de recursos administrativos. Estos mecanismos proporcionan a la administración las herramientas necesarias para corregir cualquier irregularidad detectada en los actos administrativos, garantizando así la legalidad y legitimidad de su actuación.

Ahora bien, en el marco del principio de legalidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 258, inciso 3 del TUO de la LPAG, la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor se articula exclusivamente a través de los recursos administrativos, ello debido a que la norma expresamente señala "la resolución de los recursos que interponga"⁴⁰.

Al respecto, corresponde precisar que esto no limita la potestad de revisión de la AP, pues lo que se limita conforme a lo señalado es la potestad de sustituir la decisión por la autoridad revisora, pero no la potestad de revisión. Entonces, esto traduce en dos consecuencias esenciales:

En primer lugar, el principio de prohibición de reforma en peor establece una salvaguarda fundamental en el ámbito administrativo al impedir que el órgano revisor aumente la sanción impuesta inicialmente. Esta disposición, que cuenta con un consenso generalizado en la AP, se erige como un pilar de protección para los administrados, evitando que la resolución de segunda instancia, al resolver el recurso de apelación y revocar la decisión impugnada, agrave directamente la situación del recurrente. Es un claro ejemplo de la prevención de vulneraciones evidentes

que podrían surgir en el proceso administrativo, asegurando así una aplicación coherente. Este principio actúa como un baluarte de la legalidad y confianza legítima, garantizando que las decisiones administrativas no perjudiquen injustamente a los administrados.

En segundo lugar, surge una situación compleja cuando se declara la nulidad de una sanción y se ordena retrotraer el procedimiento, solo para que, posteriormente, se imponga una multa mayor. Este escenario, ilustrado por la Resolución N° 551-2023, plantea un serio obstáculo en el respeto al principio de confianza jurídica y legalidad. En esencia, al anular un acto administrativo debido a errores propios, como un cálculo erróneo de una multa por parte de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos, y posteriormente imponer una sanción más gravosa, se vulnera la confianza legítima depositada por los particulares en la actuación administrativa.

Este despliegue de eventos no solo afecta la seguridad jurídica, sino que también socava la confianza legítima, pues la imposición de una multa mayor después de la declaración de nulidad de un acto administrativo genera incertidumbre y desconfianza en los ciudadanos respecto a la estabilidad de sus derechos y obligaciones legales, esencialmente, se está comprometiendo la preservación de las situaciones jurídicas ya establecidas.

Por lo tanto, es imperativo que la administración actúe con cautela y responsabilidad al revertir decisiones previas, especialmente cuando esto podría resultar en un perjuicio adicional para los administrados. Es así que, la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos debe ser el eje central de cualquier actuación administrativa, incluso en el contexto de la revisión y corrección de errores.

Asimismo, es importante señalar que, si bien la literalidad del artículo 258, inciso 3 del TUO de la LPAG, establece que únicamente se aplica el principio de prohibición de reforma en peor ante los recursos administrativos, observamos que aparentemente estaríamos ante una contraposición entre el principio de legalidad y el principio de prohibición de reforma en peor. Ello debido a que nuestra tesis es que el principio de prohibición de reforma en peor igualmente se vulnera cuando se declara la nulidad de una sanción y se ordena retrotraer el procedimiento, solo para que posteriormente se imponga una multa mayor.

En relación con esta contraposición, es necesario destacar que, como parte del

⁴⁰ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de 2019

principio de legalidad, la AP está habilitada a realizar actos únicamente en virtud de la ley, pudiendo hacer solo aquello que la ley le permite (IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG). Este principio es un principio estructural del Derecho Administrativo, donde los ciudadanos tienen el derecho a exigir que la AP opere de acuerdo con las normas legales vigentes. De este modo, los actos administrativos deben ser ejecutados por las autoridades competentes, respetando las formalidades legales, obedeciendo las razones estipuladas por las leyes, con el contenido que estas establezcan y persiguiendo los objetivos que ellas determinen. En el caso concreto, la AP tiene la competencia para resolver el recurso y, en caso de encontrar un vicio trascendente que impida conservar el acto administrativo, puede declarar la nulidad.

Sin embargo, esta facultad revisora de la AP se ve limitada cuando resuelve un recurso. La fuente de esta limitación también es la ley y se traduce en el principio de prohibición de reforma en peor. De esta forma, propiamente no se puede hablar de una contradicción entre la legalidad y el principio de prohibición de reforma en peor, sino de una limitación a la competencia que se sustenta en la confianza legítima. De esta forma, cabe destacar que el principio de legalidad comprende a todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, Canónico sostiene que el principio de legalidad es esencial para el Estado de Derecho, pero que la confianza legítima, siendo también un principio general del derecho, debe ser ubicada dentro del ordenamiento jurídico; asimismo, ambos principios no son incompatibles, ya que la confianza legítima opera dentro del marco ampliado de la legalidad. Entonces, la noción amplia del principio de legalidad garantiza que la AP actúe conforme a todas las fuentes del derecho, generando seguridad jurídica para las personas. Así, la confianza legítima, al igual que la buena fe y la seguridad jurídica, forma parte de este esquema, y protege a los ciudadanos que actúan de buena fe y de manera responsable ante la administración. Incluso señala que en situaciones donde la confianza legítima entra en conflicto con una norma legal, los jueces deben adoptar mecanismos de protección adecuados, ponderando los intereses en juego sin vulnerar disposiciones de orden público ni los derechos fundamentales de otros sujetos⁴¹.

En conclusión, la aplicación del principio de prohibición de reforma en peor en el ámbito del derecho administrativo sancionador requiere un enfoque cuidadoso y equilibrado para garantizar la protección de los derechos de los administrados y el cumplimiento de los principios fundamentales del Estado de derecho.

Conclusiones

El principio de prohibición de reforma en peor, aunque no explícitamente consagrado en la Constitución Política del Perú, se fundamenta en los principios de debido proceso y tutela judicial efectiva en el ámbito penal y procesal, mientras que, en el derecho administrativo se fundamenta en el principio de confianza legítima y legalidad, ambos consagrados en el TUO de la LPAG. Así, el principio de prohibición de reforma en peor garantiza la coherencia, orden y previsibilidad de las actuaciones administrativas, protegiendo a los administrados contra modificaciones adversas en sus situaciones jurídicas tras la impugnación de decisiones administrativas. A diferencia del ámbito judicial, donde la pluralidad de instancias es parte integral del debido proceso, en el derecho administrativo, la confianza legítima es esencial para evitar la *reformatio in peius* y permitir que los administrados impugnen decisiones sin temor a empeorar su situación jurídica.

La declaración de nulidad de una sanción administrativa tiene implicaciones significativas respecto al principio de prohibición de reforma en peor, particularmente en cuanto a la emisión de una nueva sanción más gravosa. Aunque la nulidad retrotrae el procedimiento al momento del vicio, otorgando a la Administración la posibilidad de emitir un nuevo acto, esta facultad no es absoluta, ya que el principio mencionado busca proteger al administrado de decisiones que agraven su situación como consecuencia de la impugnación. Así, mientras que la retroacción del procedimiento podría justificar una nueva valoración del caso, cualquier sanción más severa podría vulnerar el principio de reforma en peor, en consecuencia, es necesario que la administración deba actuar con cautela para no vulnerar la confianza legítima ni el principio de legalidad.

Bibliografía citada

- ARMENTIA BASTERRA, J. (2019). Algunas consideraciones sobre la *reformatio in peius* en los recursos en vía administrativa. *Forum Fiscal* (257). Editorial CISS.
- BACA ONETO, V. (2007). *Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Palestra.

⁴¹ CANÓNICO 2024, 76-78.

- BACA ONETO, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Civitas.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994). Validez y eficacia de los actos administrativos (Estudio preliminar de Alejandro Nieto). Marcial Pons.
- BENVENUTTI, F. (1959). Autotutela. Enciclopedia del Diritto, Milano.
- BOCANEGRA SILVA, R. (1977). La revisión de oficio de los actos administrativos. Instituto de Estudios de Administración Local.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. (2011). Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo. *Derecho PUCP* (67), 381-418. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.018>
- CANÓNICO SARABIA, A. (2024). Estudio del principio de confianza legítima en el Derecho administrativo venezolano. *Revista de Derecho Administrativo* (39), 61-83.
- CUADRADO ZULOAGA, D. (2004). El principio de congruencia en el procedimiento administrativo. *Actualidad Administrativa* (5), 517-530.
- GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010). *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*. Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2002). *Medios Impugnatorios en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Segunda edición. Lima. Gaceta Jurídica.
- HUAPAYA TAPIA, R. (2015). El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais* 2(1), 137-165. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43659>
- MÉNDEZ VÁSQUEZ, D. (2021). El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano. Editorial Asociación Civil Derecho y Sociedad
- MÉNDEZ VÁSQUEZ, D. (2024). *La nueva prueba en el recurso de reconsideración: reflexiones desde la autotutela administrativa* [Promanuscrito].
- MORÓN URBINA, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I y II. Gaceta Jurídica.
- PÉREZ LUÑO, A. (1994). *La seguridad jurídica* (2ª ed.). Ariel.
- REBOLLO PUIG, M. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova.
- RIVAS CARRERAS, V. R. (1991). *La reformatio in peius en el Derecho Administrativo*. Tecnos.
- RUBIO CORREA, M. A. (2021). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1973). ¿Crisis definitiva de la "reformatio in peius"? *Revista de Administración Pública* (72), 129-156.
- SANZ RUBIALES, Í. (2001). Confianza legítima y poder legislativo. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* (2), 99.
- SANZ RUBIALES, Í. (2013). Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública* (190), 241-276.
- VIGNOLO CUEVA, O. (2006). La responsabilidad del Estado legislador. *Revista Jurídica del Perú, Normas Legales* (66), 299-310.

Normativa citada

- Código Procesal Civil [CPC]. Ley N° 26.705 de 1993. Texto Único Ordenado. 22 de abril de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Decreto Legislativo N° 957. Nuevo Código Procesal Penal. 29 de julio de 2004. Lima.
- Decreto Supremo N° 004-2019-JUS de 2019. Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.
- Resolución N.°0575-2014/SDC-INDECOPI de 2014 [INDECOPI]. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. 23 de junio de 2014.
- Resolución N.°551-2023-OEFA/TFA-SE de 2023 [OEFA]. Sala Especializada en Minería, Energía, Actividades Productivas e Infraestructura y Servicios. 21 de noviembre de 2023.
- Informe Técnico N° 411-2017-SERVIR/GPGSC [SERVIR]. Aplicación del principio prohibitivo de la *reformatio in peius*

Jurisprudencia citada

- Alfonso Salazar Montalván con Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2022): Tribunal Constitucional del Perú, 10 de septiembre de 2022 (Expediente N° 1918-2002-HC/TC). [Hábeas Corpus].
- Compañía y Promotora Provelanz E.I.R.L. con Jesús Alberto Rivera Valer (2018): Corte Suprema de Justicia, 2 de agosto de 2018 (Casación N° 003685-2017-Callao). Sala Civil Permanente. [Casación].
- Daniel Martín Colana Luna con Ministerio Público (2021): Corte Suprema de Justicia, 1 de diciembre de 2021 (Casación N° 100-2020/Arequipa). Sala Penal Permanente. [Casación].
- Defensor del Pueblo, doctor Walter Albán Peralta (2003): Tribunal Constitucional del Perú, 26 de agosto de 2003 (Expediente N° 010-2001-AL/TC). [Acción de Inconstitucionalidad].
- Grimanesa Espinoza Soria con Sala Mixta Descentralizada de La Merced-Chanchamayo (2004): Tribunal Constitucional del Perú, 25 de agosto de 2004 (Expediente N° 1803-2004-AA/TC). [Acción de Amparo].
- Julón Vásquez con Ministerio Público (2023): Corte Suprema de Justicia, 28 de diciembre de 2023 (Casación N° 2090-2021/Cajamarca). Sala Penal Permanente. [Casación].
- Pleno de Jurisdicción Distrital en materia Contencioso Administrativo, 2 de julio de 2010.
- Ulises Augusto Yaya Zumaeta (2021): Corte Suprema de Justicia, 9 de marzo de 2021 (Casación N° 24459-2018-Lima). Sala Civil Permanente. [Casación].

Noción estándar de acto administrativo en la cultura jurídica: Desafíos conceptuales*

Standard notion of administrative act in legal culture: conceptual challenges

Dúber Armando Celis Vela**

Los conceptos jurídicos cumplen un papel imprescindible en la existencia del derecho positivo en tanto facilitan la interpretación de las disposiciones jurídicas y la aplicación de normas. Sin embargo, tales operaciones fallan cuando no están adecuadamente elaborados. En este artículo se plantea un análisis de la categoría *acto administrativo* en aras de subrayar los desafíos conceptuales que enfrenta dicha noción, ampliamente compartida en la cultura jurídica colombiana. La metodología aplicada es el análisis conceptual con especial énfasis en su momento crítico *–par destruens–*. En general, se formulan objeciones a las propiedades tradicionalmente usadas para identificar un acto administrativo y, además, se fija una ruta para desarrollar una reconceptualización a partir de las normas que confieren y regulan el ejercicio de una función administrativa.

Palabras clave: acto administrativo, declaración de voluntad, unilateralidad, efectos jurídicos, análisis conceptual.

Introducción

Una de las funciones más relevantes de la doctrina es el desarrollo de los conceptos dogmáticos. Un concepto tiene una naturaleza dogmática si “hace referencia a una acción o estado de cosas regulado por algún ordenamiento jurídico”¹. En la práctica, el alcance de las normas depende del contenido atribuido a los conceptos en la legislación, en la jurisprudencia o en la doctrina. Los cambios culturales o sociales exigen redefinir los términos usados en las fuentes del derecho para capturar adecuadamente el estatus normativo de las conductas o actos jurídicamente relevantes. La

Legal concepts play an essential role in positive law by facilitating the interpretation of provisions and the application of norms. However, these operations fail when concepts are not adequately elaborated. This article proposes an analysis of the administrative act category to highlight the conceptual challenges faced by the notion shared within the Colombian legal culture. The methodology applied is conceptual analysis with a special emphasis on its critical moment *–par destruens–*. Some objections are formulated against the properties traditionally used to identify an administrative act. A path is also outlined to develop a reconceptualization based on the norms that confer and regulate the exercise of an administrative function.

Keywords administrative act, declaration of will, unilateralism, legal effects, conceptual analysis.

modificación de los conceptos incide en el reconocimiento de las normas que pertenecen a un sistema jurídico y, además, expande o restringe el universo de casos individuales que se consideran regulados por el predicado fáctico de una disposición. Un sistema normativo puede transformarse a través de procedimientos institucionales para introducir o eliminar sus normas o mediante el cambio “de las definiciones de los términos que figuran en ellas”².

Los actos administrativos son considerados como “toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos”³. Esta noción goza de una aceptación relativamente extendida en la cultura jurídica colombiana⁴ y, además, ocupa una posición dominante en la doctrina de otros ordenamientos jurídicos⁵. Pese a su aprobación, se trata de una idea problemática

* Este artículo de investigación es producto del proyecto titulado *Nuevas tendencias de la administración pública*, código 37-000020, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana–Medellín (Colombia).

** Doctor en Filosofía. Profesor de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Correo electrónico: duber.celisve@unaula.edu.co. Dirección postal: carrera 55 # 49-51, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1271-2377>.

¹ NÚÑEZ VAQUERO 2018, 241.

Artículo recibido el 11 de septiembre de 2024 y aceptado el 27 de noviembre de 2024.

² ALCHOURRÓN Y BULYGIN 2021, 475.

³ Aydee Álvarez de Gómez contra Municipio de Pereira (2004).

⁴ VERGARA MESA 2021, 208.

⁵ ARÓSTICA 2013, 272; CORDERO 2019, 12.

porque no captura adecuadamente las prácticas jurídicas que involucran la expedición y el control judicial de los actos administrativos. En la actualidad, el ejercicio de una función administrativa no solo tiene manifestaciones muy variadas, sino que las autoridades son “cada vez más proclives al uso de instrumentos blandos o atípicos”⁶. El aparato conceptual utilizado en tal noción parece deficiente y anclado en categorías que no son adecuadas dada la complejidad de las actividades realizadas. Un concepto de acto administrativo es relevante si y solo si suministra criterios básicos para reconocerlo, situarlo en el sistema de fuentes, evaluar su validez y controlar la actividad de la administración. La concepción clásica de acto administrativo falla en la satisfacción de estas funciones.

El propósito de este trabajo es analizar algunas propiedades básicas de la noción más extendida de acto administrativo con el fin de evaluar su capacidad instrumental para reconocer pronunciamientos de tal naturaleza y controlar el ejercicio de una función administrativa. Los problemas de vaguedad que suelen afectar esta clase de conceptos exigen criterios claros y distintos que permitan analizar las manifestaciones de una autoridad para determinar si constituyen o no un acto administrativo. Una labor de esta índole es fundamental para comprender el sentido y alcance que tiene tal institución en la práctica jurídica. El artículo está estructurado en tres secciones: la primera hace una reconstrucción de la noción clásica de acto administrativo a partir de una descripción doctrinal y jurisprudencial de su contenido semántico. La segunda propone un análisis crítico de la idea de acto administrativo como “una declaración de voluntad”⁷ y la tercera se ocupa de la característica que dirige su atención a la producción de efectos jurídicos. La evaluación crítica de las propiedades muestra la distancia que existe entre el universo de actuaciones realizadas en el ejercicio de una función administrativa y el aparato conceptual que lo sustenta.

La metodología aplicada es el análisis conceptual de una categoría dogmática, es decir, se ocupa de instituciones o “normas de un orden jurídico que son comunes a un área interna [del derecho]”⁸. Un concepto, por lo general, es una estructura compleja

que está constituida o relacionada con otros componentes semánticos⁹. La idea es desglosar el acto administrativo en sus propiedades elementales en aras de reconstruir el alcance que tienen tanto en la jurisprudencia como en la doctrina colombianas. Los materiales foráneos son incluidos para subrayar los aspectos compartidos de la teoría del acto administrativo, pues los problemas aquí planteados podrían extenderse a modelos conceptuales semejantes. Una reconstrucción racional se justifica en el hecho de hacer “más preciso un concepto”¹⁰ dado que implica un ejercicio de clarificación y la fijación de condiciones para el desarrollo de elaboraciones más adecuadas y útiles. “La claridad conceptual, la consistencia y la coherencia son precondiciones para la racionalidad en cualquier campo de conocimiento”¹¹. Tales ejercicios tienen un trasfondo analítico, descriptivo y normativo¹² porque inciden en el aparato conceptual presupuesto en la práctica consistente en expedir actos administrativos y controlar el ejercicio de la función administrativa.

La teoría estándar del acto administrativo está atrincherada en propiedades que no capturan adecuadamente las prácticas jurídicas relativas al reconocimiento y control de los actos administrativos. La teoría de una institución jurídica, aunque tenga un nivel intermedio de abstracción, está compuesta por proposiciones normativas generales en una cultura jurídica. Un conjunto de criterios semánticos saturado de excepciones hace muy compleja su aplicación a casos concretos. La ductilidad de las condiciones de identificación origina confusiones en la práctica jurídica, impide la elaboración de proposiciones normativas relativamente generales y, además, hace que el reconocimiento de un acto administrativo dependa de criterios *ad hoc*. La teoría del acto administrativo está construida a partir de presupuestos teórico-filosóficos que desencajan con las nuevas tendencias del derecho administrativo. La doctrina colombiana debería avanzar hacia una reconceptualización de tal noción a la luz de las normas que posibilitan la adopción y el reconocimiento de estos actos jurídicos.

⁶ Asociación de Institutores de Antioquia contra Departamento de Antioquia (2014).

⁷ ARZOZ SANTISTEBAN 2023, 427.

⁸ DUARTE 2019, 230.

⁹ MARGOLIS y LAURENCE 1999, 5.

¹⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971, 7.

¹¹ ALEXYS 2002, 10.

¹² CELIS VELA 2023, 28.

I. El concepto clásico de acto administrativo en la cultura jurídica colombiana

La teoría del acto administrativo no es una elaboración unitaria en el ámbito interno. A diferencia de lo que sucede en otras latitudes¹³, en Colombia, no existen definiciones legales o constitucionales; por tanto, su conceptualización es una tarea de los juristas. Sin embargo, los desacuerdos sobre cuáles propiedades se adscriben al acto administrativo y qué alcance tienen son muy frecuentes. La falta de consistencia en los usos lingüísticos “de la Corte Constitucional ha tenido su correlato en la similar ambigüedad con la que el Consejo de Estado y la doctrina especializada han definido dicha institución”¹⁴. Una razón que podría explicar este fenómeno radica en que la llamada teoría del acto administrativo es producto de “un extenso acervo jurisprudencial y doctrinal desarrollado por décadas”¹⁵. Este problema no es solo una disputa académica sobre usos conceptuales; al contrario, su principal consecuencia es que expande o restringe el control judicial a la actividad de la administración pública o de particulares con funciones administrativas. Entre un universo de diferencias, nada impide una reconstrucción abstracta que, en términos generales, señale sus elementos más básicos.

En una perspectiva ya clásica, el acto administrativo es entendido como “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”¹⁶. En tal orden de ideas, el concepto de acto administrativo puede desglosarse en tres propiedades comunes, a saber: manifestación unilateral, función administrativa y producción de efectos jurídicos. La voluntad no está necesariamente vinculada con la primera característica porque hay posiciones dogmáticas que subrayan que no “[s]olo las declaraciones de voluntad poseen esta cualidad”¹⁷. Aunque las posturas distan de ser uniformes, las propiedades señaladas representan un rasgo compartido que también recoge usos jurisprudenciales¹⁸. Los elementos analizados se descomponen en conceptos más básicos para comprender su contenido. Los matices de cada

atributo se sortean con clasificaciones internas que dan cuenta de las orientaciones dominantes y reflejan coincidencias o desacuerdos tanto en la doctrina local como en la foránea.

El primer aspecto utilizado para el reconocimiento de un acto administrativo consiste en la declaración o manifestación, de carácter unilateral, de una persona u órgano que ejerce funciones administrativas. Esta característica expresa una propiedad compleja que puede descomponerse en tres rasgos elementales, esto es, naturaleza declarativa, carácter unilateral y contenido. La naturaleza declarativa de un acto administrativo opera como un aspecto definitorio y como un criterio de diferenciación. La declaración o manifestación consiste en un acto lingüístico expreso o presunto que exterioriza lo resuelto a través del acto administrativo. Los actos pueden ser presuntos porque la declaración también se deriva de un silencio administrativo “cuyo contenido es determinado por la ley”¹⁹. Esto implica que no hay actos normativos independientes de las conductas, actitudes y creencias compartidas: “no existen normas sin que alguien las ‘establezca’”²⁰. Como el derecho positivo en general, los actos administrativos son dependientes de construcciones humanas. La naturaleza declarativa de un acto administrativo también opera como un criterio de diferenciación respecto de otras formas de expresión de la función administrativa como son “los hechos o actividades puramente materiales u operaciones físicas de la Administración”²¹. Así, “al hablar de declaración se indica claramente que se trata de una exteriorización intelectual por oposición a material”²². Las actividades puramente materiales están excluidas como actos administrativos.

La unilateralidad es una propiedad relacional, es decir, un acto administrativo presupone un vínculo entre dos partes: una que ejerce funciones administrativas y otra que hace las veces de un destinatario o administrado. La unilateralidad subraya que la expedición de un acto administrativo solo depende de la decisión de una autoridad, es decir, no se requiere el “concurso de la voluntad de sus destinatarios”²³ para producir consecuencias jurídicas. “Una de las facultades de la potestad pública es la de adoptar decisiones de ca-

¹³ ARÓSTICA 2013, 270-271.

¹⁴ DÍAZ-DÍEZ 2023, 281.

¹⁵ VERGARA MESA 2021, 193.

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA 2023, 678.

¹⁷ VERGARA MESA 2021, 208.

¹⁸ *María Edith Galarza Duarte contra Ministerio de Educación Nacional* (2019).

¹⁹ VERGARA MESA 2021, 197.

²⁰ GUASTINI 2018, 4.

²¹ ARÓSTICA 2013, 274-275.

²² GORDILLO 2011, III-15.

²³ VALDIVIA 2018, 185.

rácter unilateral imponibles a terceros creando para ellos derechos, obligaciones, deberes y sujeciones”²⁴. La situación jurídica de una persona se modifica en razón al ejercicio de una potestad, cuyos efectos no dependen de las actitudes prácticas de los destinatarios. Este criterio ha sido fundamental para distinguir entre actos administrativos y contratos, pues “la unilateralidad es la nota que mejor define a los actos administrativos mientras que la bilateralidad es la principal característica de los contratos públicos”²⁵.

En la doctrina es posible rastrear dos concepciones sobre la unilateralidad de los actos administrativos: fuerte y débil. La primera considera que la unilateralidad es un rasgo definitorio de los actos administrativos porque la existencia, ejecutividad y ejecutoriedad de las decisiones adoptadas depende exclusivamente de la autoridad “en su formación”²⁶. La segunda destaca que no es una propiedad de todos los actos administrativos por la repercusión que tiene el principio de participación. Las decisiones adoptadas en la expedición de licencias ambientales no tendrían este carácter unilateral porque se “flexibiliza uno de los atributos típicos de la administración pública que la identificaron históricamente como un fenómeno de poder”²⁷. El último argumento no parece aceptable porque el carácter autoritativo de una decisión “no significa que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento”²⁸, esto es, una relación de sujeción no se desdibuja por el modo de iniciación de la actuación o por los niveles de participación en la toma de decisiones. Las garantías del debido proceso o los mecanismos de participación ciudadana parecen asegurar la legitimidad de las decisiones, pero no alteran su naturaleza autoritativa como rasgo definitorio. La forma como se toman las decisiones o los límites que imponen los derechos no cancela la naturaleza coercitiva del derecho.

El contenido de las manifestaciones o declaraciones también puede reconstruirse a partir de dos sentidos dominantes: uno estricto y otro amplio. El primero señala que el contenido lo constituye una voluntad o decisión²⁹. En analogía con el derecho privado, los actos administrativos serían una clase de entidades

intencionales con eficacia jurídica, esto es, tendrían la vocación de producir efectos. Esta concepción es criticada con base en que “no toma en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos”³⁰. El segundo señala que las manifestaciones de la administración están fundadas en una pluralidad de contenidos como voluntad, conocimiento, opinión o deseo³¹. Los efectos jurídicos no se derivan exclusivamente de actos de voluntad, sino de otra clase de estados mentales. La relevancia de esta cuestión radica en que expande o restringe el alcance que tienen los medios de control al ejercicio de la función administrativa.

La naturaleza de la voluntad que opera como presupuesto de un acto administrativo normalmente tiene un carácter subjetivo y otro institucional: el primero subraya que la voluntad es una realidad psico-física que se imputa a una autoridad administrativa³². Las irregularidades que vician la voluntad de los individuos podrían afectar la validez del acto administrativo. La voluntad consiste en una intención orientada a la “realización de un fin”³³. El segundo subraya que la voluntad es una realidad institucional en tanto se encuentra objetivada en la ley. La autoridad administrativa actúa como intérprete de la voluntad que se haya “establecida en una norma constitucional, legal o reglamentaria”³⁴. La inclusión de esta característica en el concepto de acto administrativo envuelve dificultades para determinar el contenido de una manifestación de la administración, pues los doctrinantes que le asignan un carácter volitivo a esta institución no siempre hablan de lo mismo. En un caso se trata de un fenómeno psíquico identificable en las personas que actúan como autoridades; en el otro es una realidad subyacente a la legislación que se materializa en la gestión de la autoridad.

La segunda propiedad está relacionada con el ejercicio de funciones administrativas³⁵. Las funciones públicas son una categoría amplia que incluye todas las operaciones encaminadas a la satisfacción de los fines del Estado. Además de la función administrativa, hay otras como la legislativa, la judicial, de control o

²⁴ SÁNCHEZ TORRES 2007, 37.

²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA y SEDÍN 2011, 3.

²⁶ GORDILLO 2011, IV-26.

²⁷ SÁNCHEZ-ZAPATA y VERGARA MESA 2023, 13.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA 2023, 679.

²⁹ VERGARA MESA 2021, 200; MUÑOZ MACHADO 2017, 21.

³⁰ GORDILLO 2011, III-13.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1986, 504; PAREJO ALFONSO 2011, 391; CASSAGNE 2013, 110.

³² CASSAGNE 2013, 168.

³³ CASSAGNE 2013, 110.

³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA 2023, 679.

³⁵ *María Edith Galarza Duarte contra Ministerio de Educación Nacional* (2019).

electoral, las cuales tienen un carácter autónomo³⁶. La diferencia específica de la función administrativa radica en que satisface intereses generales con sujeción a la constitución y la ley. La función administrativa es la efectivización de normas legislativas o reglamentarias en atención al logro de intereses públicos, es decir, se trata del conjunto de actuaciones para "satisfacer los cometidos estatales de un modo predominantemente práctico"³⁷ o de responder a necesidades públicas³⁸. Esta función implica el ejercicio de diversas potestades como la creación, aplicación, ejecución y obediencia de normas. A diferencia de los demás atributos, tal rasgo parece capturar un elemento definitorio para el reconocimiento de un acto normativo como administrativo.

La última nota distintiva de los actos administrativos radica en su capacidad para producir efectos. Estos consisten en "alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho"³⁹. Las situaciones que pueden ser objeto de un acto administrativo son generales y abstractas o particulares y concretas⁴⁰. La naturaleza de las situaciones reguladas da lugar a la distinción entre reglamento y actos administrativos de contenido general o particular. Los efectos que se originan pueden ser estados institucionales cuando se declara un toque de queda o se reconoce un derecho preexistente⁴¹; constitutivos de situaciones jurídicas de ventaja cuando se otorga una licencia y situaciones jurídicas de desventaja cuando se impone una obligación o una "sanción administrativa"⁴². Finalmente, los efectos pueden ser directos cuando surgen del acto o indirectos cuando constituyen la base para la producción de consecuencias en otro plano normativo. La no producción de efectos en el sistema jurídico ha justificado la conocida distinción entre actos administrativos y actos de la administración.

II. Los actos administrativos como declaraciones unilaterales de voluntad

La idea de los actos administrativos como declaraciones unilaterales de voluntad origina varios problemas dado el alcance que tienen

sus elementos definitorios o las características que "integran el criterio de uso"⁴³. Los tres componentes elementales usados para su clasificación no suministran conjuntamente condiciones necesarias ni suficientes para el reconocimiento de un acto administrativo. Tales presupuestos no operan como criterios generales porque están sujetos a excepciones implícitas y sucesivas. En la jurisprudencia y la doctrina colombianas se dice que los actos administrativos son declaraciones de voluntad, pero algunos carecen de un contenido así y, de todas formas, se consideran como actos administrativos⁴⁴. En unos supuestos, la unilateralidad es una propiedad que tiene un carácter definitorio⁴⁵, en otros, no es relevante⁴⁶. Si una propiedad está sujeta a múltiples excepciones, entonces no captura adecuadamente los rasgos de la práctica que consiste en expedir, reconocer y controlar actos administrativos.

La vaguedad es un problema que afecta a los conceptos jurídicos en la medida que "las fuentes del derecho están formuladas en un lenguaje natural"⁴⁷. No solo hay múltiples formas de indeterminación lingüística, sino que esta "puede aparecer en diversos contextos"⁴⁸. La labor de los juristas, en parte, está vinculada con la elucidación de tales conceptos para facilitar la aplicación del derecho. Cuando una propiedad es desbordada por la complejidad de una institución o los cambios sociales, culturales y tecnológicos, el concepto debe someterse a sucesivas reelaboraciones hasta capturar adecuadamente sus criterios de uso. La teoría del acto administrativo no ha sido muy sensible a las revisiones conceptuales. Las mismas propiedades tienden a reintroducirse de generación en generación. En lugar de avanzar hacia mayores niveles de abstracción o de recategorizar sus elementos constitutivos, en el derecho administrativo se han introducido pequeños matices que multiplican las formas de comprender la misma institución. Las nociones más extendidas quedan abiertas a diversos desafíos y parecen ancladas en categorías decimonónicas sin capacidad descriptiva para dar cuenta de las

³⁶ DÍAZ DÍEZ 2024, 88.

³⁷ VERGARA MESA 2021, 175.

³⁸ ARÓSTICA 2013, 277.

³⁹ SANTOFIMIO GAMBOA 2023, 682.

⁴⁰ Sentencia C-487/96.

⁴¹ ARÓSTICA 2016, 94.

⁴² CORDERO 2019, 16.

⁴³ GUIBOURG *et al.* 2004, 47.

⁴⁴ *Inversiones M. Suárez & CIA contra Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales* (2014); SANTOFIMIO GAMBOA 2023, 678.

⁴⁵ RODRÍGUEZ 2021, 4.

⁴⁶ VERGARA MESA 2021, 178.

⁴⁷ CELIS VELA 2024, 42.

⁴⁸ MARMOR 2014, 92.

manifestaciones actuales de la función administrativa.

El primer desafío de la teoría del acto administrativo está en su carácter declarativo porque, en un sentido ordinario, tal propiedad entra en conflicto con la función consistente en regular una conducta. "El derecho es un discurso formado por entidades lingüísticas con función prescriptiva o directiva"⁴⁹. Los actos de habla directivos no tienen una naturaleza declarativa. Las declaraciones pueden ser reconstruidas como descripciones de estados mentales, es decir, de intenciones, deseos o aspiraciones (declaro que deseo *p*). Tales declaraciones no ejercen presión sobre la conducta como ocurre con las normas jurídicas que "establecen razones para la acción por el solo hecho de su existencia en cuanto reglas"⁵⁰. Una declaración también puede entenderse como la formulación de enunciados asertivos (*x* ha rendido su declaración) o como actos performativos que producen un cambio en la realidad (declaro que *x* es mi heredero)⁵¹. Sin embargo, aplicados a los actos administrativos no son una manera de identificarlos ni capturan en todos los usos su función regulativa. Aunque hay actos administrativos que pueden incluir disposiciones performativas (declaro un estado de urgencia manifiesta), tal uso es un presupuesto para ejercer una función regulativa, es decir, para imponer obligaciones o prohibiciones, las cuales tienen un carácter directivo.

La naturaleza declarativa del acto también genera tensiones con el desarrollo normativo de una institución como el silencio administrativo que, en el marco de un procedimiento sin una decisión oportunamente notificada, "tiene por objetivo evitar que se dilate más la actuación"⁵². Si desde determinadas condiciones, los silencios son considerados como actos administrativos que resuelven positiva o negativamente una cuestión, entonces la declaración no es una propiedad común. El silencio es justamente la negación de una declaración. Esto implica que la misma propiedad definitoria del acto está presente y ausente al momento de identificarlo como administrativo. Los actos fictos tampoco son intencionales porque consisten en "una falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administra-

dos"⁵³. Las consecuencias jurídicas del silencio son derivadas de un diseño institucional. Los actos presuntos no reflejan adecuadamente la idea de actos de voluntad, incluso, pueden contradecirla en supuestos de actos fictos positivos que ocurren en el marco de recursos administrativos que implican la revocatoria de la decisión recurrida. Sin duda, el acto ficto cancela la supuesta voluntad que previamente había expresado la autoridad administrativa.

El segundo desafío de la teoría del acto administrativo está relacionado con su carácter unilateral. En este caso, la objeción no está vinculada con la incidencia de mecanismos de participación o garantías procesales en la toma de decisiones públicas. Esta crítica parece fundada en una inadecuada comprensión del procedimiento administrativo y en una idea extraña de autoridad. El desafío se debe a que la unilateralidad es una propiedad con sentido en las relaciones bilaterales, o sea, parece adecuada cuando una de las partes posee una facultad exorbitante a la luz de una relación convencional. Aunque un contrato público se basa en un acuerdo, inevitablemente da lugar a una relación "desigual, porque está concebido para que la administración alcance eficazmente los fines de interés general"⁵⁴. Esto explica los poderes exorbitantes que le permiten actuar sin el consentimiento de la contraparte, esto es, de manera unilateral. Una propiedad de esta naturaleza no resulta adecuada para describir relaciones de potestad sujeción donde el ejercicio de una competencia implica cambios en relaciones o situaciones⁵⁵.

Un poder consiste justamente en la competencia para "modificar la situación jurídica propia o de terceros"⁵⁶. La posición correlativa de una potestad es la sujeción⁵⁷. Sin duda, una autoridad administrativa tiene la potestad de alterar la situación jurídica de una persona sin su consentimiento, quien, en contraposición, puede activar diversos medios de control. Los actos administrativos justamente son una expresión de poderes normativos, los cuales son instituidos para regular conductas. La regulación de un comportamiento presupone una relación de sujeción fundamentada en la existencia de una autoridad. Las consecuencias normativas de expedir una decisión administrativa no se proyectan exclusivamente

⁴⁹ PINO 2016, 22.

⁵⁰ SCHAUER 1991, 5.

⁵¹ CARRIÓ 2011, 19-21.

⁵² RODRÍGUEZ 2021, 64.

⁵³ *Inversiones M. Suárez & CIA contra Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales* (2014).

⁵⁴ VALDIVIA 2018, 45.

⁵⁵ ARRIAGADA CÁCERES 2018, 14.

⁵⁶ GUASTINI 2016, 94.

⁵⁷ HOHFELD 2004, 71.

sobre los destinatarios, pues tales actos también modifican la situación jurídica de la autoridad. Cuando se reconoce un derecho surge una facultad para el titular del derecho, pero también una obligación para la administración. Quizá el hecho de ser autoritativos, más que unilaterales, sea la propiedad que mejor captura el tipo de relación entre autoridades y destinatarios, lo cual es perfectamente compatible con la idea de los derechos y sus garantías ante el poder.

El tercer desafío de la teoría del acto administrativo está relacionado con la idea de voluntad como un elemento definitorio. La variedad de manifestaciones de quien ejerce una función administrativa hace que la voluntad esté presente en unos casos y ausente en otros. La voluntad como un presupuesto del acto parece una propiedad contingente, es decir, puede estar presente en la decisión que otorga un beneficio por el pronto pago de una obligación tributaria, pero ausente en una circular, en un concepto o en un certificado generado por medios electrónicos. La intención o la voluntad en una circular no es otra cosa que una denominación genérica para el cumplimiento de una función, es decir, una competencia. Cuando una secretaría de educación, a través de este instrumento, fija el horario de la jornada escolar no hace otra cosa que ejercer una función atribuida en la ley. La voluntad administrativa puede ser relevante, en términos interpretativos, para comprender el alcance de las medidas que se adoptan en el ejercicio de potestades discrecionales, pero resulta innecesaria en los supuestos de potestades regladas. Así las cosas, no se trata de un criterio suficiente ni necesario para reconocer un acto administrativo.

La voluntad puede ser una realidad psíquica o institucional que hace parte del proceso de expedición de un acto administrativo; sin embargo, ni la existencia de una norma es un "fenómeno psicológico"⁵⁸ ni es un componente real del acto administrativo como un resultado institucional. Los usos jurisprudenciales reflejan que esta idea no solo resulta insuficiente, sino que no captura adecuadamente lo que sucede en la práctica jurídica. La insuficiencia tiene que ver con que no solo las declaraciones de voluntad son consideradas como actos administrativos. Muchas decisiones se derivan de la aplicación de un procedimiento administrativo sin que exista una voluntad subyacente. También resulta concep-

tualmente sobre incluyente porque no siempre es suficiente para la configuración de un acto administrativo. Existen actos administrativos complejos en los cuales hay declaraciones de voluntad que carecen de "identidad o existencia como actos administrativos autónomos"⁵⁹. La declaración de voluntad no es una condición necesaria porque existen actos administrativos sin declaración de voluntad y tampoco es una condición suficiente porque no basta para su configuración.

La idea de los actos administrativos como declaraciones de voluntad también simplifica su complejidad empírica dado que pueden ser de contenido variado⁶⁰. Ya se advirtió que no todo acto administrativo expresa una voluntad, pues también puede consistir en una apreciación técnica, en la interpretación de una disposición, en el reconocimiento de una situación como jurídica, en una valoración discrecional o en la aplicación de una norma. Un rasgo común a los contenidos posibles de un acto administrativo reside en su naturaleza normativa, es decir, en el hecho de que establecen prescripciones o atribuyen propiedades institucionales a personas o estados de cosas. La formación de una voluntad puede ser relevante para su expedición, pero no se identifica con su contenido. El acto administrativo es un fenómeno lingüístico cuya interpretación exige traducirlo a normas constitutivas o regulativas que suministran razones para la acción. La diferencia específica de un acto administrativo es atribuible al régimen normativo que autoriza su producción y a la naturaleza de la función que se ejerce. Esto significa que el acto administrativo es una variable dependiente de normas secundarias de producción jurídica.

Los actos administrativos también suelen caracterizarse como las decisiones de la autoridad administrativa⁶¹. Aunque este giro resulta aceptable, debe subrayarse que la decisión no podría entenderse en el mismo sentido psicológico de voluntad. Una decisión es el término de un proceso deliberativo o reflexivo en el que se hace un balance de razones sobre alternativas o cursos de acción posibles. Las decisiones son fenómenos circunstanciales e internos de una autoridad o de una persona que operan como presupuestos para la adopción del acto administrativo. En analogía con una sentencia, en algunos casos, los actos

⁵⁸ Kelsen 1949, 33.

⁵⁹ Asociación Nacional de Pilotos Prácticos contra Dirección General Marítima (2002).

⁶⁰ ARÓSTICA 2013, 275.

⁶¹ VALDIVIA 2018, 188.

administrativos serían decisiones en la medida que contienen resoluciones, esto es, definen una situación jurídica. En tanto resultado institucional, el acto consiste justamente en el contenido de la decisión, es decir, en una norma que se adopta en el ejercicio de una función administrativa cuyo reconocimiento depende de la interpretación que se haga de las disposiciones que lo expresan.

III. Los actos administrativos como productores de efectos jurídicos

La producción de efectos jurídicos como una característica definitoria de un acto administrativo es un problema que genera desafíos ulteriores para el concepto estándar. No hay discrepancias en el sentido de que los efectos del acto capturan su idoneidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas⁶². Sin embargo, es necesario considerar que las situaciones jurídicas no son un objeto exclusivo de las decisiones administrativas. Las situaciones generales también son modificadas por actos normativos como la promulgación de leyes o las reformas constitucionales. Las particulares también son alteradas en pronunciamientos judiciales o mediante actos privados. Ninguno de estos actos normativos expresa el ejercicio de una función administrativa; por el contrario, se trata de funciones distintas. Esta conclusión indica que tal propiedad no resulta suficiente porque es una característica común a todos los actos normativos, es decir, no basta para reconocer un acto administrativo. Una manera de describir la modificación de una situación jurídica es mediante "la creación de normas individuales o generales"⁶³. Por tanto, un acto normativo que no estuviera dirigido a producir efectos jurídicos, ya sea directos o indirectos, resultaría extraño.

Una potestad se haya conceptualmente vinculada con la producción de efectos jurídicos, esto es, "el ejercicio de un poder normativo implica el cambio de una situación jurídica de otra persona"⁶⁴ o la modificación del "sistema jurídico existente"⁶⁵. En el derecho administrativo suele plantearse que, por regla general, las opiniones consultivas no producen efectos jurídicos porque no contienen "decisiones de la administración y no pueden considerarse, por consiguiente, actos adminis-

trativos"⁶⁶. No obstante, es necesario analizar con detalle en qué sentido se producen los efectos jurídicos en relación con esta clase de actos. En muchos supuestos, el contenido de un dictamen o una opinión no da origen a una situación jurídica para el administrado. La interpretación o el planteamiento que se haga puede ser el ejercicio de una facultad que no se traduce en una regla de obligatorio acatamiento. Si el documento es el producto del ejercicio de una función interpretativa, los efectos no se producen en relación con los derechos individuales, sino en relación con los marcos interpretativos de las disposiciones normativas. Aunque no cabría un control de responsabilidad por los planteamientos, de ahí no se sigue que un control de legalidad sea improcedente.

El contenido de una opinión consultiva supone el ejercicio de una función interpretativa que está sujeta no solo a límites competenciales sino sustantivos. Una autoridad normativa estaría obligada a emitir opiniones según marcos interpretativos razonables que, sobre la base del derecho vigente, permitan tomar decisiones fundadas. Cabría preguntar si, en un dictamen o en un concepto, una autoridad puede hacer cualquier afirmación –incluida una proposición falsa– o si es posible un ejercicio arbitrario de esta atribución, esto es, sin que valgan las exigencias del principio de legalidad o de conformidad al derecho vigente⁶⁷. Existen límites para el ejercicio de tal potestad porque "la identificación del derecho vigente no podría hacerse con independencia de las interpretaciones que definen su contenido o delimitan su alcance"⁶⁸. Aunque este problema amerita un tratamiento independiente, cabe resaltar que el análisis de los efectos de un acto administrativo exige distinguir entre el concepto y el acto de expedirlo. El acto de expedir un concepto, sin duda, produce el efecto jurídico de satisfacer un derecho. La autoridad también se libera de un deber cuya omisión da lugar a la violación de una garantía. Aunque el legislador tiene una libertad de configuración para definir qué se controla y qué no, la cuestión no queda resuelta con una apelación a la eficacia jurídica de una decisión.

El problema de los efectos de un acto administrativo no se aclara con una referencia genérica a la producción de cambios en situa-

⁶² SÁNCHEZ TORRES 2007, 22.

⁶³ ALEXY 2002, 150.

⁶⁴ MACCORMICK 2007, 172.

⁶⁵ GUASTINI 1999, 365.

⁶⁶ Sentencia C-487/96.

⁶⁷ GUASTINI 2001, 111.

⁶⁸ CELIS VELA 2024, 43.

ciones o relaciones jurídicas⁶⁹. No hay un acto normativo que no produzca una consecuencia de esta naturaleza. La cuestión para elucidar es determinar qué situaciones constituyen el objeto de una función administrativa. Tales funciones no son independientes de las normas de competencia que atribuyen ciertas potestades, es decir, el reconocimiento de un acto administrativo depende de las normas que determinan su expedición. Tampoco hay autoridades sin normas que confieran poderes⁷⁰. La función administrativa deriva de las disposiciones que confieren atribuciones a algunas autoridades o particulares. El tratamiento dado en la doctrina a la cuestión de los efectos jurídicos de un acto administrativo parece basado en dos equívocos, a saber: en la equiparación entre actos administrativos y el control judicial a la administración, de un lado; y en la probable confusión entre actos normativos y de ejecución.

La clase de los actos administrativos y la de aquellos sujetos a control judicial no son co-extensivas. Los actos administrativos son un universo de normas de carácter administrativo que contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado. Las exigencias de un Estado de derecho presuponen que tales actos estén sometidos a normas previas y generales⁷¹. Como nada garantiza que las autoridades ejercerán sus potestades en el marco de los límites establecidos por la constitución o la ley, existen varias formas de control. El legislador determina qué tipo de actos administrativos admiten un control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Una teoría del acto administrativo debería señalar criterios diferentes para ambas clases de reconocimiento. Sin duda, la producción de efectos jurídicos no hace la diferencia específica. En el derecho colombiano, un acto de trámite produce efectos jurídicos, en otros términos, altera posiciones jurídicas, pero está excluido de los actos administrativos sujetos a control judicial. El control judicial no es derivable de los efectos del acto, sino de criterios independientes.

Un acto administrativo, en los destinatarios, puede originar distintas clases de actitudes prácticas. Los actos pueden ser obedecidos o ejecutados. La obediencia de un acto administrativo es una conducta material, la cual produce consecuencias jurídicas. El pago de una multa impuesta por una infracción en

el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio genera consecuencias jurídicas. Sin duda, el pago extingue una obligación, es decir, modifica una situación preexistente. Los actos ilícitos que realizan los particulares son comportamientos que alteran las relaciones jurídicas. Una situación normativa no es el producto exclusivo de los actos que realiza una autoridad en el marco de una relación de sujeción, también la pueden constituir sus titulares en el marco de conductas libres o facultativas. La ejecución del acto es una secuencia de conductas normativas, es decir, depende del ejercicio de potestades de ejecución. Los actos de ejecución de una decisión administrativa, sin duda, producen consecuencias jurídicas derivadas. En este caso, se trata de efectos que no admiten un control posterior de legalidad, pero esto no excluye que den lugar a nuevas normas que guíen la conducta.

El concepto de acto administrativo no podría elaborarse a margen de las normas de competencia que otorgan una potestad y regulan su ejercicio. En este contexto es útil distinguir entre las circunstancias y los actos presentes en el proceso de expedición de un acto administrativo y el acto administrativo como un producto normativo. Criterios como la voluntad psicológica o intencional pueden estar presentes en las actividades que contribuyen a su expedición; pero no son elementos definitorios del resultado normativo. Un acto administrativo, como todo acto normativo, por lo general, no es una entidad unitaria sino "que consta de una secuencia o pluralidad de actos distintos"⁷². No hay un acto que no esté directa o indirectamente relacionado con conductas humanas. El acto administrativo-producto consiste en disposiciones, normas, interpretaciones, declaraciones o valoraciones, las cuales normalmente se codifican en una lengua natural. Los pronunciamientos de las autoridades y de los particulares tendrán que ser analizados para saber si constituyen actos administrativos a partir de las normas que definen su expedición.

Las normas de competencia pueden entenderse como definiciones de los actos o productos normativos que resultan de su ejercicio⁷³. Sin un régimen jurídico previo no sería posible la expedición de un acto administrativo. "Una norma de competencia hace posible un acto normativo y crea la posibilidad

⁶⁹ BREWER-CARIAS 2020, 21.

⁷⁰ AGUILÓ 2000, 76.

⁷¹ LAPORTA 2007, 218.

⁷² GUASTINI 2016, 125.

⁷³ GUASTINI 1999, 308.

de cambiar posiciones jurídicas⁷⁴. En realidad, se trata de un fenómeno institucional que depende de otras normas que hacen posible tal actividad. Las metanormas que regulan su expedición constituyen el fundamento de un concepto de acto administrativo que determina su elucidación teórica. Así, un acto normativo como el administrativo "solo puede ser realizado, descrito y comprendido de acuerdo con las normas de competencia"⁷⁵, las cuales regulan su expedición. En efecto, se evitaría la apelación a propiedades conceptualmente superfluas que, además, generan confusiones en el reconocimiento de un acto como administrativo. Esto sería un presupuesto para la formulación de una doctrina sobre la base de conceptos claros y distintos. Tales elaboraciones teóricas están al servicio "de la estructura y función de las fuentes del derecho"⁷⁶.

Conclusiones

Una teoría adecuadamente elaborada debería proporcionar criterios relativamente generales para reconocer, en el universo de las manifestaciones de la función administrativa, aquellas que constituyan actos administrativos. Además, entre el conjunto de los actos administrativos también debería facilitar la identificación de aquellos que admitan alguna forma de control. La variedad de criterios que suministran la jurisprudencia y la doctrina genera muchos casos que caen en la zona de penumbra y, a la vez, no facilita la determinación de los actos concretos que admiten el control judicial. La importancia del acto administrativo entre las diversas formas de ejercicio de una función administrativa contrasta con la indeterminación semántica que tiene esta noción en la cultura jurídica colombiana. La vaguedad combinatoria que afecta al concepto es de tal intensidad que sus propiedades están articuladas en múltiples excepciones que dificultan su reconocimiento. Tal cuestión se agudiza cuando se advierten las ideologías sobre las potestades administrativas, el sistema de fuentes y la interpretación. La declaración de voluntad parece comprometida con una concepción formalista del ejercicio de la función administrativa. La administración realizaría actividades de mera ejecución de la ley.

La concepción del acto administrativo como una declaración de voluntad no captura adecuadamente la práctica jurídica que presu-

pone su expedición y reconocimiento. Un acto administrativo está empíricamente fundamentado en intenciones en sentido psicológico o institucional que carecen de relevancia para su existencia como instrumento de regulación de la conducta. El reconocimiento del acto administrativo no depende de la identificación de una voluntad ni de la declaración de sus efectos, sino de la naturaleza de las normas que determinan su producción. El acto administrativo está fundamentado en una decisión o en la atribución de propiedades institucionales. La interpretación de tales documentos normativos da lugar a normas y/o prescripciones que producen cambios en el sistema normativo. Aunque existen casos típicos que fácilmente son identificables como actos administrativos, la complejidad práctica de las actuaciones administrativas exige presupuestos conceptuales claros que permitan un adecuado uso de la institución y de los medios de control disponibles en el derecho positivo.

Las disposiciones o resoluciones de una autoridad administrativa son productos normativos. La voluntad tendría relevancia pragmática para dar cuenta de la génesis de una norma o un rol hermenéutico para determinar el significado de los enunciados o de las enunciaciões que expresan un acto administrativo; pero no sería un criterio para reconocer al acto administrativo como resultado en el que "se contienen declaraciones de voluntad"⁷⁷. Un acto-producto no debería confundirse con la circunstancias que inciden en su producción. La ontología de las normas jurídicas involucra dos problemas que no podrían confundirse: su origen y naturaleza⁷⁸. El problema de la identificación y el control del acto administrativo presupone un concepto relativamente compartido. Sin duda, esta cuestión tiene qué ver primordialmente con su naturaleza normativa, cuestión que no queda resuelta indicando en qué se fundamenta su origen, esto es, la voluntad de una autoridad. En el derecho legislado, desde una perspectiva pragmática, todas las normas provienen de actos de voluntad, pero sus resultados son entendidos como disposiciones o significados. Por tanto, conceptualmente convendría distinguir entre los actos normativos y sus contenidos.

Bibliografía citada

AGUILÓ, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Ariel.

⁷⁴ ALEXY 2002, 153.

⁷⁵ ARRIAGADA CÁCERES 2018, 9.

⁷⁶ VERGARA BLANCO 2015, 626.

⁷⁷ ARÓSTICA 2013, 272.

⁷⁸ GUASTINI 2018, 1.

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (2021). Definiciones y normas. En C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho* (459-482). Trotta.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1971). *Normative systems*. Springer-Verlag.
- ALEXY, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. J. Rivers. Oxford University Press.
- ARÓSTICA, I. (2013). La actividad jurídica de la administración del Estado. *Revista Actualidad Jurídica* 13(28), 261-277. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-actividad-juridica-de-la-administracion-del-estado/>
- ARÓSTICA, I. (2016). Una clasificación de los actos administrativos. *Revista Actualidad Jurídica* 17(34), 85-94. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/la-actividad-juridica-de-la-administracion-del-estado/>
- ARRIAGADA CÁCERES, M. B. (2018). Fundamentality, Interdefinability and Circularity. *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (35). <https://doi.org/10.4000/revus.4173>
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2023). Actos Administrativos. En F. VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M. M. [Eds.], *Manual de derecho administrativo* (423-445). Marcial Pons.
- BREWER-CARIAS, A. (2020). *Acto administrativo: estudios*. Olejnik.
- CASSAGNE, J. C. (2013). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Temis.
- CE LIS VELA, D. A. (2023). El análisis teórico del lenguaje jurídico. Un marco de presupuestos metodológicos para dar cuenta del derecho positivo. En A. M. Londoño y J. Zapata Flórez, *Pensar el derecho. Metodologías y elementos epistemológicos* (25-51). ILSA.
- CE LIS VELA, D. A. (2024). Los enunciados interpretativos en el control de constitucionalidad: un análisis sobre la relación entre interpretación y precedentes constitucionales a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. *Ius et Praxis* 30(1), 38-58. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122024000100038>
- CARRIÓ, G. (2011). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ª ed. Abeledo-Perrot.
- CORDERO, E. (2019). *La actuación formal de la administración. Acto y procedimiento administrativo*. Diplomado en derecho administrativo, Pontificia Universidad de Valparaíso.
- DÍAZ DÍEZ, C. (2018). Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Socio-Jurídicos* 21(2), 259-292. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7807>
- DÍAZ DÍEZ, C. A. (2014). Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia. *Revista de Derecho Administrativo* (39), 85-100. <https://doi.org/10.7764/redae.39.6>.
- DUARTE, D. (2019). Legal Science: The Demarcation Problem and the Perimeter of 'Good Science'. En D. DUARTE, P. MONIZ LOPES y J. SILVA SAMPAIO [Eds.], *Legal Interpretation and Scientific Knowledge* (211-251). Springer.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (1986). *Curso de derecho administrativo I*. Civitas.
- GORDILLO, A. (2011). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III. El acto administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2018). Dos concepciones de las normas. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (35), 1-11. <https://doi.org/10.4000/revus.3810>
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Distribuciones Fontamara.
- GUIBOURG, R., GHIGLIANI, A. y GUARINONI, R. (2004). *Introducción al conocimiento científico*. Eudeba.
- HOHFELD, W. N. (2004). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara.
- KELSEN, H. (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- LAPORTA, F. (2007). *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. Trotta.
- MACCORMICK, N. (2007). *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press.
- MARGOLIS, E. y LAURENCE, S. (1999). Concepts and Cognitive Science. En E. Margolis y S. Laurence [Eds.]. *Concepts. Core Readings* (3-81). MIT Press.
- MARMOR, A. (2014). *The Language of Law*. Oxford University Press.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2018). Realismo jurídico y conceptos dogmáticos. *Revista de Derecho*, 25 (2), 237-269. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3370>
- PAREJO ALFONSO, L. (2011). *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- PINO, G. (2016). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*. Edizioni ETS.
- RODRÍGUEZ, L. (2021). *Derecho administrativo. General y colombiano*. Temis.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. y SEDÍN, M. A. (2011). *Derecho administrativo español*. Netbiblio.
- SÁNCHEZ TORRES, C. (2007). *Acto administrativo*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- SÁNCHEZ-ZAPATA, D. C. y VERGARA MESA, H. D. (2021). La incidencia del principio de participación ambiental en la teoría del acto administrativo. *Vniversitas* (70), 1-19. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.ippa>
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2023). *Compendio de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- SCHAUER, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford University Press.
- VALDIVIA, J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, A. (2015). Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica. *Revista de Derecho (Valparaíso)* (44), 623-660. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100019>.
- VERGARA MESA, H. D. (2021). *Fundamentos de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia citada

Aydee Álvarez de Gómez contra Municipio de Pereira (2004): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

- Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad.: 66001-23-31-000-2000-00057-01. [Recurso de apelación].
- Inversiones M. Suárez & CIA contra Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2014): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Sentencia del 30 de abril de 2014. Rad.: 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). [Recurso de apelación de sentencia].
- Asociación Nacional de Pilotos Prácticos contra Dirección General Marítima (2002): Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 1 de agosto de 2002. Rad.: 11001-03-24-000-2000-06674-01(6674). [Medio de control de nulidad].
- Asociación de Institutores de Antioquia contra Departamento de Antioquia (2014): Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Rad.: 05001233300020120053301 (6674). [Medio de control de nulidad].
- María Edith Galarza Duarte contra Ministerio de Educación Nacional (2019): Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 11 de abril de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2017-01685-01(4025-17). [Apelación de auto].
- Sentencia C-487/96. Corte Constitucional. [Sentencia de constitucionalidad].

Después del caso *Loper Bright*: El margen de deferencia en la justicia administrativa

After the *Loper Bright* case: The margin of deference in administrative justice

José Ignacio Hernández G.*

En Derecho Administrativo, el margen de deferencia es el límite del control judicial sobre el Ejecutivo, derivado de la separación de poderes. Ese límite encierra una tensión entre el control judicial como institución clave del estado de derecho y el riesgo de un control excesivo que invada las funciones constitucionales del Ejecutivo. El Derecho Iberoamericano define ese límite a partir de la distinción entre la actividad reglada y la discrecional y respecto de esta última y los conceptos jurídicos indeterminados. En el Derecho de Estados Unidos, el límite se derivó del precedente conocido como *Chevron*, que permitía un control deferente cuando la ley confería autoridad a las agencias con base en conceptos vagos. El precedente fue derogado en el caso *Loper Bright*, que, con impresión, estableció una distinción que podría analizarse siguiendo la distinción iberoamericana: mientras que el uso de conceptos jurídicos indeterminados no confiere poderes discrecionales y no está sujeto a un control deferente, las decisiones de formulación de políticas adoptadas por las agencias con base en la delegación están sujetas a un control restringido que, en todo caso, se aplica incluso respecto de la arbitrariedad.

Palabras clave: contencioso administrativo, Administración Pública, margen de deferencia, discrecionalidad, Derecho Administrativo de los Estados Unidos, Derecho Administrativo Iberoamericano, principios generales, doctrina *Chevron*, doctrina *Loper Bright*.

Introducción

El margen de deferencia, en ocasiones conocido como margen de apreciación, establece el límite del control judicial sobre el Poder Le-

In Administrative Law, the margin of deference is the limit of the judicial review over the Executive, derived from the separation of power. That limit encompasses a tension between the judicial review as a key institution of the rule of law and the risk of an excessive review that invades the constitutional functions of the Executive. The Ibero-American Law defines this limit based on the distinction between the ruled and the discretionary activity and regarding the last one and the undetermined legal concepts. In U.S. Law, the limit was derived from the precedent known as *Chevron*, which allowed a deferential review when the statute vested authority in the agencies based on vague concepts. The precedent was overruled in the case of *Loper Bright*, which, with impression, set a distinction that could be analyzed following the Ibero-American distinction: while the use of undetermined legal concepts does not vest discretionary powers and is not subject to a deferential review, the policy-making decisions adopted by agencies based on delegation is subject to a constrained review that, in any case, applies even regarding the arbitrariness.

Keywords: judicial review, Executive Power, margin of deference, discretion, U.S. Administrative Law, Ibero-American Administrative Law, general principles, *Chevron* doctrine. *Loper Bright* doctrine.

gislativo y Ejecutivo, derivado de la separación de poderes¹. En el ámbito del Derecho Administrativo, este margen de deferencia delimita el control judicial sobre la Administración Pública, para conciliar dos principios: por un lado, el principio según el cual la actividad e inactividad administrativa debe estar sometida a control judicial; por el otro, que el control judicial no puede invadir la esfera de funciones propias de la Administración. Con lo cual, el margen de deferencia es, ante todo, una cuestión de Derecho Constitucional, o tanto mejor, de Derecho Constitucional Administrativo.

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Dirección postal: Brookline, MA. Correo electrónico: ignandez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1031-8541>

Artículo recibido el 29 de agosto de 2024 y aceptado el 09 de octubre de 2024.

¹ BREWER-CARIAS 1987, 9 y ss.

En el Derecho Administrativo Iberoamericano, y por influencia de Eduardo García de Enterría, el margen de deferencia descansa en la distinción entre la actividad administrativa reglada y la actividad discrecional, y en la distinción entre ésta y los conceptos jurídicos indeterminados. Desde un plano comparativo, y por ende, abstracto y general, el control judicial sobre la actividad reglada es pleno, mientras que el control sobre la actividad discrecional es deferente. Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, pueden apreciarse dos matices. Así, en ocasiones, se admite el control pleno; pero hay situaciones en las cuales la aplicación de esos conceptos admite cierto grado de deferencia.

Este esquema general del Derecho Administrativo rige al Derecho Administrativo Económico, con la particularidad de que, en esta disciplina, el uso de conceptos jurídicos indeterminados es mucho más frecuente, por el uso de expresiones técnicas y científicas, cuyo contenido no puede ser agotado en la Ley². Es común que el uso de expresiones técnicas e indeterminadas esté acompañado de apreciaciones discrecionales, de lo cual resulta que la actividad administrativa que interpreta y aplica al caso concreto conceptos técnicos, puede quedar sujeta a un control judicial deferente. Junto al margen de deferencia, el otro gran problema a resolver es el contenido mínimo que la Ley debe contener al desarrollar las limitaciones a la libertad de empresa que la Administración puede aplicar. En tanto esas limitaciones son materia de la reserva legal, una solución general es que el Legislador no puede delegar indeterminadamente a la Administración Económica, la definición de las limitaciones a la libertad de empresa, todo lo cual suele quedar resumido en las prohibiciones a la deslegalización y las remisiones en blanco.

Este es el esquema que en el Derecho Administrativo de Iberoamérica ha aplicado a la llamada actividad administrativa regulatoria, que como es sabido, responde a la trasposición del modelo regulatorio del Derecho Administrativo de Estados Unidos. Pero al trasponer este concepto, no se tomó en cuenta las particularidades del control judicial de la actividad regulatoria, o de las agencias regulatorias. Así, desde 1984, el control judicial de las agencias quedó definido por la llamada doctrina *Chevron*, que en términos sencillos, definió dos reglas. Si la Ley no emplea conceptos vagos o indeterminados, el control judicial

de los asuntos de Derecho es pleno; pero si la Ley emplea conceptos vagos, el control de estos asuntos es deferente. Si comparamos esta solución con el esquema comentado en Iberoamérica, resalta una diferencia: mientras que el control judicial de conceptos jurídicos indeterminados es, por principio, pleno, en Estados Unidos es un control deferencial.

En 2024 el precedente que dio lugar a esta doctrina fue revocado por la Corte Suprema, en el caso conocido como *Loper Bright*. Pero es posible derivar, de este caso, una nueva doctrina del margen de deferencia. Así, el uso de conceptos vagos por el legislador da lugar a un control judicial pleno. Pero si la Ley encomienda (o delega, como se le dice en Estados Unidos) en las agencias la decisión de opciones de políticas públicas, entonces, el control judicial es deferente. Sin embargo, la atribución de potestades discrecionales, en cuestiones mayores, no podría dar lugar a deslegalizaciones. Como se observa, esta solución parece más próxima a la distinción entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados. En adición, en el caso *Loper Bright* la Corte reiteró la llamada doctrina de las cuestiones mayores, y que en cierto modo, refleja algunos aspectos de la teoría de la reserva legal, imponiendo por ello límites a la asignación de competencias discrecionales a las agencias.

I. Los fundamentos del margen de deferencia en el Derecho administrativo de Iberoamérica y Estados Unidos

La Revolución Americana inspiró la idea de organizar al Estado a partir de la Constitución escrita, basada en la democracia representativa, la separación de poderes, el reconocimiento de derechos de las personas y, en suma, la supremacía de la Constitución. Este fue el modelo que inspiró a la Revolución Hispanoamericana iniciada en 1810 y que ha llevado a importantes similitudes en el diseño constitucional, como sucede por ejemplo en Argentina³. Pero esta comunidad de bases constitucionales, entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, no acompañó a la formación del moderno Estado administrativo. Así, mientras que en Iberoamérica las bases constitucionales se adaptaron a la expansión de cometidos del Estado, las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Estados Unidos no se modificaron. Esto explica por qué, en Iberoamérica,

² VERGARA BLANCO 2018, 21 y ss.

³ BREWER-CARIAS 2019, 77 y ss.

el control judicial de la Administración Pública es una pieza central en la construcción del sistema de Derecho Administrativo, mientras que en Estados Unidos ese control, si bien importante, no cumple un rol determinante en la construcción de un sistema de valores, principios y reglas.

1. El Derecho Administrativo Iberoamericano como el Derecho de la administración pública al servicio de las personas

En Iberoamérica, el Derecho Administrativo es, en esencia, el Derecho de la Administración Pública, entendida en su doble dimensión de organización dentro del Poder Ejecutivo y actividad estatal⁴. Con lo cual, el Derecho Administrativo cubre todos los aspectos de la Administración Pública, incluyendo su concepto, bases constitucionales, organización administrativa, régimen de recursos financieros, régimen de los empleados públicos, procedimiento administrativo, acto administrativo, contratos públicos, actividad administrativa y control judicial⁵. El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo⁶ propendió a la definición del Derecho Administrativo a partir del concepto vicarial de Administración Pública, esto es, como la organización fiduciaria a cargo del servicio a los ciudadanos⁷. Especialmente en América Latina, esto ha llevado a definir a la Administración Pública desde el bien común⁸.

En esta evolución, el Derecho Administrativo en Iberoamérica se ha desarrollado como un sistema racional de reglas, principios y valores, que pivotan en torno a la idea de la Administración a cargo de la gestión concreta de los cometidos estatales. La configuración de este sistema racional ha permitido evitar el

rigor del legiscentrismo, adoptando una visión más flexible en torno a los principios generales del Derecho Administrativo, en especial, con base en las ideas de Eduardo García de Enterría⁹, de gran influencia en América Latina¹⁰. Por ello, en esta región, como observó Jesús González Pérez, las Leyes de procedimiento son, básicamente, Leyes de principios generales¹¹.

Como resultado de lo anterior, el principio de legalidad se define más bien como principio de juridicidad, o como sostiene la Constitución de España, el principio del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Bajo el paradigma de la buena administración -y de acuerdo con la Carta Iberoamericana que resume los principios generales en esta materia- este sometimiento no solo previene el abuso de poder sino que también emplaza a la Administración a actuar, en especial, en el contexto de su actividad prestacional impulsada por la cláusula del Estado Social y el reconocimiento derechos económicos y sociales. El resultado es la acumulación de diversas, complejas y cambiantes tareas que la Administración Pública debe cumplir, siempre, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico. Por ello, la actividad administrativa, en Iberoamérica, no es solo la ejecución de la Ley sino más bien, la gestión concreta de los cometidos estatales o, tanto mejor, la gestión concreta del bien común por medio de relaciones jurídico-administrativas centradas en la persona y sometidas a todo el ordenamiento jurídico. Esta imagen es reflejada, especialmente, en el artículo 138 de la Constitución de República Dominicana, uno de los más recientes ejemplos de la constitucionalización del Derecho Administrativo¹².

La generalidad del estudio de la Administración Pública por el Derecho Administrativo ha reducido la importancia de la Administración Pública como objeto de las ciencias políticas y económicas. Así, el estudio de las ciencias de la Administración y la perspectiva de las políticas públicas ha cedido espacio por la juridificación de la Administración Pública. Por ello, su control judicial, aun cuando no es el único control aplicable, sí ha ocupado lugar central en el Derecho Administrativo Iberoamericano, el cual descansa, de esa manera,

⁴ La más sencilla definición de Derecho Administrativo es, así, el Derecho de la Administración Pública. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2001, 27 y ss. Exponen los autores que "la más simple y tradición definición del Derecho administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública". Asimismo, para la América española, vid. MARIENOFF 1998, 41. De conformidad con este autor, "el objeto del derecho administrativo es la Administración Pública (...) de ahí que, antes de definir aquel derecho, resulte aceptable saber qué ha de entenderse por Administración Pública. Conocido el objeto del derecho administrativo, se verá luego en qué consiste éste. Es un plan lógico".

⁵ Hemos esbozado tan solo una lista no exhaustiva de la temática incluida en el Derecho Administrativo de Iberoamérica, en especial, en su llamada parte general. Véase, con mayor profundidad, a BREWER-CARIAS 2015, 41 y ss.

⁶ MONTAÑA PLATA 2014, 63 y ss.

⁷ HERNÁNDEZ 2011, 34 y ss.

⁸ CASSAGNE 2021, 1 y ss.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016).

¹⁰ RODRÍGUEZ 2014, 37

¹¹ GONZALES PÉREZ 2003, 1507 y ss.

¹² En general, vid. BREWER-CARIAS y HERNÁNDEZ 2017, 35 y ss.

en la jurisdicción contencioso-administrativa¹³. El ya señalado proceso de constitucionalización ha favorecido la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa centrada en la revisión de legalidad del acto administrativo previo, a esa jurisdicción como cauce de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, a partir de un sistema abierto de pretensiones procesales administrativas, en especial, por influencia de Jesús González Pérez¹⁴.

2. El Derecho Administrativo en Estados Unidos como el Derecho de las agencias. La ausencia de un sistema racional

La principal diferencia entre el Derecho Administrativo en Iberoamérica y Estados Unidos es que mientras que el primero gira en torno a la Administración Pública, el segundo, como Bernard Schwartz explica, pivota en las agencias, esto es, las organizaciones administrativas que se integran al Poder Ejecutivo y actúan, en el ámbito federal, bajo la autoridad de la Presidencia¹⁵.

Así, fue luego de la Guerra Civil (1861-1865) cuando convergieron las condiciones institucionales para promover la mayor cohesión económica y social en Estados Unidos, todo lo cual elevó las demandas hacia el Gobierno Federal. Fue en este contexto cuando, en 1887, el Congreso creó mediante Ley a la Comisión de Comercio Interestatal (ICC), y así, atender cometidos estatales que requerían de una organización administrativa especializada, más allá de los Departamentos¹⁶. Este es el origen de las agencias, que es la organización administrativa central en Estados Unidos. Suele considerárseles como independientes, pues su organización es separada de la organización de los Departamentos -o Secretarías- dependientes de la Presidencia, aun cuando no en todos los casos ellas gozan de lo que se conoce como autonomía funcional¹⁷.

La creación de la ICC en 1887, en todo caso, fue resultado de una línea jurisprudencial que, desde inicios del siglo XIX, interpretó el artículo 2 de la Constitución a los fines de considerar que el Congreso, mediante Ley, podía encomendar competencias a agencias para incidir en relaciones jurídico-administrativas. Esta línea de interpretación judicial es cono-

cida como la *doctrina de la no-delegación de competencias del Congreso*, que en realidad no alude a la delegación de funciones legislativas como se entiende en Iberoamérica, sino a la creación, mediante Ley, de agencias que pueden ejercer potestades administrativas, todo lo cual requiere una adecuada habilitación legal¹⁸. Lo que en el Derecho Constitucional y Administrativo se denomina "delegación", no es otra cosa que la asignación, por Ley, de potestades a las agencias. La llamada doctrina de la no-delegación exige que esa atribución sea específica, lo que en un plano comparado coincide con el concepto de competencia como materia de la reserva legal, en el Derecho Iberoamericano¹⁹.

Las agencias cobrarían importancia a inicios del siglo XX, como resultado del advenimiento del Estado Social, bajo la modalidad del Estado de Bienestar, en el marco de las políticas adoptadas en el marco del llamado *New Deal*. En efecto, la interpretación de la Constitución Económica se había inclinado a favor de la libertad de empresa, restringiendo los títulos de intervención del Estado, en lo que se conoció como la era *Lochner*²⁰. La Gran Depresión forzó a abandonar esta interpretación a favor de un rol mucho más activo del Estado, lo que se tradujo en Leyes que crearon agencias empoderándolas con amplias potestades para ordenar la economía por medio de reglamentos (*rulemaking*), así como imponer limitaciones en casos concretos (*adjudication*). En 1935 la Corte Suprema consideró inconstitucional este tipo de Leyes, al considerar que la "delegación" de competencias colidía con la doctrina de la no-delegación²¹. Este criterio fue más bien temporal, pues en 1937 la Corte abandonó esa posición,

¹³ Por ejemplo, vid. FIGUEIREDO 2018, 71 y ss.

¹⁴ Tal y como ha explicado UROSA MAGGI 2004, 103 y ss.

¹⁵ SCHWARTZ 1984, 2-3

¹⁶ Creada por la Ley de Comercio Interestatal. 24 Stat. 379 (1887). Vid. CUSHMAN 1941, 37 y ss.

¹⁷ SCHWARTZ 1984, 17 y ss

¹⁸ La doctrina de la no-delegación prohíbe al Congreso delegar la función legislativa en otros Poderes, pero ha sido interpretada a la asignación, por Ley, de competencias a las agencias para ejercer potestades administrativas, incluso, la potestad de dictar normas administrativas, o potestad reglamentaria. Ya a inicios del siglo XIX la Corte Suprema había reconocido que la función normativa no era privativa del Congreso, en especial, en cuanto a las normas procesales que podían dictar las Cortes. Véase: *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825). Asimismo, a fines de ese siglo, ya se había aceptado que órganos administrativos ejercieran funciones que eran administrativas y judiciales, o sea, funciones cuasi-judiciales. Véase: *Orchard v. Alexander*, 157 U.S. 372 (1895). Cfr.: SCHWARTZ 1984, 21

¹⁹ Puede verse, desde el Derecho Comparado, MORENO MOLINA 1995, 30 y ss.

²⁰ En referencia a la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Cfr.: GILLMAN 1993, 45 y ss.

²¹ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)

tolerando la creación, mediante Ley, de agencias a cargo de la ordenación y supervisión de determinado sector económico²². A partir de allí, comenzaron a proliferar las agencias, en lo que se ha considerado como el moderno Estado administrativo²³. Con lo cual, en realidad, la llamada doctrina de la no-delegación solo fue aplicada entre 1935 y 1937.

La proliferación de las agencias se dio sin que existiese un régimen sustantivo de Derecho Administrativo, más allá de las Leyes (o estatutos) de creación de estas organizaciones. De esa manera, en 1903 -en la que es considerada la primera obra de Derecho Administrativo en Estados Unidos- Bruce Wyman observó que era notable que el Derecho Administrativo no hubiese sido concebido como una rama del Derecho Público en Estados Unidos, cuando forma parte del ordenamiento jurídico de todos los países de la Europa continental²⁴. Al siguiente año Goodnow²⁵ observó que en Estados Unidos esta disciplina había sido largamente ignorada, cuestionando en todo caso la observación de Dicey en cuanto a la inexistencia del Derecho Administrativo en el Reino Unido y Estados Unidos²⁶. Como observó Goodnow, en todo Estado hay Derecho Administrativo, en tanto todo Estado requiere de la Administración Pública para la ejecución de las políticas públicas definidas por el Gobierno²⁷.

Fue Elihu Root uno de los primeros en llamar la atención sobre la necesidad de establecer un cuerpo jurídico especial para las agencias²⁸. Como Daniel Ernst ha estudiado²⁹, Ernest Freund continuó esta idea al sugerir enmarcar el incipiente Derecho Administrativo en Estados Unidos a través de la óptica del Estado de Derecho en Alemania, con el propósito de acotar la discrecionalidad de la Administración, en especial, por medio de principios generales aplicados en el marco del control

judicial a través de cortes administrativas³⁰. Las “cortes administrativas” serían, así, cortes ubicadas dentro del Poder Judicial, pero con competencia solo para resolver disputas jurídico-administrativas. La creación de estas cortes especializadas, para Freund, permitiría la consolidación de una línea jurisprudencial igualmente especializada en torno a principios diseñados para las particularidades de las relaciones jurídico-administrativas, un objetivo que no podía lograrse en la medida en que esas relaciones quedasen sometidas al control de las cortes ordinarias en aplicación del derecho común.

La aplicación del modelo alemán se ajustaba al sistema judicialista imperante en Estados Unidos, mucho más que el modelo del Consejo de Estado de Francia. Además, y también a diferencia de Francia, el Derecho Administrativo en Alemania no se basaba en una distinción rígida entre el Derecho Público y el Privado. Este sistema de Derecho Administrativo, por medio de reglas y principios especiales, permitía acotar mejor la discrecionalidad administrativa, según la opinión de Freund. Junto a esta posición, Felix Frankfurter también propuso estudiar sistemáticamente el Derecho Administrativo, pero sin advocar por un cambio en el sistema del Common Law, y en especial, sin proponer remedios judiciales especiales. En su opinión, el sistema político de Estados Unidos permitiría crear controles sobre las agencias más allá de la revisión judicial³¹.

La propuesta de Freund no prosperó y, como resultado, el control judicial de las agen-

²² *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)

²³ VERMEULE 2018, 24 y ss.

²⁴ WYMAN 1903, 2 y ss.

²⁵ FRANK JOHNSON 1905, 1-2

²⁶ DICEY 1952, 328

²⁷ FRANK JOHNSON 1905, 4 y ss.

²⁸ Hay un cambio inevitable –escribió Root– derivado del advenimiento de un cuerpo de Derecho Administrativo, el cual ha modificado el modelo tradicional de cumplimiento de la Ley a través de los tribunales. El creciente cúmulo de tareas del Estado solo puede ser atendido mediante la delegación de funciones en empleados administrativos, todo lo cual requiere desarrollar un sistema de Derecho Administrativo, todavía incipiente. Vid.: LODGE y ELIHU 1917, 11 y ss. Véase el análisis de la posición de ROOT en PIERCE 2010, 13 y ss.

²⁹ ERNST 2014, 1 y ss.

³⁰ FREUND 1894, 2 y ss. Algunos años después el autor comenzó a abordar sistemáticamente el estudio del Derecho Administrativo, con el propósito de fijar reglas y principios para resolver conflictos entre los poderes administrativos y los derechos individuales. Estas reglas y principios debían diferenciarse de aquellos que aplican a relaciones entre iguales, un objetivo que en Europa se había facilitado por el surgimiento de cortes administrativas especializadas, en contraposición al modelo del *Common Law*. Freund 1911, 1-3 así como The University of Chicago Press 1928, 71 y ss.

³¹ El Derecho Administrativo se relaciona con el control legal sobre agencias que administran la Ley distinto a los controles judiciales, así como el ámbito de control judicial sobre esas agencias. La existencia de esas agencias era resultado de los cambios sociales que han empujado al reconocimiento de poderes administrativos discrecionales. La prevención del abuso de ese poder no puede depender solo del control judicial, sino de la profesionalización del servicio civil. Cfr.: FRANKFURTER 1927, 614. Esta aproximación también está presente en FRANKFURTER 1931, 3 y ss. La necesidad de estudiar el Derecho Administrativo ante el surgimiento de las agencias, se hizo desde el modelo del *Common Law*, sin necesidad de apelar al modelo europeo continental, como Freund observó al escribir una reseña de esa obra (*Harvard Law Review* N° 46, 1932, pp. 167 y ss.).

cias se sometió al derecho común. Sin embargo, la Corte Suprema estableció una incipiente línea de interpretación orientada a ajustar los cauces procesales de derecho común a las peculiaridades de la actividad administrativa³². Finalmente, en 1946 se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo que intentó conciliar las críticas en contra de la expansión de la intervención administrativa en la economía, y la posición de quienes entendían que esa intervención era indispensable para acompañar las políticas de desarrollo³³. Por ello, esta Ley -a diferencia del modelo de Leyes de Procedimiento Administrativo en América Latina inspiradas en el Derecho Español³⁴- fue más allá del procedimiento administrativo, o sea, de la ordenación jurídica de los cauces por medio de los cuales la Administración Pública dicta actos administrativos. En realidad, esa Ley es la Ley de las agencias, y no solo de su procedimiento administrativo, pues lo cierto es que también estableció el marco jurídico del control judicial³⁵.

La ausencia de cortes especializadas y de Leyes administrativas especiales, más allá de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha impedido la construcción de un sistema racional de Derecho Administrativo en Estados Unidos. En realidad, en ese país el Derecho Administrativo es, principalmente, el estudio de los estatutos que aplican a las agencias y a su actividad de regulación, todo lo cual hace que el método de interpretación por excelencia sea el exegético, en especial, a través del estudio de casos. Con lo cual, a pesar de que el Poder Judicial controla la actividad de las agencias, como modalidad del *judicial review*, ese control no ha derivado en un sistema racional, tal y como sucedió en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Por ello, y con razón se ha señalado que el diseño institucional del Derecho Administrativo es frágil³⁶.

³² *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932). El poder de adjudicación debe conducirse mediante procedimientos participativos en el marco del debido proceso, alertando que la determinación de los hechos efectuada por el Poder Ejecutivo puede ser revisada judicialmente.

³³ Este rol de la Ley de Procedimiento Administrativo fue resumido por la Corte Suprema en el caso *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950), 339. Vid. HERNÁNDEZ 2021, 289 y ss.

³⁴ BREWER-CARIAS 2020, 35 y ss. Desde la visión de Estados Unidos, vid. CARBONELL PORRAS 1996, 45 y ss.

³⁵ WALKER 2017, 629 y ss. Walker considera a la Ley como "cuasi-constitucional", en el sentido que las bases del Derecho Administrativo se han establecido a través de su interpretación jurisprudencial.

³⁶ BELL 2020, 252. La anatomía del Derecho Administrativo en Estados Unidos, propuesta por Bell, pone al

II. El problema del control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Administrativo de Iberoamérica y Estados Unidos

La distinta evolución institucional de la justicia administrativa en Iberoamérica y Estados Unidos ha llevado a la primera región a diseñar un robusto sistema que, al menos en teoría, resuelve adecuadamente el problema del margen de deferencia, que en realidad, no es otra cosa que la decisión sobre cómo distribuir el proceso de toma de decisiones entre la Administración Pública, el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Este sistema descansa en principios generales y, en especial, en la interdicción de la arbitrariedad, a los fines de lograr el balance entre la flexibilidad que requiere el moderno Estado administrativo y el control que debe existir sobre su actividad, no solo para prevenir el abuso de poder sino también, y en especial, la inactividad administrativa. Como resultado de ello, la Ley -en sentido positivo- no agota el principio de legalidad, que es más bien principio de juridicidad, especialmente, informado por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero tal sistema de principios no existe en Estados Unidos, como vimos, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo sí contempla estándares de revisión que parten del concepto de arbitrariedad. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en las Leyes de procedimiento de Iberoamérica, esta Ley no contiene ninguna fórmula precisa sobre los límites al poder discrecional, en un vacío que fue llenado por el que es, quizás, el precedente más importante del Derecho Administrativo de Estados Unidos, como es el caso *Chevron*³⁷, y que como veremos, fue en todo revocado por la Corte Suprema en 2024.

1. La racionalidad del sistema iberoamericano sobre el control judicial de la discrecionalidad

Como Allan R. Brewer-Carías ha resumido, la evolución del Estado de Derecho puede medirse por el grado de avance del control judicial de la discrecionalidad administrativa³⁸,

descubierto un complejo ordenamiento que dificulta la identificación de un concepto organizacional, o sea, de un concepto que pueda abarcar sistemáticamente a todo el Derecho Administrativo.

³⁷ *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), de 25 de junio de 1984.

³⁸ BREWER-CARIAS 2020, 77 y ss.

como reacción a las inmunidades del poder, siguiendo muy de cerca la teoría desarrollada por Eduardo García de Enterría³⁹. En efecto, de la discrecionalidad como decisión política inmune al control judicial, se ha pasado a un concepto jurídico de discrecionalidad que preserva su existencia -esencial en el Estado administrativo- proscribiendo la arbitrariedad.

Esta evolución puede explicarse por varias etapas. La primera -importante al comparar el modelo de Estados Unidos- es la distinción entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, o lo que es igual, entre la discrecionalidad administrativa y la técnica⁴⁰. En la primera, la Ley otorga a la Administración Pública competencia para definir, en cada caso concreto, las políticas públicas adecuadas al interés general, todo lo cual implica el reconocimiento de diversas opciones -todas lícitas- que la Administración puede adoptar; en la segunda, la Ley asigna el ejercicio de competencias con base en conceptos de contenido técnico, y por ende, indeterminados en la Ley pero determinables por la Administración en cada caso concreto, de forma tal que solo hay una opción válida. En ambos casos, la Ley asigna competencias de manera no exhaustiva, lo que se traduce en el margen de apreciación por medio del cual la Administración ajusta su actividad a las particularidades del caso concreto⁴¹.

Dentro de Iberoamérica, la llamada discrecionalidad técnica puede ser enfocada de dos maneras⁴². Por un lado, la discrecionalidad técnica puede equipararse a la actividad reglada, en el sentido que la Administración solo puede escoger la opción prevista en la Ley, aun cuando para ello tenga que interpretar conceptos indeterminados. Como consecuencia, el juez contencioso administrativo podría sustituirse en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados⁴³. Por el otro lado, la discrecionalidad técnica puede interpretarse a los fines reconocer a la Administración un margen de deferencia en la interpretación técnica de la Ley. Este margen no descansa en la opcionalidad presente en la discrecionalidad administrativa, sino en la

mejor capacidad de la Administración Pública para precisar conceptos indeterminados, en comparación con el juez. Ello puede ser común en el ámbito del Derecho Administrativo Económico, lo que podría llegar a reconocer cierta deferencia en la interpretación de estos conceptos, especialmente, cuando éstos otorguen un halo de incertidumbre, o sea, un espacio de toma de decisiones de políticas públicas que no pueden reducirse⁴⁴.

Salvando las diferentes aproximaciones en torno a la discrecionalidad técnica, lo cierto es que en el Derecho Administrativo Iberoamericano se aprecia una evolución, centrada en los derechos humanos, hacia el mayor control judicial, incluso, admitiéndose que en ciertos casos es posible reducir a cero la discrecionalidad, especialmente, por medio de la aplicación de principios generales que determinen la arbitrariedad de opciones discrecionales. Estos avances, en todo caso, parten de reconocer la necesidad de respetar la diferencia entre el ámbito de decisión administrativa y el ámbito de decisión judicial, en el sentido que la Administración Pública requiere, para el cumplimiento de sus cometidos, de un ámbito -mayor o menor- de apreciación discrecional para configurar en cada caso concreto la decisión que podrá adoptar. Como resume recientemente Mariano Bacigalupo, la función constitucional de la Administración -servir eficazmente los intereses generales- no puede cumplirse si la Ley *"programa exclusivamente a través de normas de programación condicional dotadas de una alta densidad normativa"* a la actividad administrativa. Como resultado, el control jurisdiccional debe ajustarse al *"margen de apreciación o de decisión"* que la Ley reconoce a la Administración, de lo cual resulta un control negativo, pues éste *"no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico"*, para lo cual resultan fundamentales los principios generales⁴⁵.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, es la Administración -y no el juez- quien cuenta con la legitimidad y capacidad suficiente para determinar, en cada caso concreto, las políticas que mejor sirven al bien común, dentro del margen permitido por la Ley y siempre con sometimiento al Derecho y en especial, a los principios generales, como por ejemplo, realza el artículo 3 de la Ley 107-13, que en

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 159 y ss.

⁴⁰ SANZ RUBIALES 2015, 223 y ss.

⁴¹ RODRÍGUEZ 2017, 345.

⁴² ARROYO JIMÉNEZ 2024, 144 y ss.

⁴³ Allan R. Brewer-Carías, por ejemplo, estudia como un avance, la distinción entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, en tanto éstos no confieren margen de apreciación alguna y, por ende, pueden ser controlados plenamente.

⁴⁴ LAGUNA DE PAZ 2017, 83 y ss.

⁴⁵ BACIGALUPO 2023, 137 y 140

República Dominicana rige a los “Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo”. Así, “el principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales”, como resume el capítulo segundo, sección cuarta, de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública⁴⁶.

2. La precariedad de la doctrina Chevron, y las dudas de la doctrina *Loper Bright*

En Estados Unidos, fue la jurisprudencia, y no la Ley de Procedimiento Administrativo, la que terminó definiendo el margen de deferencia en lo que se conoce como la doctrina Chevron, derivada de una sentencia de la Corte Suprema de 1984⁴⁷. En resumen, la llamada doctrina Chevron parte de tres pasos⁴⁸.

El primer paso parte de analizar si la Ley ha encomendado, a la agencia, la competencia para dictar reglamentos o adjudicar casos, esto es, si ha operado lo que se llama –impropiamente– la delegación. En términos más generales, la doctrina Chevron aplica cuando la Ley ha encomendado a las agencias el ejercicio de lo que se conoce, en Iberoamérica, como potestades administrativas.

El segundo paso supone determinar si la delegación –en realidad, asignación de la competencia por la Ley– se basa en conceptos jurídicos precisos y definidos. En este supuesto, el control judicial es pleno, en el sentido que la corte podrá subsumir la decisión de la agencia en el Estatuto, para determinar la legalidad de esta decisión, en cuanto a sus fundamentos de Derecho. Aquí estamos ante un supuesto similar a lo que se conoce como potestad reglada en el Derecho Administrativo Iberoamericano.

⁴⁶ La acotación del margen de deferencia en los principios generales del Derecho Administrativo encuentra en la buena administración un apoyo importante, en tanto ésta realiza el control de la calidad de la actividad administrativa. Cfr.: PONCE SOLÉ 2016, 57 y ss.

⁴⁷ En general, vid. BREYER 2011, 287. En realidad, la interpretación tradicional es que tal doctrina se basa en dos pasos (los pasos dos y tres, en nuestra enumeración). Pero hemos incluido un paso previo, el llamado paso cero. Vid.: SUNSTEIN 2006, 187.

⁴⁸ Es importante observar que el sentido de esta sentencia no ha estado exento de debates, pues se sostiene que ella no quiso establecer una nueva doctrina sobre la deferencia, sino más bien aplicar los precedentes sobre la revisión judicial a casos especialmente complejos, como los ambientales. Cfr.: LAWSON y SEIDMAN 2020, 28 y ss

El tercer paso aplica en casos de competencias asignadas de manera ambigua, o sea, cuando la Ley no define con claridad los conceptos que la agencia podrá concretar y determinar de acuerdo con su apreciación. En estos casos la corte no puede realizar una labor plena de subsunción entre la acción de la agencia y el estatuto, ante lo cual, aplica una regla de deferencia: la corte presumirá válida la interpretación de la agencia, si ésta es “permisible”⁴⁹. Este criterio ha sido concretado al señalarse que la interpretación de los reglamentos administrativos, igualmente, debe presumirse válida, salvo cuando resulte evidentemente errónea o inconsistente con esa regulación, en lo que se conoce como la deferencia *Auer*⁵⁰. Este supuesto se aproxima a la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Iberoamericano.

En realidad, usualmente, esta doctrina es estudiada solo en atención a los últimos dos pasos, en lo que se conoce como los dos pasos de la doctrina Chevron, que más que pasos, son criterios para determinar el alcance del control judicial, en lo que respecta a los motivos de Derecho. De esa manera, (i) el control es pleno, si la Ley emplea conceptos determinados y precisos, y (ii) aplica el margen de deferencia, si la Ley emplea conceptos imprecisos o indeterminados, siempre y cuando la agencia haya realizado una interpretación permisible⁵¹. Estas reglas solo aplican a las cuestiones de Derecho, pero no así a los motivos de hecho, pues aquí el control judicial siempre es pleno, como se definió en el caso *State Farm*⁵².

⁴⁹ Citando el caso *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974), la Corte concluyó que el poder de una agencia administrativa para gestionar las competencias y tareas asignadas por Ley requiere llenar los vacíos, implícitos o explícitos, dejados por la Ley, la cual puede –en consecuencia– delegar en la Administración Pública ciertas decisiones, en especial, a través de la potestad reglamentaria. En tal caso –concluyó la Corte– “un tribunal no puede sustituir su propia interpretación de una disposición legal por una interpretación razonable hecha por el administrador de una agencia”, 467.

⁵⁰ *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997), de 19 de febrero, 461, citando el caso *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U. S. 410, 414 (1945).

⁵¹ MERRILL 2022, 55 y ss.

⁵² El control judicial ha sido considerado como “pleno” (“hard look”) en la revisión de los fundamentos de hecho del acto administrativo, especialmente, desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Vid.: BREYER, Stephan 2011, 386 y ss. Por ello, se reconoce que el poder judicial puede revisar y anular actos que no se apoyen en la evidencia recabada en el procedimiento administrativo (*Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998), de 26 de enero, 380). En especial, el

Estos dos pasos, en todo caso, no logran dar una explicación constitucional al margen de deferencia ni, a decir verdad, lograr definir un sistema racional de control judicial de las agencias. Pero no debemos imputar esas deficiencias a la sentencia de la Corte, pues en realidad, esta doctrina no devino de la propia sentencia sino más bien de su interpretación por las cortes inferiores, que encontraron en esta sentencia criterios para definir el ámbito del control judicial que había delimitado la Ley de Procedimiento Administrativo. En suma, las cortes -en especial, en Washington, D.C.- tomaron este precedente para poder fijar criterios necesarios para la revisión judicial de las complejas cuestiones a cargo de las agencias, como la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés)⁵³. No es de extrañar, entonces, que las críticas al moderno Estado administrativo descansan, principalmente, en la doctrina *Chevron*⁵⁴.

Ahora bien, el cambio de composición de la Corte Suprema que se materializó en 2020 consolidó una mayoría conservadora que adopta como canon de interpretación el originalismo, aun cuando con variantes diversas. Como resultado, de manera gradual desde 2021, la Corte Suprema adoptó interpretaciones que reducen el ámbito de acción de las agencias, a favor de una interpretación que coloca el peso del proceso de toma de decisiones en el Congreso y, como derivación, en el control judicial de la legalidad de la actividad de las agencias. Esta interpretación, en todo caso, no ha cuestionado la ampliación de los cometidos sociales y económicos del Estado, impulsada especialmente por el *New Deal*, sino que más bien se ha centrado en cómo se distribuyen las funciones entre las tres ramas del Poder Público. En la interpretación actual de la Constitución, esa distribución es considerada a favor del Congreso y del control judicial, pero en contra de las agencias, al punto de negar toda sustantividad constitucional a su actividad⁵⁵.

estándar de arbitrariedad ha sido aplicado en casos en los cuales la Administración se ha basado en hechos distintos a aquellos que ha debido considerar, o cuando ha obviado hechos relevantes, adoptando una decisión que carece de respaldo en los hechos. En tales casos, el poder judicial no puede suplir esas deficiencias. Vid.: *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983), de 24 de junio, 463

⁵³ MERRILL 2022, 83.

⁵⁴ Véase, para una visión crítica, a LAWSON y KAM 2013, 1 y ss.

⁵⁵ Los nueve magistrados suelen clasificarse ideológicamente en dos grupos, a saber, liberales (en el sentido de progresistas) y conservadores. Sotomayor, Kagan y Jackson están en el primer grupo. En el segundo, sin

De esa manera, el punto de inicio de los nuevos paradigmas *Alabama Association of Realtors vs Department of Health and Human Services*, de 2021⁵⁶. En esta sentencia se afirmó que el Congreso debe dominar el proceso de toma de decisiones, por lo cual, los estatutos deben ser explícitos y claros al delegar competencias en las agencias. Lo que resalta de este caso es que no cuestiona el grado de intervención del Estado en la economía, sino que se limita a establecer que corresponde al Congreso, a nivel federal, el proceso de toma de decisiones.

Esta centralidad de la Ley llevó a la Corte a afirmar, en 2022, que las agencias son criaturas de la Ley, o sea, que ellas solo pueden actuar si la Ley expresamente lo habilita, de lo cual resulta que la actividad de las agencias es puramente ejecutiva, en el sentido de ejecución material de la Ley⁵⁷. Esta visión niega toda sustantividad a la actividad administrativa y, en especial, niega cualquier ámbito constitucional de funciones propiamente administrativas. En realidad, bajo esta interpretación, las agencias solo ejecutan la Ley, lo que realza la idea de una delegación, que niega entidad propia a la actividad administrativa.

Finalmente, en 2022⁵⁸ y luego, en 2023⁵⁹, la Corte Suprema acotó que en áreas de vasto impacto económico y social, el estatuto debe ser claro y explícito, sin que las agencias puedan interpretar expresiones ambiguas. Bajo esta interpretación, en realidad, no hay margen de deferencia alguno en cuestiones mayores de Derecho, al negarse toda posibilidad de emplear conceptos vagos, o tanto más, de empoderar a las agencias a adoptar decisiones no predeterminadas por la Ley. En síntesis, esta doctrina predica que cuando las agencias interpretan cuestiones de Derecho en asuntos de vasta importancia económica y social, las cortes deben considerar que la "delegación" del estatuto debe ser expresa y clara. Esto es, que las agencias no tienen potestades para

embargo, es posible identificar dos sub-grupos. Roberts, Kavanaugh, Barret y Gorsuch se ubican en una posición conservadora más de centro, mientras que Alito y Thomas en el espectro de mayor intensidad. Esto, como se supone un problema práctico para formar una mayoría de al menos cinco magistrados. Véase GONZÁLEZ y ALBERTI 2023.

⁵⁶ 594 U. S. ____ 2021.

⁵⁷ *National Federation of Independent Business vs Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U. S. ____ 2022.

⁵⁸ *West Virginia vs Environmental Protection Agency* (2022).

⁵⁹ *Biden vs Nebraska* (2023).

adoptar decisiones de vasto impacto, con base en previsiones ambiguas del estatuto⁶⁰.

De esa manera, entre 2021 y 2023, la interpretación constitucional adoptada por la Corte Suprema partió de tres principios: (i) el proceso de toma de decisiones se centra en el Congreso; (ii) las agencias solo pueden ejecutar la Ley, en tanto sirven al Poder Legislativo y (iii) en cuestiones mayores de Derecho, la Ley no puede emplear expresiones ambiguas, lo que implica que, en ese ámbito, no hay margen de deferencia⁶¹.

Esta línea se consolidó con la sentencia de 28 de junio de 2024, recaída en el caso *Loper Bright*, y por la cual se revocó precedente *Chevron*⁶². Este resultado, a decir verdad, no sorprendió⁶³. Lo que sí llama la atención son las razones bajo las cuales este precedente se revocó y, tanto más, la interpretación constitucional que se hizo al moderno Estado administrativo.

Así, el presidente de la Corte, magistrado Roberts, redactó la ponencia del caso *Loper Bright*, con el voto de los magistrados Thomas, Gorsuch, Alito, Kavanaugh y Barret (los dos primeros con votos concurrentes). Estos magistrados, con sus importantes diferencias, componen lo que podría llamarse el ala conservadora o libertaria de la Corte, que de una u otra manera, apoya el originalismo, con variantes. Los magistrados de ala progresista (llamada, para confusión de los hispanos, liberal) disintieron, esto es, los magistrados Kagan, Sotomayor y Jackson.

Esta mayoría sentenciadora solo tiene un punto en común: revocar el precedente *Chevron*, no solo por su imprecisión sino por su incompatibilidad con el control judicial derivado del artículo 3 de la Constitución. Más allá de ello, no es posible encontrar, en la sentencia, una línea coherente de interpretación sobre cuál debe ser, entonces, la relación entre las agencias y el Poder Judicial, luego del caso *Chevron*. Esto quiere decir que *Loper Bright* se limitó, básicamente, a revocar este precedente, pero sin proveer una interpretación constitucional coherente sobre el margen de deferencia. Tal silencio no es, en absoluto,

producto de una deficiente redacción de la ponencia. Por el contrario, creemos que ese silencio fue calibrado por el presidente Roberts para lograr una fórmula de consenso que, eliminando la doctrina *Chevron*, dejase intacto -al menos, en sus trazos centrales- las bases del moderno Estado administrativo.

De esa manera, el razonamiento que llevó a la Corte a decidir el caso *Loper Bright*, queda resumido en cuatro conclusiones.

La *primera conclusión* es que las cortes, con base en el artículo 3 de la Constitución, tienen la atribución de ejercer la función jurisdiccional sobre casos o controversias, poder que no puede ser coartado. Por ende, y de acuerdo con los Padres Fundadores -o Framers- la interpretación última de las Leyes corresponde al Poder Judicial, como fuera afirmado en el caso *Marbury vs Madison*⁶⁴. La sentencia recuerda que este control judicial fue codificado en la comentada Sección 706, la cual no reconoce ningún estándar de deferencia que limite el ámbito de control judicial. Por ello, en el voto concurrente del magistrado Thomas, se concluye que *Chevron* viola la separación de poderes (en tanto impide al Poder Judicial actuar en el ámbito del citado artículo 3). La conclusión de este principio es que no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial.

Esta primera conclusión merece algunos comentarios. La interpretación de la mayoría parece considerar que el margen de deferencia viola la independencia del control judicial. Pero lo cierto es que la aplicación e interpretación de la doctrina *Chevron* por las cortes de primera y segunda instancia, respondió a la libre apreciación de éstas, incluso, para matizar el alcance práctico de esta doctrina. La propia sentencia reconoce, en varios pasajes, que en la práctica, tal doctrina había derivado en diversos criterios, lo que demuestra que, en suma, el margen de deferencia es resultado del control judicial independiente, y no de una imposición externa que coarta la función jurisdiccional.

Además, lo cierto es que no hay contradicción alguna entre el *judicial review* basado en *Marbury vs Madison* y el margen de deferencia⁶⁵. El control judicial de la Constitución

⁶⁰ THOMAS 2023. Autores como Omer Tamir han propuesto estudiar tal doctrina de las cuestiones mayores a la luz de la figura de las materias de la reserva Ley, conocida en Iberoamérica. Cfr.: TAMIR 2023.

⁶¹ SUNSTEIN 2024, 251 y ss.

⁶² *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, decidido junto con el caso *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*.

⁶³ VERMEULE 2023.

⁶⁴ En concreto, se citó HAMILTON 1788.

⁶⁵ Sobre ello, vid MONAGHAN 1983, 1 y ss. Es paradójica a mención a *Marbury*, pues lo cierto es que el *judicial review* no está expresamente reconocido en el Texto, ni puede inferirse literalmente de *El Federalista*.

no implica que todo el ámbito de acción estatal y, en concreto, de la actividad administrativa de las agencias, puede ser controlado. En suma, el *judicial review* es resultado del contraste entre la actividad estatal y el ordenamiento jurídico. Pero si la Ley deja a las agencias un ámbito de decisión no pre-ordenado, en ese espacio (o laguna, como se le conoce en Estados Unidos) no opera un control judicial pleno sino deferente. Tal debería ser el sentido del estándar de arbitrariedad de la Sección 706, que es en realidad útil para determinar la racionalidad de la opción discrecionalmente escogida por la agencia de la laguna del estatuto⁶⁶.

La *segunda conclusión* es que, de acuerdo con la tradición de ese control, el ejercicio independiente de la función judicial usualmente pasa por mantener el debido respeto a la interpretación de los estatutos por el Poder Ejecutivo, especialmente, cuando esta interpretación es consistente en el tiempo. De inmediato -y de forma confusa- la Corte advierte que el respeto es solo eso, y que las opiniones del Ejecutivo pueden informar las opiniones del Judicial, pero no pueden sobreponerse a éstas.

En realidad, la Corte aludió a la deferencia, pero sin mencionarla. El respeto a las decisiones de las agencias no es, por supuesto, una regla de cortesía sino una regla de decisión que impide a la corte invadir el espacio propio de la agencia. Al respecto, la sentencia comentada recordó cómo, hasta la Ley de Procedimiento Administrativo, la interpretación de asuntos de hecho realizada por las agencias era *respetada*, deferencia que sin embargo no era reconocida en la interpretación de asuntos de Derecho. Citando un caso de 1940⁶⁷, la Corte recordó que la conclusión entonces asumida era que esa interpretación es un asunto justiciable. Pero como la sentencia recordó, en el caso *Skidmore* de 1944, la Corte afirmó que la interpretación técnica de la Ley por las agencias marca un elemento importante en la revisión judicial, pero el peso de esa interpretación dependerá de diversos factores relacionados con la racionalidad y razonabilidad⁶⁸.

Empero, de acuerdo con la Corte, la citada Sección 706 no otorga cobertura al control deferencial de la doctrina *Chevron*. Aquí, la

Corte partió de la interpretación literal de esa Sección y de su análisis histórico, al resumir cómo la interpretación original de tal Sección apuntó al reconocimiento del control judicial pleno de las agencias. Con lo cual, la segunda conclusión es que los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias.

Sin embargo, debemos volver sobre el estándar de arbitrariedad reconocido en la citada Sección 706, que es útil cuando el control judicial no consiste en subsumir materialmente la actividad de la agencia en el estatuto. Cuando éste tiene lagunas, esa subsunción no es posible, no al menos en el sentido tradicional. En especial, cuando esas lagunas –como luego veremos– otorgan a las agencias la facultad de escoger entre varias opciones, el control judicial no puede determinar cuál es de esas opciones es la que respeta el contenido del estatuto. Por el contrario, aquí el *judicial review* adquiere una especie de matiz negativo, que permite a la Corte declarar arbitraria la opción discrecionalmente seleccionada por la agencia. Y ello solo es posible si se parte de un margen de deferencia⁶⁹.

La *tercera conclusión* es que la deferencia bajo la llamada doctrina *Chevron*, es inconsistente con la Ley de Procedimiento Administrativo. Hasta ese precedente, las cortes, de manera independiente y en un análisis caso por caso, revisaban la interpretación del estatuto por las agencias. Pero el llamado segundo paso de la doctrina *Chevron* -bajo el cual el control judicial debe presumir la validez de la interpretación de conceptos ambiguos del estatuto- desafía el principio de la Sección 706, conforme al cual, las cortes tienen el poder de revisar todas las cuestiones relevantes de Derecho, incluso, respecto de interpretaciones inconsistentes de las agencias. Las ambigüedades contenidas en el estatuto no implican una delegación implícita a la agencia, y por ende, las cortes retienen el poder de revisar la interpretación de esas ambigüedades. En el voto concurrente el magistrado Gorsuch advirtió que el precedente *Chevron* se había apartado de principios fundamentales del *common law*, al cercenar el poder de interpretación judicial.

Como se observa, el reparo de la Corte consiste en la regla creada en *Chevron*, según la cual, la interpretación “permisible” de ambigüedades en el estatuto por la agencia, se

⁶⁶ Véase en este sentido, a SCALIA 1989, 511 y ss.

⁶⁷ *United States vs. American Trucking Assns., Inc.*, 310 U.S. 534 (1940)

⁶⁸ *Skidmore vs. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944)

⁶⁹ MANNING 2014, 1517 y ss.

presume válida, lo que implica que el control judicial no puede sustituir tal interpretación. Empero, para la mayoría sentenciadora, las agencias no tienen una competencia especial para resolver ambigüedades del estatuto: las cortes son quienes tienen tal poder. Una importante acotación que hace la sentencia es que el diseño de políticas públicas no deviene del uso de términos ambiguos por la Ley, pues esa interpretación es un asunto de Derecho. Y las cortes son el último intérprete de esas cuestiones de Derecho.

Si hacemos abstracción de cómo esta conclusión fue enmarcada en la sentencia comentada, debemos coincidir en que la crítica en la cual se sostiene es correcta. Así, la esencia de la doctrina *Chevron* pasa por considerar que el uso de términos ambiguos, vagos o imprecisos en el estatuto supone siempre una decisión discrecional basada en consideraciones de política pública. Pero ello no siempre es así. La inclusión de conceptos ambiguos en el estatuto no permite inferir la atribución de poderes discrecionales, en tanto éstos deberían ser asignados expresamente por el estatuto.

Finalmente, la cuarta conclusión es que este control judicial pleno, basado en el artículo 3 constitucional y la Sección 706, deja a salvo aquellos casos en los cuales el estatuto autoriza el ejercicio de poderes discrecionales, incluyendo la competencia de precisar las materias tratadas en el estatuto, eventualmente, mediante la potestad reglamentaria. En estos casos, el control judicial requiere “interpretar independientemente el estatuto y hacer valer la voluntad del Congreso dentro de los límites de la Constitución”. El control judicial pasa por determinar que, en efecto, el estatuto ha empoderado al ejercicio de la discrecionalidad, y permite además determinar si la agencia adoptó un proceso racional de toma de decisiones, citando entre otros el caso *State Farm*⁷⁰. Por ello, y en conclusión, el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos. El control judicial se orienta, entre otros aspectos, a prevenir la arbitrariedad.

En todo caso, la Ley no puede asignar potestades discrecionales en cuestiones de vasta importancia económica y social, o sea, cuestiones mayores de Derecho, si ello supo-

ne una “delegación” indebida por parte del Congreso. La doctrina de las cuestiones mayores puede limitar el alcance del control judicial deferente, en un sentido no especificado en la sentencia. Pero, en todo caso, ésta reconoce que la existencia del margen de deferencia en aspectos de políticas públicas no es, en sí mismo, inconstitucional.

Este es, para nosotros, el gran aporte de la sentencia. Pero lamentablemente, su contenido no fue suficientemente elaborado, pues el interés primero era justificar la revocatoria del precedente *Chevron*, dejando por fuera consideraciones que hubiesen impedido al presidente Roberts, ponente de la decisión, asegurar la mayoría necesaria.

De esa manera, las cuatro conclusiones de esta sentencia son: (i) no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial; (ii) los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias; (iii) las reglas de deferencia derivadas del precedente *Chevron* se consideran incompatibles con los principios constitucionales y legales del control judicial de las agencias, y (iv) el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos, aun cuando la asignación legal de esos poderes está limitado por la doctrina de las cuestiones mayores.

La gran omisión de *Loper Bright* es que no aportó ninguna guía específica sobre cómo debe ejercerse el control judicial en casos de “lagunas” legales, o sea, cuando la Ley asigna poderes discrecionales, de forma tal que la actividad administrativa derivada de esos poderes no puede subsumirse en la Ley. Aquí tendrá importancia el estándar de arbitrariedad de la sección 706, lo que podría llevar a las cortes a crear, finalmente, un cuerpo de principios generales que permitan avanzar en un sistema racional de Derecho Administrativo, no limitado a la interpretación exegética de la Ley.

Conclusiones

El margen de deferencia es una consecuencia del principio de separación de poderes, que a su vez, forma parte esencial del modelo constitucional del Estado de Derecho que se consolidó a partir de la Revolución Americana y se extendió a Hispanoamérica. Desde la

⁷⁰ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n vs. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983)

separación de poderes, el margen de deferencia tiene dos caras. En una, el control judicial debe controlar la actividad e inactividad administrativa del Poder Ejecutivo, para salvaguardar el Estado de Derecho y, con ello, proteger las situaciones jurídico-subjetivas. En la otra, el control judicial, que responde a funciones propias del Poder Judicial, no puede sin embargo invadir funciones propias del Poder Ejecutivo, en tanto ello violaría la separación de poderes y, por lo tanto, las bases constitucionales del Estado de Derecho.

Con lo cual, el margen de deferencia no se agota en la relación Poder Judicial-Poder Ejecutivo, pues también comprende a la relación entre éste y el Poder Legislativo. De esa manera, cuando la Ley asigna competencias al Poder Ejecutivo, puede emplear conceptos indeterminados o puede delegar potestades discrecionales, de lo cual resulta que la actividad administrativa no está preordenada por la Ley. En Iberoamérica, la imposibilidad de subsumir los elementos discrecionales de la actividad administrativa con la Ley, no implica un vacío, en tanto la jurisdicción contencioso-administrativa controla esa discrecionalidad a través de los principios generales de Derecho. Pero este método no ha sido desarrollado en Estados Unidos, por la propensión a partir del análisis textualista de la Ley. De allí la resistencia del Poder Judicial a admitir ese ámbito no subordinado a la Ley (o "lagunas"), y a controlar las "delegaciones" que el Congreso efectúa. Empero, en el Derecho Constitucional de Estados Unidos no existe, como tal, el concepto de materias de la reserva legal, lo que impide aplicar plenamente figuras como la deslegalización y las remisiones en blanco.

Los límites al control judicial derivados de la separación de poderes requieren, por ello, claridad en cuanto a las funciones propias del Poder Ejecutivo. En Iberoamérica, ello no presenta mayor inconveniente, pues la Constitución delimita estas funciones, incluso, con detalle, como sucede por ejemplo en la fórmula del artículo 103.1 de la Constitución de España, replicado en América Latina, y de acuerdo con el cual la actividad administrativa sirve con objetividad a las personas. El Poder Judicial no puede, por ende, servir a las personas, en tanto ello es una función privativa de la Administración. Este es, en apretada síntesis, el fundamento constitucional del margen de deferencia.

Pero en Estados Unidos, esta base es inexistente. El artículo II de la Constitución contiene una regulación más bien orgánica del

Poder Ejecutivo basado en la figura del Presidente. Las agencias, pieza central del Derecho Administrativo, no son siquiera mencionadas. En contra, el artículo 3 constitucional sí define la función del Poder Judicial, en torno a la resolución "de todos los casos, de Derecho y Equidad". Del contraste entre estos dos artículos, deriva la reciente línea de interpretación de la Corte: el control judicial se extiende a todos los casos de las agencias, sin que ese control pueda verse limitado, como se hizo en la llamada doctrina *Chevron*.

Este problema de interpretación constitucional no fue resuelto por *Loper Bright*, de lo cual resulta un cuadro incompleto que las cortes de distrito y de circuito, y eventualmente, la Corte Suprema, irán complementando. Con todo, hay en la -nueva- doctrina *Loper Bright* dos afirmaciones muy generales que, en todo caso, podrían marcar el inicio de la construcción de un sistema de Derecho Administrativo en Estados Unidos.

La primera afirmación es que el uso de conceptos vagos por la Ley no conlleva consideraciones de políticas públicas. La interpretación de esos conceptos por las agencias es una cuestión de Derecho sometida al control judicial pleno, como se acepta en Iberoamérica, en términos generales, en relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

La segunda afirmación es que la Ley puede asignar a las agencias consideraciones de políticas públicas, o sea, el poder de definir las políticas necesarias en cada momento, siempre bajo las condiciones establecidas en la Ley. Aquí el control judicial es deferente, pues el Poder Judicial no puede invadir cuestiones de políticas públicas, como se acepta en Iberoamérica, en general, en relación con la discrecionalidad administrativa. El control judicial deferente se extiende, en especial, a la Sección 706, lo que convierte a la interdicción de la arbitrariedad en el principio general de mayor relevancia respecto del control judicial de las agencias, como también sucede en Iberoamérica⁷¹.

Esta segunda afirmación está matizada por la doctrina de las cuestiones mayores, en el sentido que podría ponerse en duda la constitucionalidad de la asignación de potestades discrecionales para decidir en materias de vasto impacto económico y social. Este punto no fue, en todo caso, abordado en la

⁷¹ FERNÁNDEZ 2016, 45 y ss

sentencia comentada, y será una de las dudas que se aclararán en la práctica forense.

Asimismo, esta segunda afirmación tampoco contiene guías claras sobre cómo las cortes pueden ejercer el control judicial respecto de políticas públicas, siendo que no es posible subsumir la actividad de las agencias en la Ley. La práctica forense podría llevar a las cortes, finalmente, a sistematizar principios generales derivados de la interdicción a la arbitrariedad y que permitan superar el textualismo a favor de la construcción de un sistema racional de valores, principios y reglas.

En todo caso, la revocatoria del precedente *Chevron* ha eliminado la que era, con sus bondades y defectos, la base del Derecho Administrativo formado en Estados Unidos en los últimos cuarenta años. Sin esa base, las agencias, los litigantes y las cortes, se enfrentan ahora a un incierto panorama, sin que *Loper Bright* ofrezca guías ciertas sobre cómo diferenciar el ámbito propio de las agencias, y el ámbito propio del Poder Judicial. El resultado de esa incertidumbre puede llevar a la crisis constitucional del moderno Estado administrativo⁷².

Bibliografía citada:

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2024). Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Público*. Teoría y Método (9), 125-169.
- BACIGALUPO, Mariano (2023). La vinculación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho. En VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M. [ed], *Manual de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- BELL, Joanna (2020). *The Anatomy of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing.
- BREWER-CARIAS, Alan (2023). *Tratado de Derecho Administrativo*. *Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen V. Editorial Jurídica.
- BREWER-CARIAS, Allan (1987). Estado de derecho y control judicial. Alcalá de Henares.
- BREWER-CARIAS, Allan (2015). Sobre el concepto de Derecho Administrativo. En RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J. y RODRÍGUEZ, L. [Ed.], *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. INAP.
- BREWER-CARIAS, Allan (2019). Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789), y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno. Editorial Jurídica Venezolana-Ediciones Olejnik.
- BREWER-CARIAS, Allan (2020). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Ediciones Olejnik.
- BREWER-CARIAS, Allan y HERNÁNDEZ, José Ignacio (2017). Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica. En RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ, J. [ed.], *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana.
- BREYER, Stephan (2011). *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*. Wolters Kluwer.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (1996). *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2021). *Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal*. Diario El Derecho N° 15.191.
- CUSHMAN, Robert Eugen (1941). *The independent regulatory commissions 1889-1969*. Oxford University Press.
- DICEY, Albert Venn (1952). *Introduction to the study of the law and the Constitution*. MacMillan and Col.
- ERNST, Daniel (2014). *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2016). *Arbitrario, arbitraje, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Iustel.
- FIGUEIREDO, Diogo (2018). Control de la actividad administrativa. En DELPIAZZO, C. [Ed.], *El control de la actividad administrativa. Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen I*. Editorial Temis-Editorial Jurídica Venezolana.
- FRANK JOHNSON, Goodnow (1905). *Principles of the Administrative Law of the United States*. G.P. Putnam's Sons.
- FRANKFURTER, Felix (1927). The Task of Administrative Law. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* Vol. 75 (7), 614-621.
- FRANKFURTER, Felix, y FORRESTER DAVISON, J. (1931). *Cases and Other Materials on Administrative Law*.
- FREUND, Ernest (1894). The Law of the Administration in America. En *Political Science Quarterly* (3), 403-425.
- Freund, Ernst (1911). *Cases on Administrative Law*. West Publishing Company.
- FREUND, Ernst (1928). *Administrative Powers over persons and property. A comparative Survey*. The University of Chicago Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública* (38), 159-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública* (40), 189-224.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2021). *Curso de Derecho administrativo*. Civitas.
- GILLMAN, Howard (1993). *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence*. Duke University Press.
- GONZALES PÉREZ, Jesús (2003). Principios del procedimiento administrativo en América Latina. En ARIMENDI, A. y ORTIZ, J. [Coord.], *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*.
- GONZÁLEZ, Oriana y ALBERTI, Danielle (3 de julio de 2023). The political leaning of the Supreme Court Justices. <https://www.axios.com/2019/06/01/supreme-court-justices-ideology>.

⁷² Véase: HERNÁNDEZ 2024.

- HAMILTON, A. (1788). El Federalista N° 78.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (2011). Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (2021). La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina. *Revista de Administración Pública* (215), 289-325.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio (3 de julio de 2024). *After Chevron: The Constitutional Foundations of U.S. Administrative Law from a Comparative Latin American Perspective*, *Int'l J. Const. L. Blog*. <http://www.icconnectblog.com/after-chevron-the-constitutional-foundations-of-us-administrative-law-from-a-comparative-latin-american-perspective/>
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo* (186), 83-108.
- LAWSON, Gary y SEIDMAN, Guy (2020). *Deference. Legal concept and the legal practice*. Oxford University Press.
- LAWSON, Gary y STEPHEN, Kam (2013). Making Law out of nothing at all: the origins of the Chevron doctrine. *Administrative Law Review* (65), 2-73.
- LODGE, Henry Cabot y ELIHU, Root (1917). *Public Service by the Bar. Address Delivered before the Annual Meeting of the American Bar Association Held in Chicago, Ill., on May 30, 1916, by Hon. Elihu Root. Presented by Mr. Lodge. May 29, 1917. - Referred to the Committee on Printing*.
- MARIENOFF, Miguel (1998). *Tratado de Derecho administrativo*. Abeledo-Perrot.
- MERRILL, Thomas (2022). *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*. Harvard University Press.
- MERRILL, Thomas W. (2023). The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy, Stanford University". The Hoover Institution Center for Revitalizing American Institution. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197.
- MONAGHAN, Henry (1983). Marbury and the Administrative State. *Columbia Law Review* (1), 1-34.
- MONTAÑA PLATA, Alberto (2014). El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo. En MONTAÑA PLATA, A. y OSPINA GARZÓN, A. [Ed.], *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel (1995). *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Boletín Oficial del Estado. Universidad Carlos III de Madrid.
- PIERCE, Richard (2010). *Administrative Law Treatise Volumen I*. Wolters Kluwer.
- PONCE SOLÉ, Juli (2017). La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo* (175), 57-84.
- RODRÍGUEZ, Libardo (2014). Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo. En BREWER-CARÍAS, A. [Ed.], *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*. Temis.
- RODRÍGUEZ, Libardo (2017). *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. Temis.
- SANZ RUBIALES, Iñigo (2015). El acto administrativo. En RODRÍGUEZ-ARANA, J. y RODRÍGUEZ, L. [Ed.], *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*.
- SCALIA, Antonin (1989). Judicial Deference to administrative interpretation of the law. *Duke Law Journal* (3), 511-521.
- SCHWARTZ, Bernard (1984). *Administrative Law*. Little, Brown and Company.
- SUNSTEIN, Cass (2006). Chevron Step Zero. *Virginia Law Review* (2), 188-247.
- SUNSTEIN, Cass (2024). Two Justifications for the Major Questions Doctrine. *Florida Law Review* (76), 252-264.
- TAMIR, Oren (2023). Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine. *Columbia Journal of Transnational Law*, 545-634. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4422714>.
- UROSA MAGGI, Daniela (2004). La pretensión procesal administrativa. FUNEDA.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Thomson Reuters.
- VERMEULE, Adrian (2018). *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Harvard University Press.
- WALKER, Christopher (2017). Modernizing the administrative procedure act. *Administrative Law Review* (69), 630-670.
- WYMAN, Bruce (1903). *The Principles of the Administrative Law Governing the Relations of Public Officers*. Keefe-Davidson Co.

Jurisprudencia citada

- Wayman v. Southard, 23 U.S. 1 (1825).
- Orchard v. Alexander, 157 U.S. 372 (1895).
- Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).
- NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).
- Crowell v. Benson, 285 U.S. 22 (1932).
- Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U.S. 33 (1950).
- Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).
- Morton v. Ruiz, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974).
- Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997).
- Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB, 522 U.S. 359 (1998).
- West Virginia vs Environmental Protection Agency (2022).
- Biden vs Nebraska (2023).
- Loper Bright Enterprises v. Raimondo (2024).
- United States vs. American Trucking Assns., Inc., 310 U.S. 534 (1940).
- Skidmore vs. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).
- Motor Vehicle Mfrs. Ass'n vs. State Farm Mutual Automobile Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones administrativas. Una propuesta metodológica¹

Corrective measures as alternative tools to administrative sanctions: a methodological proposal

Alejandro Suca Concha*
Gianpierre Valverde Encarnación**
Beremiz Rojas Morán***

En el Perú, los organismos reguladores de servicios públicos han adoptado tradicionalmente esquemas de comando y control que priorizan la corrección de incumplimientos normativos mediante sanciones, en lugar de utilizar mecanismos menos invasivos. Esta situación ha generado un deterioro en la relación entre el Estado y las empresas reguladas, así como un contradictorio incremento en el índice de incumplimiento de las obligaciones regulatorias en algunos sectores. En el presente trabajo se analiza la capacidad disuasoria de las medidas correctivas como alternativa a las sanciones, y se propone un marco metodológico predecible para su aplicación.

Palabras clave. Procedimiento administrativo sancionador. Medidas correctivas. Regulación responsiva. Organismos reguladores. Derecho Administrativo.

In Peru, public service regulatory agencies have traditionally adopted command-and-control schemes that prioritize the correction of regulatory non-compliance through sanctions rather than using less invasive mechanisms. This approach has led to a deterioration in the relationship between the State and regulated companies, as well as a contradictory increase in the rate of non-compliance with regulatory obligations in some sectors. This paper analyzes the deterrent capacity of corrective measures as an alternative to sanctions and proposes a predictable methodological framework for their application.

Keywords. Administrative sanctioning procedure. Corrective measures. Responsive regulation. Regulatory agencies. Administrative Law.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ El presente trabajo forma parte de la investigación auto financiada denominada *La aplicación de las medidas correctivas como herramientas alternativas de enforcement en el ordenamiento jurídico peruano*.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú. Abogado con una Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno y magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. MBA por Esan Graduate School of Business. Miembro honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Miembro de la nómina de Árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú. Co-fundador de la Consultora Especializada RegulaTech.pe. Código Postal: Lima 33. ORCID: 0000-0002-5845-3542. Correo electrónico: alejandro.suca@pucep.edu.pe

** Abogado summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Miembro honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Project Leader en la Secretaría General y Asuntos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. Árbitro del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú. Co-fundador de la Consultora Especializada RegulaTech.pe. Código Postal: Lima 33. ORCID: 0000-0002-3872-9601. Correo electrónico: gvalverde@pucep.edu.pe

*** Economista. Especialista Económico en Análisis Regulatorio Rural de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS. Código Postal: Lima 33. ORCID: 0009-0007-6391-524X. Correo electrónico: beremiz.rojas@unmsm.edu.pe

Introducción

En el ordenamiento jurídico peruano, la reforma de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que se llevó a cabo en diciembre de 2016 con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, llevó al Estado peruano a cambiar su enfoque tradicional de sanciones o punitivo, a un enfoque responsivo y preventivo. Ello de manera acorde a los parámetros dictados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuyas recomendaciones refuerzan la necesidad de la Administraciones Públicas de utilizar mecanismos menos invasivos, como optar por implementar acciones correctoras, que busquen conseguir los mismos resultados, en lugar de emplear castigos de modo preferente.

Estas reformas son, en sí mismas, el primer esfuerzo institucional del Estado peruano por extender el uso de medidas alternativas a las sanciones a todas las instituciones pertenecientes al aparato estatal, haciendo su uso una cuestión de empleo obligatorio cuando las condiciones y circunstancias lo requieran.

La presencia institucional de esta medida tiene un impacto en la participación de todas las instituciones públicas que tienen competencias para imponer sanciones. Esto significa que estas instituciones deben valorar si debe implementarse una acción correctora o, en definitiva, si se debe iniciar un procedimiento administrativo donde se investigue la responsabilidad del administrado.

Ahora bien, con este planteamiento no buscamos proponer un destierro de la sanción administrativa como instrumento de disuasión y prevención. Por el contrario, a la luz del principio de ultima ratio de la sanción, buscamos establecer niveles de empleabilidad de la sanción. Es decir, conservar el efecto de la sanción para los incumplimientos más graves y perniciosos y derivar aquellos incumplimientos de menor enjundia para otros mecanismos como la medida correctiva.

Vale precisar también que la presente investigación no desconoce la existencia ni la relevancia de las diversas formas de intervención que la Administración ha aplicado históricamente para afrontar a situaciones de comportamientos contrarios al ordenamiento (desde sanciones hasta mecanismos correctores). Antes bien, dichas prácticas son parte de la base sobre la cual se han desarrollado los actuales regímenes de fiscalización y sanción. Nuestro enfoque, sin embargo, se circunscribe de manera particular a la labor de los

organismos reguladores, primero, por resultar de especial interés para abordar la eficacia y proporcionalidad de las intervenciones estatales en actividades económicas estratégicas y de especial relevancia para la ciudadanía y, segundo, porque en el Perú, se observa que los organismos reguladores tienen una labor basada en criterios técnicos de cara a las actividades que regulan y, en este contexto, han buscado reglamentar de manera más específica la fiscalización y sanción, al establecer, por ejemplo, una regulación específica para la fiscalización de actividades, así como metodologías o regímenes específicos para la aplicación de sanciones como las multas.

En este contexto, es relevante para los fines de esta investigación evaluar si los organismos responsables de regular los diversos servicios públicos en el Perú, servicios que además fomentan y soportan el crecimiento económico, utilizan los mecanismos adecuados para su control o si, por el contrario, resulta necesario revisar y/o fortalecer dichos mecanismos. En consecuencia, se plantea como tema de investigación si la implementación de acciones correctivas por parte de los organismos reguladores es más efectiva para fomentar la promoción del cumplimiento del ordenamiento jurídico frente a alternativas tradicionales basadas en la punición o castigo, y, de ser el caso, qué estándares deben cumplirse para una adecuada empleabilidad de dichas acciones correctivas.

En ese sentido, se parte de la idea de que los reguladores pueden utilizar medidas correctivas como herramientas menos invasivas para fomentar el cumplimiento de las normas. De esta manera, nuestro objetivo es identificar las condiciones necesarias que se deben observar para implementar acciones de corrección en lugar de sanciones administrativas. Ahora bien, consideramos que podría resultar conveniente contar con un criterio general que permita conceptualizar y aplicar las medidas correctivas con unidad de sentido en los distintos ámbitos de la Administración. Sin embargo, somos conscientes de que cada régimen sectorial puede presentar particularidades que dificulten una adopción homogénea. No obstante, ello no impide que la metodología propuesta y sus fundamentos pueda servir de base para articular un marco común de referencia, el cual se complementa con las particularidades normativas y técnicas propias de cada sector.

Para ello, la estructura de nuestra investigación se dividirá en cinco secciones. En la

primera de ellas haremos una aproximación conceptual de la noción de regulación responsiva. Luego, en la siguiente sección, exponemos los aspectos que vuelven a las medidas correctivas un mecanismo de regulación responsiva. En la tercera sección, revisaremos la compatibilidad jurídica y normativa de la *responsive regulation* con el sistema jurídico peruano con el propósito de dilucidar si es posible su materialización en el sistema legal peruano. Posteriormente, describiremos los diferentes regímenes legales que enmarcan las facultades de los organismos reguladores con el objetivo de determinar si tienen atribuida la competencia para emplear medidas correctivas como mandatos vinculantes a los administrados; así como también, examinar si existe una metodología común o lineamientos particulares que orienten y/o establezcan parámetros objetivos y predecibles para la empleabilidad de las correctivas en lugar de la imposición de sanciones. En la siguiente sección, formularemos una propuesta de metodología estandarizada que sirva para definir en qué situaciones es preferible acudir directamente a la sanción y cuando es más idóneo buscar la reposición y restablecimiento de la legalidad mediante el uso de medidas correctivas. Finalmente, haremos un repaso de nuestras principales conclusiones.

I. Alcances conceptuales sobre la regulación responsiva

La regulación responsiva como definición funda sus antecedentes en la noción de "regulación". Este es un concepto de distintas acepciones influidas cada una de ellas por las perspectivas y el ámbito de estudio en el que se centra el objeto de una disciplina como puede ser la Economía, la Sociología, las Ciencias Políticas y, por supuesto, el Derecho.

Por tanto, la aproximación al concepto de regulación responsiva debe partir del concepto genérico de regulación, ya que dicho ejercicio permite tener una idea de su evolución y cómo se debe interpretar bajo los cánones actuales. Según Mitnick la regulación se puede definir como la limitación deliberada de la elección de actividades de un sujeto y proveniente de una institución pública que no es directamente parte ni implicada en esa actividad².

Por su parte, Selznick refiere que la regulación implica un control persistente y dirigido

sobre actividades valoradas por una comunidad, ejercido por una entidad pública³. Así, regular no solo implica una intervención en las actuaciones de las personas para prevenir la ocurrencia de actividades indeseadas, sino que también se asocia con una actuación de facilitación o habilitación⁴.

Del mismo modo, el concepto de regulación se ramifica en múltiples sentidos. Baldwin los agrupó en tres sentidos. En primer lugar, es una agrupación de reglas y órdenes cuya empleabilidad solo podrá ser aplicada por los organismos estatales competentes. Una segunda acepción es la que se refiere a toda actividad administrativa orientada a modificar directa o indirectamente en la actividad empresarial o el comportamiento social (como impuestos o subsidios). Y, en tercer lugar, como toda expresión de influencia social o económica⁵.

En la práctica, la regulación abarca una gama más extensa de influencias que son utilizadas por actores públicos y privados y que terminan por influir en el comportamiento de las personas con el objetivo de abordar un problema particular⁶.

Ahora bien, resulta importante destacar que no existe un consenso claro sobre las razones para la regulación. Así, por ejemplo, su justificación se puede atribuir a la presencia de fallos en el mercado, como monopolios, abuso de posición dominante, asimetría informativa, externalidades, control de recursos, bienes públicos, fijación de precios predatorios, colusión entre empresas, escasez, paternalismo, entre otros⁷.

Como ya adelantamos, cuando se regula no solo hablamos del dictado de normas, sino que también implica la implementación de acciones que permitan cumplir con estas regulaciones, como actividades de supervisión, gestión, resolución de disputas y el ejercicio del *ius puniendi* administrativo⁸.

En este marco, es persistente la dificultad de hacer cumplir la regulación, a tal punto que es constante la preocupación por averiguar cuál es la forma óptima de que los regulados cumplan las reglas sin necesidad de invadir extremadamente su actividad y que por sí

² MITNICK 1989, 40

³ SELZNICK 1985, citado por BALDWIN ET AL., 2012, 3

⁴ SUCA 2015, 41

⁵ BALDWIN ET AL. 2012, 10

⁶ COGLIANESE & MENDELSON 2010, 146-147

⁷ BALDWIN ET AL. 2012, 13

⁸ MUÑOZ MACHADO 2009, 111

mismos encuentren incentivos o recompensas para cumplirlas. En atención a ello, el paradigma de la regulación responsiva surge como respuesta a las dificultades que tienen las entidades públicas para prevenir, disuadir y corregir las conductas infractoras cometidas por los ciudadanos.

La regulación responsiva entonces propone métodos menos punitivos o intrusivos para sancionar. En su lugar, sugiere el recurrir al diálogo y convencimiento del regulado como primera opción de interacción, empleando una estrategia más coercitiva o severas como último recurso mediante una estrategia de *ultima ratio*⁹.

Esta estrategia prioriza el reconocimiento de los diferentes factores que inciden en el comportamiento de una persona o grupo social para diseñar modelos regulatorios que sean realmente acatados por los regulados de manera voluntaria y sostenible¹⁰. De esta manera, la regulación responsiva se presenta como la opción idónea para buscar el cumplimiento normativo, siguiendo un enfoque gradual similar al de una pirámide, el cual inicia con la persuasión y se deja a las medidas sancionadoras como último recurso¹¹.

El objetivo es el mismo que el esquema tradicional de comando y control, pero los medios utilizados buscan promover modelos de disuasión total y óptima. En ese sentido, el propósito es orientar la actuación de las agencias públicas hacia la optimización de la reparación del daño causado por el infractor, en lugar de imponer castigos de manera automática¹².

⁹ OCHOA 2016, 153

¹⁰ OCHOA 2016, 166

¹¹ AYRES & BRAITHWAITE 1992, 26

¹² En la regulación municipal, existen algunas autoridades locales peruanas que han empezado a aplicar mecanismos de regulación responsiva dentro de sus propios regímenes de fiscalización y sanción. Es el caso de la Municipalidad Distrital de San Antonio que, a través de su Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción en materia ambiental de la entidad de fiscalización ambiental, aprobada por la Ordenanza Municipal N° 016-2023-MDSA, define a la regulación responsiva como un principio regente de la fiscalización ambiental que delimita el ejercicio de la fiscalización y potestad sancionadora "en función de la oportunidad en que es realizado el tipo de obligación ambiental fiscalizable, la gravedad del presunto incumplimiento, el desempeño ambiental del administrado u otros factores que permitan una intervención proporcional al cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables" (MDSA, 2023, artículo 4, inciso h); POLINSKY & SHAVELL, 2000

II. Las medidas correctivas como mecanismo de regulación responsiva

La medida correctiva se define como una orden administrativa emitida por una entidad pública con el fin de que el administrado restaure la legalidad y enmiende su comportamiento incorrecto¹³. Así, los mandatos administrativos impuestos por la Administración pública derivan de su potestad de policía, orientada a garantizar el interés público¹⁴.

En efecto, las medidas correctivas son una manifestación del poder de policía administrativa que, dicho sea de paso, es una categoría completamente diferente a la actividad sancionadora de la Administración Pública. Para ponernos en contexto, vamos a explicar la distinción entre ambas categorías. Mientras la actividad de policía administrativa consiste, *grosso modo*, en la ejecución y cumplimiento del ordenamiento jurídico y que, en razón de esta finalidad, se atribuye a la Administración pública potestades para limitar, restringir o prohibir el ejercicio de libertades constitucionales de los ciudadanos¹⁵; la actividad sancionadora implica la búsqueda de un castigo o aflicción a un administrado que infringió con el orden público. Observamos, entonces, que ambas categorías son diferentes en naturaleza y en el plano teleológico también presentan diferencias contrastadas.

Esta diferenciación conceptual aplica también para las figuras de la medida correctiva y de la sanción administrativa. A decir de Carreras, las sanciones administrativas son males infringidos por la autoridad a un administrado por haber cometido una conducta contraria al ordenamiento jurídico y, por ello, su finalidad debe ser puramente aflictiva, de castigo y agravamiento de la situación jurídica del infractor. Mientras que una medida correctiva (como reflejo de una medida de policía) no busca afligir un daño al infractor; por el contrario, su propósito es restablecer la legalidad de la situación alterada¹⁶.

En complemento a lo señalado, el profesor Casino señala que las medidas de carácter reparatorio no tienen un propósito sancionador, sino que buscan restablecer el estado de cosas previo al incumplimiento, limitándose a corregir la situación irregular generada; al ser declarativas y no punitivas, no alteran la

¹³ MORÓN 2010, 146

¹⁴ CARRERAS 2011, 508.

¹⁵ OMAR 2004, 148

¹⁶ Carreras 2011, 497

posición jurídica del infractor ni añaden consecuencias adicionales, por lo que pueden coexistir de manera independiente con las sanciones que correspondan¹⁷.

Además de reconocerse como órdenes, las medidas correctivas restringen los derechos de los administrados en su intento por salvaguardar el interés público. Sin embargo, adoptan una perspectiva restitutiva, preventiva y restablecedora del orden público, lo que las distingue de otros actos de imposición de gravamen como, por ejemplo, las sanciones¹⁸. Siendo que, las sanciones, se constituyen, en definitiva, como castigos¹⁹.

De ese modo, también se busca que, a través dicho mandato, los administrados moldeen su comportamiento a las reglas impuestas por la regulación, mediante la realización de actos que eviten la repetición de la infracción o, a través, de mandatos para paralizar el comportamiento indebido.

Esta función asignada a la medida correctiva ha sido recogida por el Legislador peruano en la normativa correspondiente. Ello ha quedado reflejado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG) donde se establece que estas medidas tienen como objetivo restablecer o reparar de la situación perturbada por la infracción cometida. Es decir, buscan generar un efecto de retorno al estado anterior a la acción infractora para corregir la afectación provocada por el incumplimiento²⁰.

Las medidas correctivas califican, entonces, como actos de gravamen con una vocación jurídica para imponer órdenes que, a su vez, pueden establecer obligaciones positivas y negativas, así como prohibiciones. Además, esta regulación sugiere que la medida correctiva representa un mecanismo de la regulación responsiva, dado que su funcionalidad se manifiesta al priorizar la corrección sobre la represión. Es decir, contribuye a reemplazar el enfoque de comando y control por uno de cumplimiento, que está estrechamente alineado con los objetivos de la regulación responsiva²¹.

De lo descrito se colige que la finalidad de estas medidas es imponer una obligación

a los administrados con la finalidad de disuadir o persuadir al infractor para que corrija su comportamiento y la oriente hacia el cumplimiento y el interés general a través de una acción específica²².

Asimismo, también se advierte la diferencia contrastada entre la Actividad de Policía y la Actividad Sancionadora de la Administración Pública. Ambas categorías son disímiles entre sí y producen instrumentos jurídicos que también son independientes y complementarios entre sí como son la medida correctiva y la sanción administrativa.

Sin perjuicio de lo anotado, cabe destacar que el TUO de la LPAG ha venido introduciendo mecanismos responsivos, tales como el mismo artículo 245° del TUO de la LPAG como la regulación de eximentes de responsabilidad como el de la subsanación voluntaria, reconocido en el inciso f) del artículo 257° del TUO de la LPAG. Así, sin ánimo de generar profundizar el debate sobre esta última institución, la misma que si bien no forma parte de la presente investigación, es pertinente resaltar su existencia, señalamos que somos de la opinión que esta subsanación voluntaria se inserta en la lógica de la regulación responsiva, entendida como un enfoque escalonado va desde acciones preventivas y colaborativas hasta respuestas sancionadoras más severas.

Así, en el marco de la subsanación voluntaria, con el ánimo de promover el cumplimiento normativo a través de incentivos positivos, la regulación brinda un espacio para que el administrado corrija voluntariamente su conducta²³. Entonces, más allá de las diversas limitaciones que las Administraciones puedan introducir a la aplicación de dicho mecanismo en la práctica, consideramos que la subsanación voluntaria no anula el poder sancionador del Estado, sino que habilita una respuesta flexible y proporcional incluso en supuestos donde la Administración adopta la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador. Como indicamos, no es la intención profundizar el debate sobre la aplicación de la institución de la subsanación voluntaria en el ordenamiento jurídico peruano, sino más bien resaltar que ya se han ido regulando mecanismos responsivos como éste.

¹⁷ CASINO 2000, 571

¹⁸ MORÓN 2017, 356

¹⁹ REBOLLO ET AL. 2018, 210-2012

²⁰ PANDO 2021, 176

²¹ GAMARRA 2018, 115

²² SÁNCHEZ ET AL. 2023, 47

²³ HUAPAYA ET AL. 2018, 600

III. Presupuestos del empleo de la regulación responsiva en el ordenamiento jurídico peruano

1. Los principios de razonabilidad y oportunidad en el TUO de la LPAG

Principalmente con los cambios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, introducidos en el año 2016, y la posterior emisión del TUO de la LPAG en el año 2019, se concedió un conjunto de herramientas para que las entidades administrativas puedan conseguir el *enforcement* de sus regulaciones. Este cambió reformó por completo el tradicional enfoque punitivo para dar paso a un enfoque basado en la prevención y en una adhesión al cumplimiento mediante la inserción de incentivos y mecanismos responsivos. Sin embargo, la introducción de estas técnicas de *enforcement* de origen anglosajón llegaron acompañadas de muchas críticas de parte de la doctrina nacional y extranjera de formación continental.

Al enfoque responsivo se le acusaba de ser incapaz de aplicarse en el ordenamiento jurídico peruano, ya que sus presupuestos jurídicos estaban enraizados en una tradición diferente a la peruana, que no tenía las restricciones consecuentes del principio de legalidad. Así, se corría el riesgo de tropicalizar un instituto jurídico que la Administración pública peruana no estaría en capacidad de operativizar, ya que esta se encontraba vinculada negativamente a aplicar su *ius puniendi* y determinar responsabilidades administrativas a través del procedimiento sancionador: es decir, no tenía margen de discrecionalidad para optar por no iniciar un procedimiento sancionador.

En ese sentido, y de acuerdo con Cosculluela, el *ius punendi* es una facultad de completa exclusividad del Estado que, además de irrenunciable, le permite investigar y sancionar los incumplimientos cometidos por los administrados²⁴.

No obstante, en el Perú, el desarrollo doctrinario y diversas sentencias de la Corte Suprema (2018) y el Tribunal Constitucional ha asentado la teoría unitaria del *ius puniendi*, la misma que defiende que solo existe un poder punitivo ejercido por el Estado, pero que puede ramificarse o manifestarse a través de diferentes ámbitos jurídicos como el penal, el administrativo y el disciplinario.

La citada unidad conlleva una permuta matizada de instrumentos y categorías jurídicas entre cada manifestación del *ius puniendi*. Así, es perfectamente posible observar la aplicación de figuras jurídicas propias del Derecho Penal en el ámbito punitivo de la Administración Pública. Este es el caso de los principios que, en ambos ámbitos, cumplen funciones de integración, interpretación y orientación para los operadores jurídicos.

No obstante, existen matices que deben tomarse en consideración al momento de operar principios en uno u otro ámbito. No se trata de una reproducción total. Tampoco significa un traslado completo de todos los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. De lo que sí se trata es de una incorporación matizada de las garantías penales a la facultad para sancionar de las entidades públicas, pero variando sus funciones y aplicaciones a fin de que su aterrizaje sea pacífico. Así, habrá principios que no podrán tener un correlato ni podrán introducirse en el procedimiento administrativo sancionador por no encontrar un terreno adecuado para ello.

De este modo, los principios permiten completar el contenido de los vacíos o lagunas que las normas legales o reglamentarias no terminaron de desarrollar. Estos principios son los que se convocan en auxilio ante situaciones donde el operador jurídico no encuentra respuestas en la norma expresa. Por ello es que la introducción de figuras ajenas al sistema jurídico peruano sí pueden aplicarse si es que cumplen las siguientes condiciones: (i) existe un principio que interprete la figura propuesta; (ii) el presupuesto de la figura propuesta se condiga con la finalidad que promueve el principio; (iii) la adaptación no colisione con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico peruano.

Ahora bien, la figura propuesta es el mecanismo de regulación responsiva cuya finalidad es buscar alternativas diferentes a la activación de la potestad sancionadora sin que ello signifique la pérdida del *enforcement* necesario para que las Administraciones públicas hagan cumplir a los administrados el ordenamiento jurídico. La dificultad que se presenta a la regulación responsiva es hallar asidero jurídico en el sistema legal peruano y asentar los fundamentos que justifiquen su viabilidad a partir de una lectura integral del régimen jurídico general.

Para tal efecto, se vuelve necesario acudir a analizar los efectos y alcances de las garan-

²⁴ COSCULLUELA 2016, 223

tías rectoras de la potestad sancionadora y, con especial énfasis, en los de razonabilidad y oportunidad. El primero de ellos tiene reconocimiento expreso en el TUO de la LPAG, tanto a nivel de principios generales del procedimiento administrativo como a nivel específico del procedimiento administrativo sancionador, más ligado a fórmulas de graduación de la sanción.

De ambas acepciones, recogemos aquella que modula la ponderación entre la medida impuesta y su grado de punición. Se busca, con ello, no incurrir en excesos de punición que conviertan a la sanción impuesta en una medida inadecuada, innecesaria y/o desproporcionada. Por ello, el análisis que debe realizar el funcionario, dentro de su margen de discrecionalidad, es exponer y/o someter la medida-sanción a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El resultado le permitirá determinar si resulta pertinente iniciar un procedimiento sancionador u optar por otras medidas habilitadas por la legislación como, por ejemplo, la medida correctiva. Y, también, determinar el archivamiento, reducción o conversión de la medida sancionadora propuesta durante el trámite de la investigación procedimental por una medida menos gravosa a la inicialmente planteada.

En paralelo a este análisis, hace falta identificar en qué principio reside la opción de que la Administración decida no iniciar un procedimiento sancionador o archivar uno ya iniciado. Cubierto el elemento de la razonabilidad con el razonamiento anterior, ahora corresponde evaluar el efecto irradiado por el principio de oportunidad y si, a causa de este principio, se configura el presupuesto jurídico necesario para declarar aplicable la regulación responsiva en el ordenamiento jurídico peruano.

Como punto de partida, hay que mencionar que este principio tiene origen en el Derecho Penal. Sobre ello, De la Cruz sostiene que este principio tiene su origen en la dogmática procesal penal, ya que es en ese ámbito donde se hace evidente a través de una decisión fundamentada en un análisis de costo de oportunidad que considera la gravedad del perjuicio al orden social que representa una determinada infracción²⁵.

La doctrina penal subraya que el principio de oportunidad se caracteriza por ofrecer al fiscal un amplio margen de discrecionalidad

para negociar con la otra parte del proceso, sin que ello implique una inobservancia del principio de legalidad, en tanto se deben tener en cuenta los supuestos regulados para su aplicación²⁶. Este amplio margen de discrecionalidad parece inicialmente ser un obstáculo para la regulación responsiva, ya que, de acuerdo con el principio de legalidad, la Administración no tiene la libertad de decidir si inicia o no un procedimiento sancionador.

Por su parte, autores como Nieto señalan que a diferencia del principio de oficialidad que impone la obligación de investigar y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad confiere la facultad de activar o no las consecuencias legales, lo que implica que la Administración no está legalmente obligada a sancionar, sino que tiene la opción de hacerlo²⁷. Gómez & Sanz también afirman que tanto la imposición de una sanción como su ejecución son facultades discrecionales de la administración y no obligaciones legales²⁸. Por otra parte, Lozano afirma que el principio de oficialidad, que obliga a la Administración a actuar, es una consecuencia directa del principio de legalidad, por lo que la administración cuenta con un deber de perseguir²⁹.

Estas posturas reflejan visiones opuestas sobre la admisión del principio de oportunidad³⁰. Sin embargo, Rebollo propone una posición intermedia, sugiriendo que, aunque la potestad sancionadora de la Administración es generalmente obligatoria, podría permitirse la discrecionalidad en circunstancias excepcionales³¹. Esta perspectiva es coherente con la legislación administrativa peruana, especialmente tras la reforma introducida por el Decreto Legislativo N° 1272, que podría admitir un margen de discrecionalidad en la conclusión de la actividad de fiscalización conforme al artículo 245° del TUO de la LPAG³².

Sobre la discrecionalidad en el ámbito administrativo, ésta se refiere a la facultad que tiene la autoridad para ajustar y adaptar la norma general a las particularidades de cada caso concreto, permitiendo decisiones ajustadas a las circunstancias del caso. Sin embargo, ello no implica arbitrariedad, sino una herramienta necesaria para garantizar una

²⁵ DE LA CRUZ 2019, 10

²⁶ ORÉ 2016, 357-358

²⁷ NIETO 2012, 101

²⁸ GÓMEZ & SANS 2013, 725

²⁹ LOZANO 2003, 95

³⁰ DE LA CRUZ 2019, 13

³¹ REBOLLO 2015, 413

³² REBOLLO 2019, 550

aplicación flexible y adecuada de la norma cuando lo reglado no puede prever todas las situaciones posibles. Este margen de decisión está sujeto a límites legales, lo que asegura su correcto ejercicio, promoviendo un equilibrio entre la previsibilidad de las decisiones y la capacidad de responder a la complejidad y dinamismo de los casos concretos³³.

Así, específicamente, este artículo 245° del TUO de la LPAG establece un marco para la aplicación de dicha discrecionalidad y posibilita a la Administración a concluir sus acciones de fiscalización, mediante una certificación de conformidad, una recomendación de mejora o correcciones, una advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas (warning letters), la recomendación de un inicio de procedimiento administrativo sancionador, la adopción de medidas correctivas y otras formas establecidas en leyes especiales.

La observación puntual de este régimen resalta el margen de discrecionalidad concedido a la autoridad para que evalúe decidir iniciar o no un procedimiento sancionador, en caso encuentre incidentes calificados como incumplimientos pero que no ameriten la determinación de responsabilidad. Esto configura el asidero jurídico para admitir al principio de oportunidad como fundamento de la regulación responsiva, dado que, junto con el principio de razonabilidad, serán los dos principios sobre los que la autoridad tendrá atribución para explorar herramientas de *enforcement* distintas a la apertura de un procedimiento sancionador y/o la imposición de una sanción.

2. Lineamientos de políticas para la adopción de medidas correctivas como mecanismos alternativos al inicio de procedimientos sancionadores

La adopción de medidas correctivas puede servir como alternativas al inicio de procedimientos sancionadores con la subsecuente imposición de sanciones. Ello, dado que dicha alternativa permitiría, en determinados casos y con un marco que es el que proponemos en la presente investigación, mejorar la eficacia en el cumplimiento normativo y también resalta la importancia de empoderar a la ciudadanía (compuesta también por los diversos agentes económicos) en el proceso de ejecución de regulaciones, en un contexto altamente cambiante y complejo en el que la capacidad de

adaptación y la participación activa de todos los actores resultan fundamentales para el logro de los fines públicos.

Recordemos en este marco que el Derecho Administrativo se materializa como una herramienta de dirección de procesos sociales importante y sirve para la atención y comprensión de problemas complejos permitiendo un diálogo y coordinación entre el ciudadano y la administración, por lo que no solo debe basarse en la coacción, sino en medios novedosos propios de estructuras reguladoras modernas³⁴. Esto favorece a la creación de marcos regulatorios que facilitan, por ejemplo, una distribución de responsabilidad entre la administración y los ciudadanos³⁵.

En este sentido, la adopción de políticas adaptables y flexibles es una necesidad. Este enfoque responsivo fomenta la colaboración entre el Estado y los ciudadanos, crucial para la resolución de problemas complejos.

Imaginemos por un momento que se nos impone un reto de armar un rompecabezas de mil piezas con la opción de realizarlo en solitario o de forma colaborativa ¿cómo lo resolveremos en menos tiempo? Sin generar mayores complicaciones o variables al ejemplo, podemos adelantar que resultará más eficiente trabajar colaborativamente que de manera individualista. Así como esta situación, los desafíos regulatorios modernos, que se caracterizan por ser variables y altamente complejos, requieren de la participación, activa y empoderada, de los ciudadanos para encontrar soluciones efectivas a la diversidad de problemas complejos que nos presenta la realidad³⁶.

En ese sentido, la regulación responsiva se presenta como un enfoque que adapta la respuesta regulatoria a las circunstancias específicas de cada caso y al comportamiento del regulado, evitando así la necesidad de recurrir a procedimientos sancionadores costosos y prolongados.

Sobre ello, cabe destacar que los costos no son solo para los administrados que los sufren, sino para la sociedad, en tanto que, de la aplicación de una sanción, no se deriva un beneficio concreto a la misma. Así, las sanciones no tienen una función directa en la protección de los intereses generales, ni restablecen la legalidad o la realidad física alterada, ni com-

³³ GÓMEZ 2021, 209-211

³⁴ BARNÉS 2008, 235-263; SCHMIDT- ASSMANN 2006, 28-45

³⁵ SUCA 2015, 43

³⁶ PONCE 2014, 241

pensa el daño causado, ni impone la conducta correcta, dado que no están diseñadas para corregir o compensar directamente la infracción, sino que son una reacción a la transgresión del orden jurídico-administrativo³⁷.

Una relación regulatoria basada exclusivamente en la apertura de procedimientos administrativos sancionadores ante presuntas inconductas administrativas y la consecuente aplicación de sanciones tiende a generar una relación adversarial entre la Administración y la ciudadanía.

Las sanciones, al imponer castigos, terminan rompiendo la colaboración, dado que constituyen un castigo final a la misma, lo que dificulta el logro de un cumplimiento normativo sostenible y efectivo. Por el contrario, un enfoque de regulación responsiva busca transformar la manera en que las autoridades gestionan el cumplimiento normativo, promoviendo medidas correctivas ante la detección de inconductas (y de medidas preventivas inclusive) en lugar de sanciones punitivas. Este cambio de enfoque favorece la construcción de una "vinculación colaborativa" entre la administración y los regulados, permitiendo que ambos trabajen juntos para resolver los problemas regulatorios.

En este sentido, y dada esta necesidad de cambio de enfoque, es crucial no solo reglamentar "Metodologías de Multas", sino también garantizar la predictibilidad en la aplicación de medidas correctivas entendidas como herramientas de políticas regulatorias colaborativas, a través de "Metodologías de Medidas Correctivas". De esta manera, se promueve una cultura regulatoria basada en la cooperación, que facilita la resolución de conflictos y la mejora continua del cumplimiento normativo.

Ahora bien, cabe destacar que nuestra aproximación no pretende limitar a la Administración Pública a adoptar únicamente medidas correctivas en escenarios contrarios al ordenamiento. Por el contrario, se busca complementar las herramientas con las que cuenta la Administración mediante una metodología que introduzca criterios de eficacia y proporcionalidad, de forma que la Autoridad pueda determinar, en cada caso concreto, la herramienta más adecuada para restaurar el orden jurídico y proteger el interés público. De este modo, las medidas correctivas y las sanciones pueden responder de forma más ajustada a la

naturaleza de las circunstancias y a los efectos que produce.

Hechas las pertinentes precisiones sobre las bases jurídicas y constitucionales para la admisión de la regulación responsiva y, por ende, la preferencia de las medidas correctivas en lugar de las sanciones³⁸, procederemos a explicar la metodología propuesta para una adecuada elección de medidas correctivas en un marco predecible.

IV La utilización de las medidas correctivas por los organismos reguladores peruanos

1. Régimen jurídico que regula el mecanismo de imposición de las medidas correctivas por los organismos reguladores

Los organismos reguladores cuentan con potestades que le permiten ordenar la actuación de los administrados y asegurar la satisfacción del interés general de la sociedad como las medidas correctivas. El régimen jurídico general en el que se encuentran previstas en el Perú tiene como repositorio el TUO de la LPAG.

Este TUO de la LPAG en su artículo 245° reconoce formas en las cuales puede concluirse la actividad de fiscalización, como son las recomendaciones de mejora o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado y la adopción de medidas correctivas, entre otras, de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización

245.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en:

(...) La adopción de medidas correctivas.

Asimismo, en su artículo 246° se consagra la habilitación legal para dictar medidas correctivas, las mismas que deben emanar de un decreto legislativo o ley, respetando el principio de proporcionalidad y de debida motivación.

También, en el artículo 251°, se prevé que las medidas correctivas son compatibles con la imposición de sanciones, en la medida que se busque, a través de aquellas, la reposición o reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior. Se establece también que sólo se pueden imponer medidas

³⁷ REBOLLO 2015, 405

³⁸ SUCA 2019, 56

correctivas previamente tipificadas y que éstas deben ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

Ahora bien, es importante mencionar la legislación marco que regula el régimen jurídico de los organismos reguladores. Nos referimos a la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en el que se dispone en el artículo 3° las funciones que ejercen los organismos reguladores, a saber: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN; Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN; Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS.

De manera individualizada, cada organismo regulador tiene regímenes especiales y específicos en los que también se desarrollan sus funciones y actividades. Por ejemplo, en el caso del OSIPTEL, podemos mencionar a la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (LDFF), Ley N° 27336, la cual señala que este organismo regulador se encuentra facultado para iniciar procedimientos administrativos sancionadores, medidas correctivas y/o medidas cautelares frente a la determinación de incumplimientos de los administrados, conforme al artículo 23° de dicha ley:

Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora.

Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

(...)

Esta función es confirmada en el artículo 40° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, en el que se atribuye al regulador de las telecomunicaciones a imponer medidas correctivas como mecanismos de finalización de su función fiscalizadora y sancionadora:

Artículo 40.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión³⁹.

La particularidad del régimen jurídico de imposición de las correctivas regulado por el OSIPTEL es que le faculta al regulador a imponer directamente una correctiva como acto administrativo adicional o en sustitución de la sanción; y a iniciar un procedimiento administrativo en el que se investiga el incumplimiento de una obligación, en este caso, no tipificada como infracción y que finaliza con la imposición de una medida correctiva.

En el artículo 23° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antiguamente conocido como Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones), aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, confirma lo antes explicado, dado que, dispone que las medidas correctivas

(...) constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los contratos de concesión respectivos⁴⁰.

Asimismo, se dicta una categorización de 6 tipos de medidas correctivas, las cuales se enlistan en el siguiente orden: a) correctiva de cese de incumplimiento; b) correctiva informativa; c) correctiva compensadora; d) correctiva de reversión; e) correctiva de cese de comercialización; f) correctiva ordenadora⁴¹.

Por otro lado, el OSITRAN también fue atribuido de la facultad para imponer medidas

³⁹ Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, de 2001

⁴⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, de 2013

⁴¹ Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, de 2013 artículo 24.

correctivas. En el artículo 32 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PM, se preceptúa la competencia de este organismo regulador para imponer medidas correctivas a las empresas que operan en el sector que regula:

Artículo 32.- Funciones Fiscalizadora y Sancionadora

El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión respectivos⁴².

Asimismo, en el literal y) del artículo 4 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD/OSITRAN, se expresa la definición acogida por el OSITRAN para la medida correctiva:

Artículo 4.-Definiciones

(...)

y) Medida Correctiva: Es aquella que tiene por objeto revertir o disminuir el efecto nocivo de la conducta infractora, buscando corregir los efectos negativos de la infracción sobre el bien jurídico protegido; reponiendo, de ser posible, la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados. También lo es la medida destinada a evitar que los efectos nocivos de la conducta infractora se produzcan nuevamente o que tiene por objeto mejorar el desempeño de la Entidad Prestadora respecto del servicio que brinda⁴³.

En extensión al artículo glosado, también el OSITRAN organiza los tipos de medidas correctivas y las enumera en el artículo 89 de esta normativa. Así, enfatiza la necesidad de diferenciar a la medida correctiva de una sanción, indicando que la primera no configura una manifestación de la segunda; y luego enumera las situaciones en las que se pueden dictar correctivas: a) para retiros de instalaciones; b) para inmovilizar bienes; c) para comiso de bienes; d) para paralizar inversiones; e) para reparar, reponer o cumplir obligaciones; f) para devolver la contraprestación paga por el usuario; g) para devolver pagos indebidos;

h) para mitigar los gastos incurridos por el usuario; i) para inaplicar determinadas cláusulas; j) para publicar avisos de rectificación; k) para implementar mejoras del cumplimiento contractual; l) de implementación de la propia medida correctiva; m) y cualquier otra medida orientada a cumplir con el orden normativo.

Se observa, de este modo, que las tipologías de correctivas diseñadas por el OSITRAN son parecidas a las que categoriza el OSIPTEL, en vista de que la mayoría de ellas está pensada en corregir y revertir perjuicios sin que desnaturalicen la figura de la sanción.

En cuanto a la regulación energética cuya autoridad le pertenece al OSINERGMIN, las medidas correctivas tienen su régimen establecido en el artículo 38° del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS/CD:

Artículo 38.- Medida correctiva

38.1 OSINERGMIN puede dictar medidas correctivas al advertir, una situación contraria al ordenamiento jurídico que se encuentre bajo ámbito de sus competencias, con la finalidad de corregir o reestablecer la legalidad alterada. (OSINERGMIN, 2020)

Por el lado de SUNASS, la facultad para imponer medidas correctivas se encuentra prevista en el artículo 35 del Reglamento General de SUNASS, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, el mismo que estipula lo siguiente:

Artículo 35.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a la SUNASS imponer sanciones y medidas correctivas a las EMPRESAS PRESTADORAS que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones y/o regulaciones dictadas por la SUNASS y, de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión⁴⁴.

Del mismo modo, en el artículo 22 del Reglamento General de Fiscalización y Sanción, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 064-2023-SUNASS/CD:

Artículo 22.- Medidas correctivas

⁴² Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, de 2006

⁴³ Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN, de 2018

⁴⁴ Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, de 2001

A través de la medida correctiva, la SUNASS interviene para ordenar a los administrados una cierta acción u omisión, con la finalidad de que cumplan a cabalidad con sus obligaciones legales, contractuales, técnicas o las contenidas en actos administrativos.

La medida correctiva no tiene carácter sancionador, responde a naturaleza y objetivos diferentes (...)⁴⁵.

Y también SUNASS establece una categorización de las medidas correctivas, las cuales pueden ser: a) correctivas de cese; b) correctivas informativas; c) correctivas de mandatos; d) correctivas de devolución; e) otras tipologías de correctivas que impliquen la corrección de una situación de incumplimiento⁴⁶.

2. La (in) existencia de una metodología de aplicación de medidas correctivas

La recopilación y posterior revisión de los diferentes cuerpos normativos que rigen el tratamiento jurídico de las medidas correctivas en el ámbito de acción de los organismos reguladores nos permiten colegir que no existe una metodología ni lineamiento común para la determinación del uso de la medida correctiva en lugar de la sanción.

En efecto, cada régimen sectorial agota su tratamiento legal en establecer la competencia de los organismos reguladores para imponer medidas correctivas, y en establecer una tipología de medidas correctivas tendientes todas ellas a corregir o restablecer la legalidad de una situación de incumplimiento.

Sin embargo, no existe una directiva general ni particular de ninguna de las agencias regulatorias que establezca un método para determinar cuándo corresponde preferir la imposición de una correctiva en lugar de acudir directamente a la sanción como mecanismo disuasorio.

Por ejemplo, la OCDE, luego de haber revisado el avance de las recomendaciones hechas al OSIPTEL en el 2018, detectó que este regulador había, ampliamente, preferido la imposición de sanciones a la de medidas correctivas desde el 2018 en adelante, lo que conlleva a un deterioro del relacionamiento de este regulador con las empresas operadoras del sector⁴⁷.

Así, consideramos que la inexistencia de una metodología de esta naturaleza disuade a las agencias regulatorias a tener objetividad en elegir una medida sobre otra, ya que les surge la preocupación de enfrentar posteriores investigaciones disciplinarias en las que se evalúe la pertinencia de dicha decisión. Por ello, contar con una metodología sirve tanto para generar predictibilidad y certeza para el administrado como también brindar un marco legal de objetividad para los funcionarios a cargo de tales investigaciones.

V. Una propuesta metodológica para la empleabilidad de las medidas correctivas

1. Hacia un planteamiento de un modelo estandarizado de empleo de medidas correctivas

La misión de los reguladores no es (o por lo menos no debería ser) encontrar culpables, sino fomentar el voluntario cumplimiento normativo por parte de los regulados, aplicando un enfoque preventivo. En este marco, la sanción debe ser aplicada únicamente como una medida de última ratio luego de que no haya sido efectiva la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo⁴⁸.

Una estrategia enfocada en la realidad se materializaría fomentando políticas que permitan planificar las acciones destinadas a identificar y dar soluciones a los incumplimientos detectados, buscando una pronta solución a los mismos⁴⁹.

No obstante, no pretendemos desconocer la efectividad e incluso la necesidad de contar con un esquema de sanciones para contar con un marco de *enforcement* que realmente logre hacer cumplir las normas. Lo que se pretende es reflexionar sobre la pertinencia de priorizar este mecanismo sobre otros, a saber, el empleo de las medidas correctivas sobre la aplicación de sanciones.

Y es que, debido a la dinámica de las industrias reguladas, el Estado puede terminar regulando e incluso sancionando conductas que, si bien en el pasado requerían de cierta protección especial, en la actualidad podrían dejar de priorizarse como sancionables y optar medidas alternativas.

⁴⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 064-2023-SUNASS-CD, de 2023

⁴⁶ Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, de 2001 artículo 22

⁴⁷ OCDE 2023, 51-52

⁴⁸ CALLE & ROCA 2017, 5

⁴⁹ HUAMÁN 2017, 30

Con todo, vemos que existe un amplio campo para el empleo de las medidas correctivas como mecanismos alternativos a las sanciones. Sin embargo, deben considerarse ciertos límites para que justamente no se obtenga un efecto no deseado: un mayor grado de incumplimiento de los administrados y una demora en la solución a problemas reales. Resultará necesario, entonces, no solo contar con un marco predecible para la imposición de medidas correctivas, sino su preferencia en la aplicación ante inconductas normativas y una pronta, adaptable y adecuada tramitación.

En atención a esto, debemos analizar de qué manera la Administración Pública podría emplear adecuada y oportunamente las medidas de las que dispone, para que así se alcance un procedimiento oportuno en el cual la Administración Pública ejerza de manera proporcional sus potestades.

Como experiencia nacional comparada, procederemos a desarrollar lo ocurrido en el sector ambiente. ¿Por qué resulta relevante dicha comparación? Ello es atendible, en tanto que, en materia ambiental se discuten temas de especial relevancia como la salud y la vida de las personas, así como la estabilidad de los ecosistemas.

En el sector ambiente, mediante la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada el 12 de julio del 2014 en el Diario Oficial El Peruano, se estableció una novedosa forma de entender la tramitación de los procedimientos sancionadores, al establecer como paso previo a la sanción, una aplicación de una medida correctiva que, ante su incumplimiento, detonaría la continuación del procedimiento. Así, el artículo 19° de la mencionada Ley indica lo siguiente:

Artículo 19. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establézcase un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa de-

clara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el período de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.

Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.

Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

En caso el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) determinase la existencia de una infracción, en lugar de iniciar un procedimiento administrativo sancionador que directamente concluya con la imposición de una sanción, se dispuso que se iniciase un procedimiento de imposición de medida correctiva previo a la imposición de una sanción. Bajo la aplicación de esta figura se suspendía el procedimiento sancionador mientras se emitía, ejecutaba y verificaba la ejecución de la medida correctiva ordenada.

La aplicación de esta figura se dio en un marco "excepcional", donde solamente resultaba admisible cuando dentro del procedimiento no se encontraban comprometidos los siguientes elementos:

a) Existencia de daño real y muy grave a la vida y salud humana.

b) Las actividades no cuentan con instrumentos de gestión ambiental o su realizan en zonas prohibidas.

c) El infractor es reincidente.

Podemos entonces verificar que el procedimiento administrativo sancionador excepcional, planteado por el artículo 19° de la Ley N° 30230 constituye una herramienta novedosa para la aplicación y/o tramitación de procedimientos sancionadores, ya que además de responder a los principales principios procesales como los de economía procesal y celeridad, este también responde al principio de razonabilidad.

Siguiendo este orden de ideas, Cordero señala que esta metodología se alinea con el respeto a la libertad de empresa, razonabilidad y con el principio de menor lesividad, teniendo en cuenta el análisis de la metodología del OEFA, que establece que primero se llevará a cabo una evaluación de menor impacto o necesidad de la medida adoptada. Esta etapa se centra en asegurar que la medida no imponga costos adicionales a los administrados más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con la obligación ambiental. Además, como parte de este análisis, el OEFA establece el respeto a la libertad de decisión de la empresa, que implica que la autoridad no debe interferir en la gestión ambiental de la empresa, siempre y cuando cumpla con el propósito establecido. Es decir, la empresa tiene la libertad de elegir las formas para cumplir con la medida correctiva. Sumado a ello, se incluye la concesión de plazos razonables para cumplir con la medida correctiva. Lo cual está en línea con los requisitos del medio elegido para lograr la finalidad⁵⁰.

En la sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados) donde el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley N° 30230, se concluyó, en su parte pertinente, que el artículo 19° no es arbitrario ni inconstitucional, sino que configura un modelo razonable de ejercicio de la potestad sancionadora. Se resaltó que la norma promueve un enfoque pedagógico y fomenta comportamientos adecuados antes de recurrir a sanciones, reservándolas para casos de incumplimiento o infracciones graves, como daños severos a la salud y la vida, falta de instrumentos de gestión ambiental, actividades en

zonas prohibidas o reincidencia. Dadas las particularidades propias de la norma, el Tribunal Constitucional también destacó que la norma buscó fortalecer la conciencia ambiental en los administrados, sin menoscabar las potestades sancionadoras.

Ahora bien, tomando como parámetro el ejemplo del OEFA, el empleo de las medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones puede adoptar dos caminos. El primero: formar parte de un procedimiento administrativo sancionador excepcional donde la aplicación de medidas correctivas resultaría ser una excepción a la regla de seguir procedimientos administrativos sancionadores tradicionales y la decisión de descartar la sanción debe fundamentarse en criterios como la inexistencia de una resolución firme en sede administrativa donde se haya determinado el incumplimiento del administrado de dicha medida correctiva ordenada; o, el segundo, considerando que la regulación del accionar del OEFA se estableció en 2014 y que, desde entonces, han ocurrido cambios significativos en la normativa administrativa para permitir la conclusión de las acciones de fiscalización mediante medidas correctivas, se aplique una metodología de imposición de medidas correctivas que sea empleada de manera preferente antes del inicio de cualquier procedimiento sancionador, y como una alternativa viable o un filtro para el inicio de éstos.

Sobre ello, somos de la opinión de que la metodología a proponer debe emplearse de manera alternativa al inicio del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, cabe destacar que será ésta misma metodología la que deberá determinar de manera predecible y antelada en qué casos se iniciarán procedimientos sancionadores, y en qué casos se evaluará la adopción alternativa de medidas correctivas.

También resulta relevante anotar de manera previa que esta elección debe basarse en criterios claros. Así, por ejemplo, la adopción de medidas correctivas de manera alternativa a sanciones puede asociarse a una novedad normativa (normas con muy poco tiempo en el mercado), o a una actitud diligente del administrado en el tiempo. Del mismo modo, resultará relevante también evaluar la inversión y esfuerzo introducido por el administrado para controlar posibles incumplimientos normativos. Y esta evaluación podría ser jurídicamente relevante tanto antes de la imposición de la medida correctiva como luego de la misma (justamente para verificar su cumplimiento).

⁵⁰ CORDERO 2017, 19

Serán relevantes también factores como beneficio ilícito, probabilidad de detección e inexistencia de factores agravantes como la reincidencia, e incluso la probabilidad de detección (por ejemplo, aquellas inconductas que devengan de una acción de supervisión deberían ser considerados con alta probabilidad de detección).

Así, una vez que se aplique la imposición de una medida correctiva, el administrado imputado tendrá un periodo de tiempo determinado para corregir su actuación satisfaciendo la finalidad de la medida correctiva.

En caso de que la medida correctiva no fuese adecuadamente cumplida, el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador recomendaría al órgano decisor el inicio de un procedimiento sancionador y la investigación de una posible sanción. Con ello, se cumple con la finalidad responsiva, en tanto que se brindó al administrado la oportunidad de poder adecuar su conducta con la imposición de una medida correctiva de manera alternativa a la sanción.

Ahora bien, cabe precisar que, para asegurar que la aplicación de medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones sea efectiva, es crucial distinguir claramente el momento de la imposición de la medida correctiva y el momento de su verificación. Al imponer una medida correctiva, esta debe ser razonable en relación con las capacidades del administrado y el bien jurídico protegido. Luego, al verificar el cumplimiento de la medida correctiva, se debe otorgar un plazo razonable y asegurar que las obligaciones impuestas no representen un mayor gravamen que la sanción que se habría impuesto. La flexibilidad y adaptabilidad en la evaluación del cumplimiento de la medida correctiva son fundamentales para diferenciar un régimen punitivo de uno responsivo. Si la evaluación de las medidas correctivas se realiza desde un enfoque punitivo, se corre el riesgo de trasladar los procedimientos sancionadores que no se iniciaron a otros sancionadores por incumplimiento de medidas correctivas, lo que contravendría la finalidad de la regulación responsiva.

Del mismo modo, se debe considerar que la implementación de una reforma en la atención de incumplimientos normativos e implementación de un procedimiento sancionador puede generar determinadas reacciones, las mismas que se buscan desarrollar en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Presupuestos de reacciones a la Medida Propuesta y Comentarios

Resumen de Reacciones y Comentarios		
Congreso de la República	<p>La preferencia de medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones podría ser considerada como un perjuicio para el Estado y los usuarios. Posible reacción negativa basada en sesgos personales por malas experiencias personales o influencia política.</p>	<p>El empleo de las medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones permitirá invertir los recursos que se habrían desembolsado a propósito de las multas, en favor de los usuarios, bajo la fiscalización de los Reguladores. Significa un acercamiento del Regulador a las operaciones concretas de las empresas reguladas que redundan en un beneficio directo para los usuarios. Del mismo modo, no se pierde la facultad de poder sancionar si se incumple la medida correctiva ordenada.</p>
Medios de Prensa	<p>Posibles campañas de deslegitimación de la alternativa. Acostumbrados a medir el éxito del desempeño del Regulador en base a multas impuestas, podría generar suspicacias a dicho grupo.</p>	<p>Es recomendable realizar campañas intensivas para la internalización positiva de la alternativa. Esta medida además de corregir situaciones de incumplimientos normativos redundará en una mayor inversión en infraestructura y en beneficios para los usuarios.</p>

Usuarios	Desconocimiento general de la medida. Percepción negativa o sensación de "amnistías" o "perdón" para la imposición de multas.	Es fundamental mantener a los usuarios informados a través de plataformas web y otros canales de comunicación, aclarando que no se pierde la potestad sancionadora y que el empleo de medidas correctivas sigue un procedimiento preestablecido. Se debe destacar que la adopción de medidas correctivas priorizará la atención de problemas reales de los usuarios, generando beneficios tangibles para ellos.
Empresas Operadoras	Percepción de la medida como un incentivo para la adopción de mayores incumplimientos al interpretar la medida como un "perdón" de multas.	Se debe establecer un marco regulatorio que clarifique a los actores del mercado que el incumplimiento de las medidas correctivas será sancionado. Además, el riesgo reputacional asociado al incumplimiento puede actuar como un disuasivo, ayudando a promover inversiones en infraestructura y mejoras en los servicios para los usuarios.
OCI - Contraloría	Posible percepción de "amnistía" o "perdón" de multas. Inicio de procedimientos contra los funcionarios encargados de ejecutar la medida.	Es crucial desarrollar un marco regulatorio claro que establezca las condiciones para la adopción de medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones y las restricciones que aplican, para evitar malentendidos y asegurar la transparencia en la implementación de la reforma.

Organismos Internacionales	Evaluación de la medida en términos de su alineación con estándares internacionales de gobernanza y cumplimiento normativo.	Es necesario asegurar que la reforma se alinee con las mejores prácticas internacionales, lo que podría reforzar la legitimidad de la medida y asegurar el apoyo de organismos internacionales en su implementación. Esto también podría atraer inversión extranjera al mejorar la percepción de la estabilidad y previsibilidad regulatoria.
Sociedad Civil y ONGs	Posible preocupación por la percepción de que las medidas correctivas podrían ser una forma de debilitar la supervisión y control sobre las empresas.	Para mitigar estas preocupaciones, es importante involucrar a la sociedad civil y ONGs en el proceso de implementación y monitoreo de la reforma, asegurando que entienden cómo las medidas correctivas contribuyen a la protección del bien común y cómo se mantendrá la vigilancia sobre el cumplimiento normativo.
Academia y Expertos	Crítica o apoyo basado en la percepción de la medida en términos de su efectividad y alineación con teorías y principios de buena gobernanza.	Es recomendable fomentar el debate académico y la investigación sobre la efectividad de las medidas correctivas frente a las sanciones tradicionales, para respaldar la reforma con evidencia empírica y teorías que fortalezcan su implementación y aceptación en los diferentes sectores de la sociedad.
Poder Judicial	Confusión sobre la aplicación de la potestad sancionadora del Estado bajo el nuevo enfoque.	Es relevante mantener capacitados a los funcionarios del poder judicial en nuevos enfoques de marcos regulatorios modernos.

Fuente: Elaboración propia

Implementar medidas administrativas alternativas pueden resultar más efectivas, en determinados casos y dependiendo de la

naturaleza de las circunstancias, para corregir conductas infractoras y prevenir futuras transgresiones, y a la par, promueven una relación más constructiva entre la administración y los administrados. Las sanciones tradicionales, en ciertos casos, pueden resultar desproporcionadas o ineficaces, y las medidas alternativas pueden ofrecer soluciones más adaptadas a las circunstancias específicas de cada situación⁵¹.

Precisamente, es en el análisis de estas circunstancias particulares donde la discrecionalidad administrativa adquiere una relevancia fundamental, en la medida en que habilita a la Autoridad a evaluar la adopción de medidas correctivas en lugar de sanciones. Este margen de apreciación se debe ejercer en un marco predecible con miras a satisfacer el interés público, pues la Administración busca no solo restaurar la legalidad, sino también promover la confianza y colaboración de los administrados.

En este sentido, dependiendo de las circunstancias y dentro de un adecuado marco metodológico, la preferencia de las medidas correctivas frente al uso de sanciones administrativas podrá generar eficiencias en el tiempo de resolución de casos y mayor eficacia en la respuesta del regulador, ya que, al estar estrechamente vinculados con el problema real ocurrido y la solución concreta al mismo, logrará el objetivo de corrección propuesto. Como se indica en la Tabla 1, por ejemplo, se estima que la preferencia en el empleo de las medidas correctivas generará en los administrados una atención al problema concreto que ha sido identificado como un incumplimiento normativo, generando claridad y razonabilidad en su atención. En general, se brindan posibles reacciones de los diversos *stakeholders* a fin de identificar posibles soluciones.

2. Propuesta de un modelo estandarizado de empleo de medidas correctivas

a) *Criterios de evaluación para la empleabilidad de las medidas correctivas*

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se presenta la propuesta metodológica, que incluye una lista de criterios que se espera que los reguladores utilicen al evaluar si se debe imponer una sanción (como las multa, por ejemplo) o, en su lugar, optar por la aplicación de una medida correctiva. Esta propuesta no sugiere una evaluación redundante de los mismos criterios, sino más bien una valoración

integral que considere todas las circunstancias particulares de cada caso.

Esta sección ofrece a los reguladores orientación sobre cómo interpretar los hechos específicos de cada caso a la luz de los criterios establecidos, garantizando que la decisión sea justa y proporcional, basada en una comprensión completa del contexto y de las implicaciones de cada opción.

i) La naturaleza, gravedad y duración de la infracción

La totalidad de las responsabilidades atribuidas a los agentes regulados deben estar en conformidad con la normativa de cada entidad, organizándose de acuerdo con su naturaleza.

Este marco normativo debe contemplar la posibilidad de que el incumplimiento de ciertas disposiciones sea considerado más graves que otras, estableciendo umbrales máximos que definan el límite entre una sanción administrativa o una medida correctiva⁵². No obstante, el organismo de supervisión competente, al analizar los hechos particulares de un caso, tiene la facultad de determinar si se requiere una medida correctiva, en forma de sanción, de mayor o menor envergadura.

Es importante incorporar el concepto de "infracciones menores". La evaluación de los criterios descritos puede llevar al regulador a concluir que, en las circunstancias particulares del caso, la violación normativa no conlleva un riesgo sustancial para los derechos de los interesados involucrados y no afecta la esencia de la obligación correspondiente. En tales situaciones, la imposición de una sanción puede ser reemplazada por una medida correctiva, aunque no de manera automática, sino después de un análisis detallado de todas las circunstancias del caso.

Sin embargo, no debe establecerse una obligación categórica para el regulador de sustituir siempre una sanción por una amonestación en el caso de infracciones leves, sino que abre la posibilidad de dicha sustitución, a través de una evaluación minuciosa de todas las circunstancias del caso.

Asimismo, también debe evaluarse la posibilidad de reemplazar una sanción por una amonestación, cuando el regulado es una persona física y la sanción que se anticipa imponer representaría una carga desproporcionada. En este contexto, el regulador debe determi-

⁵¹ COVILLA 2018, 1028-1030

⁵² PETIT 2019, 45

nar si, en vista de las circunstancias específicas del caso, es necesario aplicar una sanción⁵³. En caso de que se decida a favor de una sanción, el organismo de supervisión debe analizar si esta impusiera una carga desproporcionada a una persona física.

La gravedad de la infracción se determinará considerando diversos aspectos, como la naturaleza de esta, el alcance y el propósito de la materia involucrada, el número de partes interesadas afectadas y el nivel de daño sufrido por ellos. Si se detectan varias infracciones diferentes cometidas en un mismo caso, el regulador podrá imponer multas administrativas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, basándose en la infracción más grave entre ellas⁵⁴.

Es esencial evaluar el número de personas afectadas para determinar si un incidente es un caso aislado o si refleja una violación más sistémica o la ausencia de procedimientos adecuados. No obstante, es importante enfatizar que incluso los eventos aislados no deben pasarse por alto, ya que pueden tener un impacto significativo en numerosas personas. Esto dependerá de las circunstancias particulares del caso, como el número total de personas registradas en la base de datos en cuestión, la cantidad de usuarios de un servicio, el número de clientes o, según corresponda, la población del país.

En casos en los que los interesados hayan sufrido daños, se debe tener en cuenta la magnitud del perjuicio. Cuando se haya sufrido un perjuicio debido a una infracción del Reglamento o exista una probabilidad de que se haya producido dicho perjuicio, el organismo regulador debe considerar este factor al seleccionar la medida adecuada. Sin embargo, es importante destacar que el regulador no está facultado para otorgar una compensación específica por los daños sufridos.

La imposición de una multa no está condicionada por la capacidad del regulador para establecer un vínculo causal entre el incumplimiento y la pérdida material. Por ejemplo, la duración de la infracción puede servir como indicio:

- Comportamiento intencional por parte del responsable del tratamiento.
- La falta de implementación de medidas preventivas adecuadas.

- La incapacidad para implementar las medidas técnicas y organizativas necesarias.

ii) El carácter doloso o negligente de la infracción

El concepto de "intención" abarca tanto el conocimiento previo como la voluntad deliberada de infringir las disposiciones legales, mientras que el concepto de "negligente" implica que no había una intención explícita de cometer la infracción, aunque el agente regulado no cumplió con el nivel de cuidado requerido por la ley.

En la mayoría de los casos, se reconoce que las infracciones intencionales, que denotan una clara intención de incumplir las normas, son consideradas más serias que aquellas no intencionales, y por ende, es más probable que requieran la aplicación de una multa administrativa⁵⁵. La determinación de si una infracción fue intencional o no se basará en la identificación de elementos objetivos de comportamiento recopilados de los hechos del caso. Además, la jurisprudencia y la experiencia adquirida en el campo bajo la aplicación de la regulación sectorial deben proporcionar orientación sobre las circunstancias que indican umbrales más claros para evaluar si una infracción fue intencional.

Algunos indicativos de infracciones intencionales pueden incluir un procesamiento ilegal respaldado explícitamente por la alta dirección, a pesar de las advertencias o sin respetar las políticas existentes. Otros ejemplos podrían incluir:

- Alterar datos para dar una impresión engañosa (positiva) sobre si se han cumplido ciertos objetivos.
- Comercializar con datos personales con fines de marketing.
- No leer ni cumplir las políticas existentes, errores humanos, no aplicar actualizaciones técnicas de manera oportuna o no adoptar políticas (en lugar de simplemente no aplicarlas) pueden indicar negligencia.

Es responsabilidad de las empresas establecer estructuras y asignar recursos aprobados de acuerdo con la naturaleza y complejidad de sus operaciones. Por tanto, los sujetos regulados no pueden excusar violaciones a la legislación, argumentando la falta de recursos. Las prácticas y documentación asociadas con

⁵³ LAGUNA DE PAZ 2020, 67

⁵⁴ PETIT 2019, 387-3988

⁵⁵ ZAPATA 2018, 13

las actividades de procesamiento deben seguir un enfoque basado en el riesgo⁵⁶.

Existen áreas grises que pueden influir en la toma de decisiones con respecto a la imposición o no de una medida correctiva, y es posible que el organismo deba llevar a cabo investigaciones más exhaustivas para determinar los hechos del caso y asegurarse de que todas las circunstancias específicas de cada caso individual se hayan considerado de manera adecuada.

iii) Cualquier acción realizada por el agente regulado para mitigar el daño sufrido por los interesados

Es obligación de los sujetos regulados implementar medidas técnicas y organizativas que garanticen un nivel de seguridad adecuado según el riesgo, realizar evaluaciones de impacto y mitigar los riesgos inherentes para proteger los derechos y libertades de las personas⁵⁷. No obstante, cuando se produce una infracción y un interesado sufre daños, la entidad responsable está obligada a tomar todas las medidas necesarias para minimizar las consecuencias de la violación en las personas afectadas⁵⁸. La manera en que actúe de manera responsable (o no) en esta situación será considerada por el organismo de control al decidir la(s) medida(s) correctiva(s) adecuada(s), así como al calcular la sanción que se impondrá en ese caso específico.

Aunque los factores que agravan o mitigan son particularmente relevantes para ajustar el importe de una multa a las circunstancias específicas del caso, no se debe subestimar su papel en la elección de la medida correctiva apropiada. En situaciones en las que la evaluación basada en otros criterios deje a el organismo de control con dudas acerca de la idoneidad de una multa administrativa como medida correctiva, tales circunstancias agravantes o atenuantes pueden ayudar a determinar la medida más adecuada inclinando la balanza hacia lo que sea más efectivo, proporcionado y disuasorio en ese caso particular.

Esta disposición implica una evaluación de la responsabilidad del agente regulado una vez que se ha producido la infracción. Puede aplicarse en casos en los que el agente regulado claramente no haya adoptado un enfoque negligente o imprudente, pero haya actuado

con diligencia para corregir sus acciones una vez que se dieron cuenta de la infracción.

Puede ser apropiado mostrar cierto grado de flexibilidad hacia agentes regulados que admitieron su infracción y asumieron la responsabilidad de corregir o limitar el impacto de sus acciones. Esto podría incluir, por ejemplo, tomar medidas oportunas para evitar que la infracción continúe o se expanda a un nivel o fase que hubiera tenido un impacto mucho más grave de lo que tuvo.

iv) El grado de responsabilidad del agente regulador teniendo en cuenta las medidas técnicas y organizativas implementadas por ellos

La medida en que se evalúa la responsabilidad del agente regulado en el contexto de la aplicación de una medida correctiva adecuada puede abordar cuestiones como⁵⁹:

- ¿El agente regulado ha implementado medidas técnicas que cumplan con los principios técnicos mínimos?
- ¿El agente regulado ha establecido medidas organizativas que apliquen con los principios técnicos mínimos en todos los niveles de la organización?
- ¿Las políticas y procedimientos pertinentes en materia de la materia del agente regulado son conocidos y aplicados adecuadamente en el nivel de gestión correspondiente de la organización?

El agente regulado debe llevar a cabo evaluaciones adecuadas y tomar las medidas necesarias. Por lo tanto, la pregunta clave para el regulador es deliberar hasta qué punto el agente regulado ha cumplido con lo que se esperaba en función de la naturaleza, los propósitos y el alcance del procesamiento, a la luz de las obligaciones que imponga la normativa.

En esta evaluación, es esencial considerar los procedimientos y métodos de las "mejores prácticas" cuando estén disponibles y se apliquen. Es importante tener en cuenta los estándares de la industria y los códigos de conducta específicos de cada campo o profesión. Los códigos de práctica pueden proporcionar una guía sobre cuál es la práctica común en el campo y cómo abordar los problemas de seguridad típicos asociados con el procesamiento de datos.

⁵⁶ ORJUOLA 2020, 9

⁵⁷ ORJUOLA 2020, 10

⁵⁸ SANTOS 2013, 835

⁵⁹ Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea 2016/679, de 2016

Si bien las mejores prácticas deben considerarse como un estándar ideal en general, es fundamental tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso individual al evaluar el grado de responsabilidad.

v) Cualquier infracción anterior relevante por parte del agente regulado

Este criterio tiene como objetivo analizar el historial del agente regulado que ha cometido la infracción⁶⁰. Las autoridades deben tener en cuenta que el alcance de esta evaluación puede ser bastante amplio, ya que cualquier tipo de incumplimiento de la normativa, aunque sea de naturaleza diferente al asunto bajo investigación en ese momento, podría considerarse "relevante" para la evaluación. Esto se debe a que podría indicar un nivel general de falta de conocimiento o incumplimiento de las normativas. Por lo tanto, el regulador debe llevar a cabo una evaluación que incluye:

- ¿El agente regulado ha cometido la misma infracción en el pasado?
- ¿El agente regulado ha cometido infracciones de la normativa de manera similar? Por ejemplo, debido a una falta de conocimiento suficiente de los procedimientos existentes en la organización, a una evaluación de riesgos inadecuada, a la falta de respuesta oportuna a las solicitudes de los interesados, o a retrasos injustificados en la respuesta a estas solicitudes, entre otros posibles ejemplos.

Todo ello, involucra un rigor durante la investigación para identificar si existe una historia que antecede a la infracción actual detectada pero que influye en el perfilamiento del agente regulado en tanto es un elemento demostrativo de su actitud frente al cumplimiento de las obligaciones normativas.

vi) El grado de cooperación con el regulador con el fin de remediar la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción

Se debe "considerar adecuadamente" el grado de cooperación al decidir si se impone una multa administrativa y al determinar su cuantía⁶¹.

Si bien la normativa no necesariamente puede ofrecer una guía precisa sobre cómo se deben tomar en cuenta los esfuerzos del agente regulado para remediar una infracción

que ya ha sido confirmada por el organismo de control, cuando la intervención del agente regulado haya tenido como resultado que las consecuencias negativas para los derechos de las personas no se hayan materializado o hayan tenido un impacto más limitado del que podrían haber tenido de otra manera, esto también puede ser considerado al seleccionar la medida correctiva apropiada para el caso individual. Un ejemplo de un caso en el que podría ser relevante considerar la cooperación con el regulador podría ser si la entidad ha respondido de manera particular durante la fase de investigación de ese caso específico de manera que haya limitado significativamente el impacto en los derechos de las personas.

Es importante destacar que no sería apropiado otorgar consideración adicional a la cooperación que ya está legalmente requerida. Por ejemplo, la entidad está obligada en cualquier caso a permitir que el regulador acceda a las instalaciones para llevar a cabo auditorías e inspecciones, por lo que no se consideraría un factor adicional de cooperación.

vii) Cuando las medidas hayan sido ordenadas previamente contra el agente regulado en relación con el mismo objeto, el cumplimiento de dichas medidas

Es factible que un agente regulado ya esté siendo objeto de atención por parte del regulador para supervisar su cumplimiento tras una infracción previa anterior, y es probable que el contacto con sus superiores jerárquicos haya sido extenso⁶². Por lo tanto, el regulador tendrá en cuenta los contactos previos en su evaluación.

A diferencia de los criterios mencionados en el punto v)., este criterio de evaluación simplemente recuerda a las autoridades de que deben referirse a las medidas que ellas mismas hayan emitido previamente con respecto al mismo agente regulado "en relación con la misma materia".

viii) Adhesión del agente regulado a códigos de conducta aprobados

Los agentes regulados pueden optar por adherirse a códigos de conducta aprobados como un medio para demostrar su cumplimiento. En caso de incumplimiento de alguna de las disposiciones de la normativa, la adhesión a un código de conducta aprobado puede ser un indicador de la gravedad de la

⁶⁰ ORJUELA 2020, 11

⁶¹ Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea 2016/679, de 2016

⁶² Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea 2016/679, de 2016

intervención necesaria por parte del regulador, ya sea mediante la imposición de una multa administrativa efectiva, proporcionada y disuasoria o una medida correctiva. Los códigos de conducta aprobados deben contener mecanismos que permitan al regulador realizar un seguimiento obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones.

Cuando un agente regulado se adhiere a un código de conducta aprobado, el regulador puede estar convencido de que la entidad responsable de administrar el código está tomando medidas adecuadas contra su miembro, por ejemplo, mediante esquemas de supervisión y aplicación del código. Por lo tanto, el regulador podría considerar que estas medidas son suficientemente efectivas, proporcionadas o disuasorias en ese caso particular, sin necesidad de imponer medidas adicionales. Algunas sanciones por incumplimiento pueden ser implementadas a través del propio esquema de supervisión.

Adicionalmente, el incumplimiento de las medidas de autorregulación también puede poner de manifiesto la responsabilidad del agente regulado.

ix) Cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, tales como beneficios económicos obtenidos o pérdidas evitadas, directa o indirectamente, de la infracción

La normativa misma proporciona ejemplos de otros elementos que podrían ser considerados al determinar si es apropiada una multa administrativa por una infracción.

La información relacionada con los beneficios obtenidos como resultado de una infracción puede ser de particular relevancia para el regulador, ya que los beneficios económicos derivados de la infracción no pueden ser compensados mediante medidas que no tengan un componente pecuniario. Por lo tanto, el hecho de que el agente regulado haya obtenido ganancias como resultado de la infracción de la normativa podría constituir un indicio sólido de que se debe imponer una multa.

b) *Propuesta de fórmula para la determinación de la empleabilidad de las medidas correctivas*

Para tomar una decisión sobre si se debe aplicar una medida correctiva a una empresa, teniendo en cuenta la variables y subcriterios mencionados anteriormente, se propone utili-

zar una fórmula de ponderación y sumatoria, la cual se describe detalladamente:

i) *Definición de variables y subcriterios*

Definimos las variables y subcriterios relevantes:

Tabla 2. Variables, denominaciones y puntajes

Variable	Denominación	Puntaje
A	Naturaleza, gravedad y duración de la infracción	Naturaleza: escala del 1 al 10 Gravedad: escala del 1 al 10 Duración: en meses
B	Carácter doloso o negligente de la infracción	Puntaje de 1 (negligente) a 10 (doloso)
C	Acciones para mitigar el daño	Puntaje de 0 (sin acciones) a 10 (acciones efectivas)
D	Grado de responsabilidad	Puntaje de 1 (baja responsabilidad) a 10 (alta responsabilidad)
E	Infracciones anteriores	Número de infracciones anteriores relacionadas con el mismo tipo de problema.
F	Grado de cooperación con el regulador	Puntaje de 1 (poca cooperación) a 10 (total cooperación)
H	Cumplimiento de medidas previas	Puntaje de 1 (no cumplimiento) a 10 (cumplimiento total)
I	Adhesión a códigos de conducta aprobados	Puntaje de 1 (no adhesión) a 10 (total adhesión)
J	Otros factores agravantes o atenuantes	Puntaje adicional o deducción basada en factores específicos (por ejemplo, beneficios económicos obtenidos o pérdidas evitadas)

Fuente: *Elaboración propia*

ii) *Asignación de ponderaciones*

Asignamos ponderaciones a cada variable y subcriterio para reflejar su importancia relativa en la toma de decisiones. Los pesos se asignan en función de la política y los objetivos del organismo regulador y pueden sumar

1 (o 100% para efectos de la fórmula). De esta manera, sería el peso asignado a la variable .

iii) Cálculo de la decisión

Calculamos la decisión utilizando la fórmula de ponderación y sumatoria:

Donde:

$$\text{Decisión} = \sum_{i=1}^n (w_i \times \text{Puntaje}_i)$$

n: Número total de variables y subcriterios.

w_i : Ponderación asignada a la variable o subcriterio

Puntaje_i : Puntaje asignado al subcriterio i en función de su contribución al caso

iv) Determinación del umbral de decisión

La determinación del umbral de decisión es un aspecto crucial de este modelo. El umbral debe establecerse de manera que sea un punto de corte claro entre la aplicación de una medida correctiva y una sanción (como una multa). Idealmente, este umbral debe ser determinado por el organismo regulador en función de su política y objetivos, teniendo en cuenta factores como la tolerancia al riesgo y las metas de cumplimiento.

Este enfoque permite considerar la importancia relativa de los subcriterios y modelar las preferencias del organismo regulador de una manera más sofisticada. La función de utilidad y las ponderaciones pueden adaptarse y ajustarse en función de la retroalimentación y datos históricos para mejorar la precisión y la eficacia del modelo a lo largo del tiempo. Además, puede manejar de manera efectiva los subcriterios y las relaciones entre ellos, lo que es fundamental en casos regulatorios complejos.

Es importante destacar que, al establecer este umbral, no se está renunciando al ius puniendi del Estado, sino que se está reglamentando su ejercicio. La facultad de ordenar medidas correctivas de manera alternativa al inicio de procedimientos sancionadores con la subsecuente imposición de sanciones no implica una renuncia a la facultad de sancionar, sino más bien una estrategia regulatoria que permite una respuesta más adecuada y proporcional a las infracciones. Esto asegura que, en casos donde la corrección es más efectiva que el castigo, se puedan aplicar medidas co-

rectivas sin perder la posibilidad de imponer sanciones cuando sea necesario.

Conclusiones

La regulación responsiva es un enfoque que busca transformar la gestión del cumplimiento normativo por parte de la Administración, que permite el uso de medidas correctivas en lugar de sanciones. Bajo un enfoque preventivo y responsivo, las medidas correctivas sirven como alternativas sostenibles y adaptables para conseguir modificar las conductas de las empresas operadoras a fin de que éstas eviten incumplir con la normativa que cautelan y protegen los reguladores y, a su vez, logren una efectiva adecuación normativa.

La propuesta metodológica desarrollada en esta investigación busca orientar la imposición de medidas correctivas por parte de la Administración, evitando una expansión innecesaria de las sanciones. Sin embargo, no desconocemos la importancia ni la pertinencia de las sanciones administrativas, que son herramientas legítimas especialmente cuando el incumplimiento normativo constituye una infracción tipificada que afecta significativamente bienes jurídicos. Así, la propuesta no busca sustituir las sanciones administrativas, sino complementarlas, ofreciendo a la Administración criterios objetivos y proporcionales para decidir, caso por caso, la medida más adecuada.

El nuevo enfoque y la propuesta metodológica busca pasar de una "vinculación adversarial" a una "vinculación colaborativa" entre el Estado y los administrados en situaciones de incumplimiento normativo. Este cambio se lograría a través de la implementación de medidas correctivas como herramientas de políticas regulatorias colaborativas, fomentando la cooperación y la corresponsabilidad entre reguladores y regulados.

Es esencial que, además de reglamentar "Metodologías de Multas", se ponga un énfasis particular en garantizar la predictibilidad en la aplicación de medidas correctivas entendidas como herramientas de políticas regulatorias colaborativas a través de "Metodologías de Medidas Correctivas"

En base a un criterio de eficiencia, por la reducción de tiempo en la resolución de casos, la eficacia, por su estrecha relación con el problema real ocurrido y la solución concreta al mismo, resulta preferente el empleo de medidas correctivas frente a los procedimientos

sancionadores, con la subsecuente imposición de sanciones, como mecanismos para promover el cumplimiento regulatorio.

Por ello es que resulta imperativo que los organismos reguladores opten por reformular sus procesos de análisis y adopción de decisiones en los procedimientos sancionadores que conducen. De ahí que nuestra propuesta sea el establecimiento de una metodología uniforme para la aplicación preferente de medidas correctivas de manera alternativa a las sanciones.

Entre las variables y criterios que deben tomarse en cuenta para mensurar la escala de punición está la naturaleza, gravedad y duración de la infracción; así como también, el carácter doloso o negligente de la infracción; también las acciones reactivas del infractor para mitigar el daño; el grado de responsabilidad originado por su participación; el récord de infracciones que le antecede a la comisión en investigación; la actitud para cooperar con la investigación; el nivel de cumplimiento de su comportamiento institucional; si cuenta con códigos de conducta o programas de cumplimiento; y otros factores que agravan o atenuan la valoración de la conducta infractora.

El resultado de la valoración de todos estos elementos se sitúa en un umbral de decisión, el cual le permitirá al regulador tener certidumbre para la decisión de emplear medidas correctivas frente a las sanciones; y con ello se erradicará el riesgo de arbitrariedad y brindará transparencia y predictibilidad a los administrados. Así, la determinación del umbral de decisión se erige como un elemento clave para la aplicación de la metodología propuesta que, al funcionar como punto de corte entre la adopción de una medida correctiva y el inicio de una acción punitiva, brinda claridad y coherencia a la autoridad administrativa en su labor de evaluación de cada caso.

Bibliografía citada

ALDANA DURÁN, MARTHA; HIGA SILVA, CÉSAR, & MELGAR TÁMARA, KATHERINE. (2016). *Las medidas correctivas en el marco de fiscalización ambiental de la OEFA*. <https://www.oefa.gob.pe/es/publicaciones/libro-medidas-correctivas-oefa/>

AYRES, IAN & BRAITHWAITE, JOHN. (1992). *Responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press.

BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, & LODGE, Martin. (2012). *Understanding Regulation* (Second). Oxford University Press.

BARNÉS VÁSQUEZ, JAVIER. (2008). La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional en J. BARNES & E. SCHMIDT-ASSMANN (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*. Editorial Derecho Global.

CALLE CASUSOL, JEAN PAUL & ROCA FABIÁN, JAVIER. (2017). ¿Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y de gestión del riesgo?. *Smart Regulation - Perú*. <http://www.smartreg.pe/>

CARRERAS SCHABAUER, NOEALIA. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en Perú. *Revista Derecho PUCP* (67), 487-509.

CASINO RUBIO, MIGUEL. (2011). La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998. *REALA* (283), 569-574

CASTRO BARRIGA, ALBERTO. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: Un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno en A. CASTRO (Ed.), *Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad de la administración pública en el Perú*. (243-269).

COGLIANESE, CARY, & MENDELSON, EVAN. (2010). Meta-Regulation and Self-Regulation. In R. Baldwin, M. Cave, & M. Lodge (Eds.), *The Oxford Handbook of Regulation* (668). Oxford: Oxford University Press.

CORDERO MALDONADO, LORENA. (2017). *La Razonabilidad en la aplicación de las medidas correctivas en el marco del procedimiento administrativo sancionador aplicado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental: Análisis de dos resoluciones del tribunal de fiscalización ambiental*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. (2018). "La preferencia de las medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa". En A. Montaña Plata & J. I. Rincón Córdoba (Eds.), *El poder sancionador de la Administración pública. Discusión, expansión y construcción*. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1027-1060.

DE LA CRUZ PEÑA, ALEX. (2019). *El principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador peruano: análisis de la normativa sectorial que regula criterios de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo Supervisor de la Inversión de Infraestructura de Transporte de Uso Público, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP*. Trabajo de Investigación. Pontificia Universidad Católica del Perú.

ESTUDIO PAYET, REY, CAUVI, PÉREZ ABOGADOS (2022). *Guía sobre el régimen legal aplicable a las medidas correctivas dictadas por el OEFA*. <https://prcp.com.pe/guias-y-cartillas/guia-sobre-el-regimen-legal-aplicable-a-las-medidas-correctivas-dictadas-por-el-oefa/>

GAMARRA ABARCA, SEBASTIÁN. (2018). De la indulgencia a la condena: la responsive regulation en el régimen de fiscalización ambiental en el Perú. *Themis* (74), 107-125.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, & SANZ RUBIALES, IÑIGO. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi.

GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Admi-

- nistración. *Ius et Praxis*, 26(2), 193-218. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200193>
- HUAMÁN SÁNCHEZ, JORGE LUIS. (2017). *La Conveniencia de Aplicar un Enfoque Responsivo para el cumplimiento de obligaciones materia de Servicios Públicos de Telecomunicaciones*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HUAPAYA TAPIA, R., SÁNCHEZ POVIS, L. & ALEJOS GUZMÁN, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Universidad de Piura.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. (2020). El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública* (211), 37-69.
- LOZANO CUTANDA, BLANCA. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de la Administración Pública* (161), 83-121.
- MITNICK, BARRY. (1989). *La Economía Política de la Regulación*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, 9.
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Segunda Ed). Lima: Gaceta Jurídica.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. (2009). Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En S. Muñoz Machado & J. Esteve Pardo (Eds.), *Derecho de la Regulación Económica Volumen I* (15-244). Iustel.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos.
- OMAR CANDA, FABIÁN. (2004). Régimen jurídico de la actividad de policía. En AA.VV, *Servicio público, policía y fomento* (123-148). Ediciones RAP
- ORÉ ORÉ, ARSENIO. (2016). *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica.
- OCHOA MENDOZA, FRANCISCO. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Revista Derecho PUCP* (76), 151-180.
- ORJUELA FORERO, BLEYNER ROCÍO. (2020). *Guía de implementación de responsabilidad social empresarial en estrategias de sostenibilidad en los ámbitos social, ambiental y económico*. (Tesis Posgrado. Universidad Militar de Nueva Granada).
- ORGANISMO PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2023). *Informe sobre avances del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú: impulsando el desempeño*. OECD.
- PANDO VÍLCHEZ, JORGE. (2021). Las medidas correctivas en los procedimientos administrativos de las municipalidades. Un ajuste necesario de legalidad. *Advocatus* (41), 173-183.
- PETIT, JACQUES. (2019). La proporcionalidad de las sanciones administrativas. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (211), 37-69.
- POLINSKY, MITCHELL., & SHAVELL, STEVEN. (2000). The Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, 38.
- PONCE SOLÉ, JULI. (2014). El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas en A. CASTRO (Ed.), *Buen Gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad de la administración pública en el Perú*. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- REBOLLO PUIG, MANUEL. (2015) Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora en GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER Y MIGUEL. CUERDO MIR (Dir.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*. Thomson-Reuters Aranzadi.
- REBOLLO PUIG, MANUEL, & IZQUIERDO, MANUEL. (2018). Lección 7. Derechos administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales en M. REBOLLO PUIG & E. CARBONELL (Eds.), *Derecho administrativo* (201-224). Tecnos.
- REBOLLO PUIG, MANUEL. (2019) El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú en ZEGARRA, D. (coord.). *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Palestra Editores.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. (2013). En torno a la reparación de los daños ambientales en el Derecho Español. *Revista crítica de Derecho Privado* (10), 830-849.
- SÁNCHEZ YARLEQUE, IVETTE; PALACIOS HERRERA, KATTYA. & PAREJA VALLE, DANIEL. (2023). *Regulación responsable: ¿resultaría adecuado un cambio en el arquetipo sancionador en materia de protección al consumidor* (Tesis de maestría). Escuela de Posgrado de la Universidad del Pacífico).
- SCHMIDT- ASSMANN, EBERHARD. (2006). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo en J. BARNES (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Editorial Derecho Global.
- SELZNICK, PHILLIP. (1985). Focusing Organisational Research on Regulation. In R. Noil (Ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*. University of California Press.
- SUCA CONCHA, ALEJANDRO. (2015). *El Principio de Buen Gobierno y su Operatividad en la Tramitación de Procedimientos Administrativos Sancionadores ante el OEFA por Incumplimiento a los Compromisos Asumidos en los Estudios de Impacto Ambiental*. Trabajo de Investigación. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SUCA CONCHA, ALEJANDRO. (2019) *El empleo de medidas correctivas como herramientas alternativas a la aplicación de sanciones por parte del OSIP-TEL*. (Tesis de posgrado. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- ZAPATA MACEIRAS, ALEJANDRA. (2018). La ausencia de dolo o intencionalidad en la comisión de una infracción de la LOPD. *Revista jurídica Colex* (4), 12-14 Iberley.

Normativa citada

- Ley N° 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. 13 de julio de 2000 (Perú).
- Ordenanza Municipal N° 016-2023-MDSA de 2023 (Municipalidad Distrital de San Antonio). Ordenanza que aprueba el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción en materia ambiental de la entidad de Fiscalización Ambiental de la Municipalidad Distrital de San Antonio. 4 de junio de 2023 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo N° 208-2020-OS-CD de 2020 (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería). Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN. 14 de diciembre de 2020 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN de 2018 (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público). Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN. 1 de junio de 2018 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL de 2013 (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones). Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones. 20 de junio de 2013 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL de 2015 (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones). Reglamento General de Fiscalización. 6 de agosto de 2015 (Perú).
- Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea 2016/679. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (PUE y CUE). 27 de abril de 2016.
- Decreto Supremo N° 008-2001-PCM de 2001 (Presidencia de Consejo de Ministros). Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. 1 de febrero de 2001 (Perú).
- Decreto Supremo N° 017-2001-PCM de 2001 (Presidencia de Consejo de Ministros). Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS. 21 de febrero de 2001 (Perú).
- Decreto Supremo N° 042-2005-PCM de 2005 (Presidencia de Consejo de Ministros). Reglamento de la Ley N° 27332. 8 de junio de 2005 (Perú).
- Decreto Supremo N° 044-2006-PCM de 2006 (Presidencia de Consejo de Ministros). Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. 24 de julio de 2006.
- Resolución de Consejo Directivo N° 064-2023-SUNASS-CD de 2023 (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento). Texto Único Ordenado del Reglamento General de Fiscalización y Sanción. 2 de noviembre de 2023 (Perú).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la República (2018): Casación N° 19723-2015 Piura. Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 31 de mayo de 2018. (Recurso de casación).
- Tribunal Constitucional del Perú (2020): Sentencia en los Expedientes Acumulados N.° 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC. Pleno Jurisdiccional, 12 de mayo de 2020. Caso Ley de Simplificación de Procedimientos y Promoción de la Inversión. Gobierno Regional de San Martín y ciudadanos contra Congreso de la República. (Demanda de inconstitucionalidad).

Tribunales de Justicia y Contraloría General de la República: ¿cómo compatibilizar sus pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios?

Courts of Justice and Comptroller General of the Republic: how to make their contradictory jurisprudential pronouncements compatible?

Alejandro Cárcamo Righetti*

El presente trabajo analiza sucintamente una de las problemáticas centrales que en opinión del autor presenta la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, como lo es la forma de compatibilizar los pronunciamientos que de ella emanan con la jurisprudencia judicial, cuando se sustentan criterios contradictorios.

Palabras claves: Contraloría General de la República, potestad dictaminante, jurisprudencia administrativa, función jurisdiccional - jurisprudencia judicial.

Introducción

La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República¹ –en adelante, indistintamente Contraloría– constituye una pieza esencial del engranaje conforme al cual esta lleva a cabo el control de juridicidad² de la ac-

This work succinctly analyzes one of the central problems that in the author's opinion presents the ruling power of the Comptroller General of the Republic, such as the way to make the pronouncements that emanate from it compatible with judicial jurisprudence, when contradictory criteria are supported.

Keywords: Comptroller General of the Republic, ruling power, administrative jurisprudence, jurisdictional function, judicial jurisprudence.

tividad formal y material de la Administración del Estado³ –en adelante, indistintamente Administración–, según lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política de la República⁴ y en el artículo 1° de la Ley N° 10.336⁵.

Por medio de ella, el organismo contralor emite dictámenes que, conformando la jurisprudencia administrativa, determinan el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas aplicables a los órganos que componen la Administración, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen, confiriendo un margen razonable de seguridad jurídica para estos en cuanto al ejercicio de sus atribuciones y el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico les encomienda.

* Profesor Auxiliar de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Maule, Talca, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca, Abogado, Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Doctor © en Derecho de la Universidad de Talca. Dirección postal: Avenida San Miguel 3605, Talca. Correo electrónico: acarcamo@ucm.cl. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5223-0890>.

¹ Un análisis histórico del órgano contralor en: JIMÉNEZ 2021, 587-610.

² El principio de legalidad obliga positivamente a los órganos de la Administración, cuya razón de existir es la satisfacción del interés general bajo los presupuestos determinados en el ordenamiento jurídico; "(...) es la ley lo que confiere legitimidad democrática a la actuación administrativa. Por eso mismo, la ley es también su límite" (LAGUNA DE PAZ 2017, 84). Como señala De Otto, "el principio de juridicidad(...) no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendido el término limitación en un sentido amplio. Se trata de una concreción del principio del Estado de Derecho, que exige la limitación jurídica del poder del Estado, exigencia

llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución. El principio de juridicidad impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a Derecho" (DE OTTO 1987, 157).

³ Varios autores (BERMÚDEZ 2014, 487; VALDIVIA 2018, 197-198; CORDERO 2020, 126; PHILLIPS 2021, 149-150; CORDERO 2023, 359-360).

⁴ Decreto N° 100, de 2005.

⁵ Decreto N° 2421, de 1964.

Artículo recibido el 08 de julio de 2024 y aceptado el 15 de noviembre de 2024.

Lo anterior, ha sido ratificado por la jurisprudencia constitucional, en cuanto ha sostenido que en la Carta Fundamental "(...) primó la necesidad de mantener radicada en la Contraloría General de la República la competencia para informar –en forma exclusiva y obligatoria– acerca de la extensa legislación administrativa vigente, a fin de evitar la dispersión de interpretaciones y la incerteza que ello podría traer consigo". Agrega la magistratura constitucional, que ello "(...) se estimó como una medida relevante para asegurar la correcta aplicación de esas leyes y reglamentos por las autoridades concernidas (...)".⁶

Sin perjuicio de lo anterior, los méritos y ventajas que se predicen de esta potestad administrativa no autorizan para desconocer o ignorar algunas problemáticas que la función dictaminante genera desde el punto de vista jurídico-práctico, como lo es, la forma de compatibilizar la jurisprudencia administrativa con la jurisprudencia judicial cuando existen criterios contradictorios entre ambas, constituyendo esto, "una de las materias que más ha generado debate en los últimos años (...)".⁷

En dicho contexto, el objetivo del presente trabajo es analizar y proponer una fórmula que permita enfrentar las contradicciones que se generan entre los precedentes de la Contraloría y los pronunciamientos de los tribunales de justicia, teniendo en consideración que dicha problemática no se encuentra resuelta expresamente ni por el constituyente ni por el legislador, ni tampoco ha sido objeto de un estudio específico por parte de la dogmática nacional.

Nuestra hipótesis de investigación, consistente con el objetivo propuesto, se traduce en que, si bien es deseable un permanente diálogo y coherencia entre la jurisprudencia administrativa y la judicial, en el supuesto de existir contradictoriedad entre ambas, en el caso concreto siempre primará el criterio del órgano jurisdiccional, sin perjuicio de lo cual, el consignado por el ente contralor mantendrá su plena vigencia y eficacia obligatoria general para la Administración mientras no sea reconsiderado por este, sin que el órgano jurisdiccional pueda imponer un cambio jurisprudencial con carácter general, salvo que así se ordene en un proceso judicial en que la Contraloría sea parte.

De este modo, el presente trabajo de investigación encuentra su justificación en la compleja problemática que para los órganos de la Administración reviste, en su quehacer cotidiano, la existencia de criterios hermenéuticos diversos e, incluso, contrapuestos, respecto del recto entendimiento de una misma norma o institución jurídica por parte de la Contraloría y de los tribunales de justicia.

Así, a partir de nuestro planteamiento, se busca equilibrar y conciliar adecuadamente, dentro del marco jurídico vigente y el sistema de distribución de competencias imperante, la facultad dictaminante del ente contralor con la función jurisdiccional de nuestros tribunales, en lo que refiere a la interpretación del ordenamiento jurídico administrativo, lo cual impacta directamente en el funcionamiento y la actividad que deben desarrollar los órganos de la Administración.

Desde el punto de vista de la metodología empleada para el desarrollo del trabajo, cabe advertir que este es el de la dogmática jurídica.

I. Relación entre la jurisprudencia judicial y la jurisprudencia administrativa: cuando la incompatibilidad de criterios se vuelve un nudo difícil de desatar

En la academia se enseña la existencia de diversos tipos de controles ejecutados sobre la actividad de los órganos de la Administración, como lo es el denominado control jerárquico permanente de las autoridades y jefaturas al interior de la Administración Pública –artículos 11 y 12 de la Ley N° 18.575⁸–; el control jurídico de las unidades de control interno de los propios organismos; el control político de la Cámara de Diputados –artículo 52 N° 1 de la Carta Fundamental–; el control jurídico de los tribunales de justicia –artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política–; el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional –artículo 93 N° 9 y 16 de la Carta Fundamental–; y el control jurídico de la Contraloría General de la República –artículos 98 de la Constitución y 1° de la Ley N° 10.336–.

En ese contexto, no es extraño que, en ocasiones, exista diversidad de criterios frente a la correcta interpretación y la consiguiente aplicación de las normas jurídicas que rigen a la Administración.

⁶ Sentencia TC Rol N° 6900 (2019).

⁷ NAVARRO 2021, 279.

⁸ DFL N° 1 /DFL N° 1-19653, de 2001.

No obstante lo anterior, la situación que mayor complejidad jurídica presenta, es aquella en la cual se contraponen irremediamente los criterios de la jurisprudencia administrativa y los de la jurisprudencia judicial, más aún, teniendo en consideración la diferente eficacia que el ordenamiento jurídico atribuye a sus pronunciamientos. Mientras la primera produce efectos generales⁹, la segunda tiene efectos relativos o particulares.

Desde ya, cabe advertir que nuestra tesitura no pretende cuestionar el control o revisión judicial de los pronunciamientos del organismo contralor, lo que aparece garantizado en el artículo 38, inciso 2°, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 y 76, todos, de la Constitución Política de la República; y suficientemente reconocido por la jurisprudencia constitucional¹⁰, judicial¹¹, así como por la doctrina nacional¹².

Tampoco intentamos sostener que la Contraloría, en ejercicio de sus atribuciones de control, desarrolle funciones jurisdiccionales, por cuanto "(...) conforme al artículo 76 de la CPR y lo sentenciado por el TC, la jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que esta Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley"¹³.

En dicho escenario, es indudable que la potestad dictaminante "(...) no puede inmiscuirse en las atribuciones propias de los tribunales de justicia, llamados a resolver las controversias que se susciten en relación con la aplicación de las normas, en virtud de la jurisdicción como facultad exclusiva radicada en la judicatura por expreso mandato constitucional"¹⁴.

No obstante, discrepamos de la posición doctrinal conforme a la cual se sustenta que los dictámenes constituyen una mera opinión del Contralor General sobre una materia determinada¹⁵. Los dictámenes constituyen actos administrativos¹⁶ de naturaleza declarativa e interpretativa¹⁷ que, como tales, quedan sometidos a las disposiciones de la Ley N° 19.880¹⁸, como por lo demás se encarga de precisar su artículo 2°. Así, se trata de decisiones escritas que adopta el ente contralor, que responden a la naturaleza de actos administrativos de juicio¹⁹ conforme al artículo 3°, inciso 6°, de la Ley N° 19.880, lo cual ha sido avalado por la jurisprudencia administrativa²⁰, la cual ha señalado que a través de ellos, se "exterioriza una competencia potestativa de juicio que el orden jurídico del más alto rango jerárquico confiere al organismo contralor; podría estimarse que en tal predicamento el dictamen es un acto administrativo"²¹.

Una opinión constituye un juicio subjetivo de mera valoración de una determinada circunstancia o acontecimiento, sin efecto obligatorio, lo cual no se condice con el tratamiento que el ordenamiento jurídico le otorga a este tipo de actos administrativos²².

Por el contrario, la jurisprudencia administrativa constituye una fuente del Derecho administrativo nacional relevante, la cual se conforma por los dictámenes que el ente contralor va pronunciando. Dichos informes, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 10.336, constituyen una excepción a la norma contenida en el artículo 38 de la Ley N° 19.880, la cual refiriendo al valor de estos, prescribe que, por regla general, no son vinculantes.

Ciertamente, los dictámenes tienen una característica que los diferencia de otros actos de juicio, por cuanto poseen "(...) efecto vinculante u obligatorio y, además, tienen la capacidad de afectar la situación jurídica de terceros"²³.

⁹ Varios autores (ARÓSTICA 1989, 531-533; SOTO 1999, 399-403; CÉSPEDES 2001, 149-159; CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 2008, 5; CORDERO 2023, 361).

¹⁰ Sentencia TC Rol N° 3283 (2016); Sentencia TC Rol N° 8998 (2020).

¹¹ Beckdorf Henderson, *Elena con Contraloría General de la República* (2019).

¹² Varios autores (NAVARRO 2012, 440; NAVARRO 2021, 287-293; CORDERO 2023, 1148-1149).

¹³ NAVARRO 2021, 306.

¹⁴ NAVARRO 2021, 310.

¹⁵ ARGANDOÑA 1981, 239.

¹⁶ Aunque se reclame que no responden a su esencia (BERMÚDEZ 2014, 495).

¹⁷ VALDIVIA 2018, 197-198; PHILLIPS 2021, 149.

¹⁸ Ley N° 19.880, de 2003.

¹⁹ POBLETE 2009, 35; CÁRCAMO 2022, 37; CORDERO 2023, 525.

²⁰ Dictamen N° 45.191 (2004).

²¹ Dictamen N° 2.936 (2001).

²² En el mismo sentido: SOTO 2010, 720-727.

²³ CORDERO 2023, 1144.

Como lo precisa la doctrina, los “dictámenes vinculan a quienes los solicitan, y a quienes deban aplicarlos (...), y no solo a ellos sino también a quienes siendo particulares se relacionan con la administración, la cual se encuentra vinculada por aquella jurisprudencia contralora constituida por esos dictámenes”²⁴. En un sentido similar, se ha pronunciado nuestra jurisprudencia judicial²⁵. Ello encuentra su fundamento en la necesidad de uniformar los criterios interpretativos de las normas jurídicas, dotando a nuestro sistema de fuentes del Derecho administrativo de un razonable grado de previsibilidad y, por ende, de certeza jurídica²⁶. Como lo señala Cordero²⁷, en el caso de los dictámenes nos encontramos frente a precedentes normativos –por contraposición a los aplicativos²⁸–, es decir, el pronunciamiento para un caso concreto tiene efectos preceptivos y obligatorios para una generalidad de individuos y para el propio autor del acto, lo que lo convierte en una fuente formal del Derecho administrativo.

Ahora bien, como fue revisado, mientras la jurisprudencia administrativa tiene efectos generales y obligatorios para los órganos de la Administración, la cual debe ser respetada en la decisión de situaciones jurídicas semejantes²⁹; la jurisprudencia judicial solo produce efectos vinculantes en el caso concreto en el que actualmente se pronuncia, ello, según lo dispuesto en el artículo 3º, inciso 2º, del Código Civil³⁰. Esto es lo que se conoce bajo la denominación de relatividad de la cosa juzgada, es decir, “la autoridad de la cosa juzgada rige, en principio, solo para las partes que han intervenido jurídicamente en el litigio; no alcanza a las personas ajenas al juicio”³¹.

En otras palabras, como lo precisa Navarro –citando al Ministro de la Corte Suprema, Señor Sergio Muñoz, en presentación realizada ante el Senado en contienda de competencia entre los tribunales de justicia y la Contraloría General de la República– el ejercicio de la

función jurisdiccional “implica que el sentido y alcance que se dota a la norma en la sentencia, produce sus efectos para ese solo caso, sin una pretensión de generalidad ni alcance distinto”³².

Naturalmente la jurisprudencia administrativa no posee la virtud de vincular a los órganos jurisdiccionales, constituyendo para ellos antecedentes meramente ilustrativos³³, por lo cual pueden adoptar el criterio administrativo o, derechamente, apartarse de él al momento de resolver una controversia de relevancia jurídica sometida a su conocimiento y decisión. Así, como lo precisa y advierte Ducci, “en muchas ocasiones la interpretación legal que realizan otros organismos va a tener una revisión judicial y no sería lógico ni aceptable que en ambas instancias imperaran criterios diferentes”³⁴.

A este respecto, cabe preguntarse sobre la forma de conciliar los pronunciamientos judiciales y administrativos sobre una norma jurídica que admite como posibles distintas interpretaciones, cuando sus conclusiones son disímiles e, incluso, contrapuestas. En otros términos, si la jurisprudencia judicial produce efectos relativos y la jurisprudencia administrativa efectos generales, ¿cuál debe prevalecer en caso de contradicción?, ¿a qué criterio hermenéutico deben ajustar su actividad los órganos de la Administración?

En el caso concreto en que se pronuncia la sentencia judicial, dado que la función jurisdiccional se encuentra privativamente entregada desde la perspectiva constitucional al Poder Judicial –artículo 76–, la decisión del tribunal será aquella que deberá ser siempre obligatoriamente acatada, aun siendo distinta y/o contraria al criterio sustentado por el organismo contralor.

No obstante, para los restantes casos no sometidos al conocimiento y resolución del tribunal, ¿debe mantenerse la obligatoriedad general de la jurisprudencia administrativa?; o, en dicho contexto, ¿la Contraloría está obligada a adecuar sus criterios interpretativos a aquellos contenidos en el pronunciamiento judicial?

Situaciones de tensión en que se ha manifestado una discrepancia entre la jurisprudencia judicial y la administrativa existen. A modo ejemplar, cabe traer a colación la

²⁴ SOTO 1982, 377.

²⁵ *Brown González, Geraldo con Contraloría General de la República* (2018).

²⁶ Sentencia TC Rol N° 6900 (2019).

²⁷ CORDERO 2020, 133.

²⁸ Los cuales constituyen una decisión para un caso concreto, pero que permite variar discrecionalmente las decisiones futuras conforme a estándares jurídicos como la igualdad, la proscripción de la arbitrariedad y la confianza legítima (CORDERO 2020, 133).

²⁹ MADARIAGA 1993, 181; PHILLIPS 2021, 150. En contra de este planteamiento, GUZMÁN 2019, 118-119.

³⁰ DFL N° 1, de 2000.

³¹ VODANOVIC 2003, 86.

³² NAVARRO 2021, 291.

³³ NAVARRO 2012, 440.

³⁴ DUCCI 2007, 87.

sentencia definitiva pronunciada por la Corte Suprema en el año 2012³⁵, relativo a la obligatoriedad de las sociedades de inversión pasiva en orden a pagar patente municipal conforme al Decreto Ley N° 3.063³⁶.

La Contraloría General, a través del dictamen N° 6.512/2012, de 1 de febrero³⁷, había ratificado el dictamen N° 27.677/2010, de 25 de mayo³⁸, por medio del cual señalaba que las sociedades de inversión pasiva no estaban obligadas al pago de patente municipal puesto que no desarrollaban una actividad lucrativa en los términos que exigía el Decreto Ley N° 3.063.

Sin perjuicio de ello, conociendo de una acción de protección de garantías constitucionales interpuesta por numerosas municipalidades en contra del ente contralor, en cuanto al fondo de lo debatido, la Corte Suprema, en el considerando sexto de la sentencia referida, consignó: "(...) esta Corte Suprema ha venido sosteniendo en forma uniforme y reiterada en decenas de fallos sobre la misma materia, que para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal es indispensable precisar si la actividad que ésta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. Por lo tanto, es claro que si el objeto social incorpora, contiene, describe o permite la realización de actividades lucrativas, configuran éstas hechos gravados de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales (...). Todo lo anterior ha sido dicho en numerosos fallos de manera uniforme, constituyendo de esta manera la jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre el tema".

Luego, en el considerando noveno, la Corte Suprema emite un categórico pronunciamiento, el que por su importancia, transcribiremos íntegramente:

Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. *Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos de la “jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica.*

En otro caso reciente, la Corte Suprema³⁹ desestimó un recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la Municipalidad de Curicó en contra de la sentencia definitiva pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca⁴⁰, que la condenó al pago de la asignación de experiencia a favor de 19 asistentes de la educación que prestaban servicios en distintos establecimientos educacionales de la comuna. La materia de derecho respecto de la cual la demandada solicitó unificar jurisprudencia, consistió en determinar el correcto sentido y alcance del artículo 9° de la Ley N° 10.336, en relación con los artículos 6° y 7° de la Constitución, artículo 3° de la Ley N° 18.883⁴¹ y artículos 7° y 10 del Código del Trabajo⁴², en cuanto si los pronunciamientos de la Contraloría General son obligatorios para las municipalidades como para sus integrantes, de modo que todo pacto en contrario adolecería de nulidad. Los fallos referidos afirman que no puede aceptarse que lo resuelto

³⁵ *Ilustre Municipalidad de Las Condes y otras con Contraloría General de la República* (2012).

³⁶ Decreto N° 2385, de 1996.

³⁷ Dictamen N° 6.512 (2012).

³⁸ Dictamen N° 27.677 (2010).

³⁹ *Hernández Riveros, Rodrigo y otros con Ilustre Municipalidad de Curicó* (2024).

⁴⁰ *Hernández con Ilustre Municipalidad de Curicó* (2023).

⁴¹ Ley N° 18.883, de 1989.

⁴² DFL N° 1, de 2003.

a través de los dictámenes de la Contraloría, interpretando las normas laborales sobre el concepto de remuneración, implique que no pueda entenderse tal asignación como parte integrante de aquella. Finalmente, se concluye que siendo la asignación de experiencia o bienios una contraprestación en dinero de la cual son acreedores los demandantes por causa del vínculo laboral que los liga con la demandada, la interpretación sostenida por la Contraloría General en caso alguno puede privar a los demandantes del derecho a percibir la asignación establecida.

Cabe adicionar, como lo recuerda la doctrina⁴³, que la Contraloría General de la República ha promovido dos contiendas de competencia, una ante el Tribunal Constitucional y la otra ante el Senado, con el objeto de cuestionar la competencia de los tribunales ordinarios para conocer sobre acciones de mera certeza, bajo el argumento que la facultad de interpretar la legislación administrativa es una competencia exclusiva de dicha entidad, tesis que fue acogida por el Tribunal Constitucional el 4 de enero de 2017⁴⁴ y por el Senado el 8 de marzo de 2018.

Ahora bien, en un sistema de control armónico, razonable y moderno, lo esperado y deseable es que los distintos órganos de control jurídico conversen, dialoguen a través de sus pronunciamientos, de tal manera de evitar la existencia de contradicciones y, por ende, de tensiones institucionales innecesarias. Ello, en ocasiones –a diferencia de los casos revisados precedentemente–, afortunadamente acontece.

En efecto, a modo de ejemplo, es posible citar la rápida adecuación que de la jurisprudencia judicial se produjo luego de que en el año 2016 la Contraloría General de la República emitiera novedosos –aunque en opinión de parte de la dogmática también parcialmente cuestionables⁴⁵– criterios en materia de empleos a contrata.

Así, mediante el dictamen N° 22.766/2016, de fecha 24 de marzo⁴⁶, y el dictamen N° 23.518/2016, de fecha 29 de marzo⁴⁷, la Contraloría reconsidera su jurisprudencia administrativa anterior. A través del primero de ellos, se establece que la renovación

de una contrata durante varios años genera para el funcionario la confianza legítima de que la contrata será prorrogada para el año siguiente, correspondiendo entonces, que una determinación distinta, sea adoptada a través de un acto administrativo motivado y debidamente notificado al funcionario. Por medio del segundo pronunciamiento, se sostiene que el término anticipado de una contrata dispuesta con cláusula “o mientras sean necesarios sus servicios” u otra equivalente, debe adoptarse mediante un acto administrativo motivado, el cual debe ser comunicado al destinatario.

Estos pronunciamientos fueron rápidamente recogidos –con mayores o menores matices– por la jurisprudencia judicial, la cual, de manera previa, resultaba particularmente errática, especialmente, en lo relativo a la utilización de la cláusula “o mientras sean necesarios sus servicios” y la necesidad de motivar el término anticipado de una contrata justificado en aquella⁴⁸.

En un sentido inverso, es posible constatar cómo la Contraloría General de la República terminó adecuando su jurisprudencia a los criterios judiciales en cuanto a la prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

Si bien, mediante el dictamen N° 28.226/2007, de 22 de junio⁴⁹, el organismo contralor había concluido que la responsabilidad derivada de una infracción administrativa era prescriptible, debiendo aplicarse el plazo de seis meses previsto para las faltas penales señalado en el artículo 97 del Código Penal⁵⁰, ya que no resultaba posible asimilar las infracciones administrativas a crímenes o simples delitos; luego, a través del dictamen N° 24.731/2019, de 12 de septiembre⁵¹, reconsidera su criterio anterior, sosteniendo que “atendida la falta de una norma que regule el plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas, procede aplicar el plazo general de prescripción de 5 años establecido en el artículo 2.515 del Código Civil, contados desde el momento en que se comete la infracción”, teniendo en consideración que ello “*resulta coherente con diversos pronunciamientos de la Excm. Corte Suprema en que no se considera al Derecho Penal o al*

⁴³ CORDERO 2023, 1149-1150.

⁴⁴ Sentencia TC Rol N° 3283 (2016).

⁴⁵ CÁRCAMO 2019, 31-42.

⁴⁶ Dictamen N° 22.766 (2016).

⁴⁷ Dictamen N° 23.518 (2016).

⁴⁸ Una revisión y constatación de lo señalado en: CÁRCAMO 2016, 167-172.

⁴⁹ Dictamen N° 28.226 (2007).

⁵⁰ Código Penal, de 1874.

⁵¹ Dictamen N° 24.731 (2019).

Derecho Procesal Penal como parte del derecho común” y que, por lo tanto, “cabe aplicar en forma supletoria las normas del derecho común dentro del ámbito civil”, tal y como lo había concluido previamente la jurisprudencia reiterada y uniforme del máximo tribunal.

Ahora bien, sin perjuicio de los casos en que se produce el señalado diálogo jurisprudencial, lo que contribuye a la existencia de una armoniosa jurisprudencia, queda aún pendiente de resolver aquellas otras situaciones en que dicha interacción no acontece.

II. Análisis y propuesta de solución conforme al marco constitucional y legal vigente

Dada la caracterización que la Contraloría ostenta desde la perspectiva constitucional –artículos 98 y 99–, como un organismo autónomo y técnico⁵², es decir, independiente y especializado en el control de la actividad de la Administración –función “que le da su razón de ser”⁵³–, nos parece que, frente a la discrepancia entre sus criterios y los judiciales, si bien, en el caso concreto siempre prevalecerá el pronunciamiento judicial –como lo anticipamos en el acápite anterior–, la jurisprudencia administrativa mantendrá plena vigencia y efectos para los restantes casos análogos no sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, salvo que la Contraloría General sea parte en el respectivo proceso judicial, de tal modo que haya sido escuchada y haya podido controvertir la interpretación respectiva, teniendo presente que esta goza de capacidad procesal y legitimación para ser parte directa en los juicios relativos al ejercicio de sus potestades⁵⁴.

En esta dimensión, no es posible ignorar que el origen, funciones, atribuciones y fines del órgano contralor, se encuentran consagrados al más alto nivel normativo –Capítulo X de la Constitución–, lo que le confiere un prudente margen de independencia para el ejercicio y cumplimiento de estos. Por su parte, los artículos 1º, 5º, 6º, 9º y 19 de la Ley N° 10.336, constituyen el fundamento legal de la potestad dictaminante⁵⁵, entregando a

la Contraloría un rol primario y preponderante en la interpretación del ordenamiento jurídico administrativo.

Es más, en dicha perspectiva, los organismos jurisdiccionales deben ser deferentes en sus pronunciamientos con el organismo contralor, no siendo tolerable jurídicamente que, a través de sentencias judiciales pronunciadas en procesos en que esta no ha sido emplazada, se imponga con efectos generales una modificación de la jurisprudencia administrativa, ya que ello implicaría afectar la órbita competencial que la propia Carta Fundamental y la ley reconocen a la Contraloría.

Esta, al igual que el Poder Judicial, tiene consagración constitucional, con una finalidad específica y debidamente acotada, la cual debe ser, razonablemente respetada, incluso, por los tribunales.

Por lo anterior, negamos la posibilidad de que, en la situación señalada, pueda operar una cosa juzgada refleja⁵⁶ respecto del ente contralor que no ha sido parte del respectivo proceso judicial.

Lo anterior, no obsta a que, la propia Contraloría, efectuando un nuevo estudio de la materia de que se trate, pueda reconsiderar sus criterios adecuándolos a los de la jurisprudencia judicial. Más ello no puede ser impuesto con efectos generales por los tribunales de justicia, dado que implicaría afectar las funciones y atribuciones constitucionalmente reconocidas al órgano de control.

Si bien es cierto conforme al artículo 3º, inciso 1º del Código Civil, “solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”; no es menos cierto, que en el específico ámbito del Derecho administrativo, salvo que se trate de asuntos de carácter litigioso o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia –artículo 6º, inciso 3º, Ley N° 10.336–, es la Contraloría la llamada a interpretar primeramente, de manera general y obligatoria, la normativa aplicable a los asuntos que se relacionan con el funcionamiento de los organismos adminis-

⁵² BERMÚDEZ 2014, 497.

⁵³ BERMÚDEZ 2014, 488.

⁵⁴ ARANCIBIA 2018, 593-622.

⁵⁵ La cual, según la doctrina (NAVARRO 2012, 439) y la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema (*Jiménez Silva, Antonio con Contralor General de la República don Ramiro Mendoza Zúñiga* (2009), encontraría una base constitucional en el artículo 98 –así como en el artículo 19 N° 14–, ya que a partir de dicha norma la Contraloría tendría atribuida la facultad para interpretar el ordenamiento

jurídico y de ese modo ejercer el control de legalidad que prevé dicho precepto respecto de los órganos de la Administración. Se trata, en definitiva, de una potestad para “(...) interpretar la preceptiva legal que incide en el ámbito administrativo, plasmada en informes jurídicos vinculantes para toda la Administración del Estado sometida a su fiscalización” (*Beals Campos, Christian con Contralor Regional de Valparaíso* (2018).

⁵⁶ VODANOVIC 2003, 87.

trativos sometidos a su fiscalización –artículo 6º, inciso 1º, Ley N° 10.336–.

Desde dicha perspectiva, solo en la medida que la Contraloría sea emplazada en el respectivo proceso judicial, lo que implica la exigencia de un litisconsorcio necesario impropio⁵⁷, la sentencia definitiva pronunciada en este tendrá el efecto de obligar a generar un cambio en el criterio interpretativo sostenido por la jurisprudencia administrativa. En caso contrario, es el Contralor General quien tendrá la potestad de reconsiderar el criterio hermenéutico administrativo compatibilizándolo con el judicial o, en su caso, conservarlo, conforme lo estime más ajustado a derecho.

De este modo, la vigencia y eficacia de los criterios hermenéuticos de la Contraloría, por regla general, son independientes de aquellos sustentados por la jurisprudencia judicial. Por ende, en caso de sostener interpretaciones diversas e, incluso, contrapuestas, los órganos administrativos deben ajustar su actividad y decisiones a la jurisprudencia administrativa, la cual tiene alcance general y obligatorio para ellos. Por su parte, en aquellos casos en que el tribunal acoja una acción jurisdiccional interpuesta en contra de la Administración efectuando una interpretación diversa a la sostenida por la Contraloría, en la situación concreta, prevalecerá el criterio judicial. No obstante, el órgano de control no se encontrará jurídicamente obligado a modificar su interpretación, salvo que sea emplazado en el respectivo proceso judicial y así le sea expresamente ordenado por la sentencia definitiva.

Nuestra tesitura, fuera de establecer una fórmula para conciliar eventuales criterios discrepantes, otorga un escenario de certeza jurídica para el quehacer de los órganos de la Administración del Estado, los cuales deben mantener la estricta observancia de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría, salvo, en el caso concreto en que el tribunal haya decidido el asunto con un criterio diferente.

⁵⁷ El litisconsorcio necesario es aquel proceso judicial en que es obligatoria la comparecencia de varios sujetos, activos o pasivos, como requisito de validez de la relación jurídico-procesal (ROMERO 1998, 390; ROMERO 2006, 105; NÚÑEZ Y PÉREZ 2013, 357), “a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos” (ROMERO 2006, 105). Es propio, en aquellos casos en que la ley lo exige expresamente; es impropio, aquél que no se encuentra establecido en la ley, “[...] dependiendo su configuración de la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio” (AGUIRREZABAL 2020, 339).

Conclusión

Existiendo distintos órganos estatales facultados por el ordenamiento jurídico para efectuar un control de juridicidad de la actividad de los órganos de la Administración, no resulta extraña la subsistencia de criterios hermenéuticos disímiles e, incluso, contrapuestos, en especial, entre la Contraloría y los tribunales de justicia.

En este escenario, si bien es deseable la existencia de un permanente diálogo institucional que armonice o compatibilice dichos criterios jurisprudenciales, no es menos cierto que ello no siempre se consigue satisfactoriamente con nuestro diseño de distribución de competencias.

La situación posicional de la Contraloría, su característica de organismo autónomo y técnico, sumado a sus funciones y atribuciones constitucional y legalmente conferidas, nos conducen a concluir que la jurisprudencia administrativa emanada de su potestad dictaminante, dado su carácter general y obligatorio para los órganos de la Administración, prevalece frente a la jurisprudencia judicial, salvo en aquellos casos en que el ente contralor sea emplazado en el proceso judicial de que se trate, ordenándole el órgano jurisdiccional efectuar un cambio interpretativo.

En otras palabras, la Contraloría no se encuentra obligada a reconsiderar sus criterios interpretativos de una norma jurídica que admita diversas interpretaciones por la mera existencia de una línea jurisprudencial diversa sostenida por los tribunales de justicia, salvo que así lo estime el Contralor General, por considerar más ajustado al ordenamiento jurídico administrativo la posición sustentada por los órganos jurisdiccionales.

Desde la perspectiva señalada, no es posible ignorar que la mayor estabilidad de la jurisprudencia administrativa dado el carácter unipersonal de la máxima autoridad de la Contraloría, constituye un fundamento que abona la tesitura planteada, cuestión sustancialmente diversa a lo que ocurre con la jurisprudencia judicial, la cual, puede tardar un periodo de tiempo en consolidarse, afectando la seguridad jurídica bajo la cual deben desarrollar sus funciones los órganos de la Administración.

La conclusión a la que se arriba en este trabajo es sin perjuicio de las eventuales definiciones que el constituyente o el legislador puedan adoptar en el futuro, pero en la medida que aquello no acontezca, el criterio

propuesto permite conciliar adecuadamente las discrepancias jurisprudenciales, evitando roces institucionales innecesarios y altamente inconvenientes, así como el escenario de incerteza que deben enfrentar los órganos de la Administración frente a la existencia de interpretaciones contradictorias.

Bibliografía citada

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. (2020). El litisconsorcio como presupuesto necesario para una correcta configuración de la relación procesal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (35), 337-345.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2018). La Contraloría General de la República como parte en juicio: capacidad, legitimación y representación. *Revista Ius et Praxis* 24 (1), 593-622.
- ARGANDOÑA, M. (1981). Control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público* (29-30), 239-264.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (1989). Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República. En *XX Jornadas de Derecho Público* (531-553). EDEVAL.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- CÁRCAMO RIGHETTI, A. (2016). El empleado a contrata "mientras sean necesarios sus servicios". Una interpretación jurisprudencial de espaldas a la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (22), 159-175.
- CÁRCAMO RIGHETTI, A. (2019). Luces y sombras de los nuevos criterios de la Contraloría General de la República en materia de empleos a contrata. En M. GUILLÓF TITIUN [Coord.], *Desafíos y tendencias de la función pública, Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo* (31-42). RF Editores.
- CÁRCAMO RIGHETTI, A. (2022). *Manual de Estudio Procedimiento Administrativo*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CÉSPEDES PROTO, R. (2001). La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa. *Revista Chilena de Derecho* 28 (1), 149-159.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2008). *Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado*. Contraloría General de la República Chile.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2023). *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Libromar SpA.
- CORDERO VEGA, L. (2020). El control de la Corte Suprema sobre los precedentes de la Contraloría General de la República. *Revista Chilena de la Administración del Estado* (4), 125-135.
- DE OTTO, I. (1987). *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Ariel Derecho.
- DUCCI CLARO, C. (2007). *Derecho Civil Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, A. (2019). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Thomson Reuters.
- JIMÉNEZ SALAS, G. (2021). El surgimiento del guardián administrativo: la Contraloría General de la República entre 1927 y 1943. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 2 (43), 587-610.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo* (186), 83-108.
- MADARIAGA GUTIÉRREZ, M. (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile.
- NAVARRO BELTRÁN, E. (2012). Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19 (2), 431-446.
- NAVARRO BELTRÁN, E. (2021). La potestad dictaminante de la contraloría y las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales. *Actualidad Jurídica* (44), 279-311.
- NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, Á. (2013). *Manual de derecho procesal civil. Parte general*. Thomson Reuters.
- PHILLIPS LETELIER, J. (2021). El cambio de jurisprudencia por la Contraloría General de la República: ¿cómo determinar sus efectos en el tiempo? *Revista Chilena de Derecho* 48 (2), 149-175.
- POBLETE VINAIXA, J. (2009). *Actos y Contratos Administrativos*. Legal Publishing Abeledo Perrot.
- ROMERO SEGUEL, A. (1998). El litisconsorcio en el Derecho Procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho* 25 (2), 387-422.
- ROMERO SEGUEL, A. (2006). *Curso de derecho procesal civil*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (1999). Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad Administrativa del Estado. *Revista Chilena de Derecho* 26 (2), 399-403.
- SOTO KLOSS, E. (2010). *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot Legal Publishing.
- VALDIVIA OLIVARES, J.M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VODANOVIC HAKLICKA, A. (2003). *Manual de Derecho Civil*. Lexis Nexis.

Normativa citada

- Ley N° 18.883 de 1989. Aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales. 15 de diciembre de 1989.
- 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° 36.570.
- Código Penal. 12 de noviembre de 1874. (Chile).
- Decreto N° 1 del 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre registro civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000. D.O N° 36.676.
- Decreto N° 1-19653 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2001. D.O. N° 37.113.
- Decreto N° 1 de 2002 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. 31 de julio de 2002.

- Decreto N° 2421 de 1964 [Ministerio de Hacienda]. Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 07 de julio de 1964.
- Decreto N° 2385 de 1996 [Ministerio del Interior]. Fija texto refundido y sistematizado del decreto ley num. 3.063, de 1979, sobre rentas municipales. 30 de mayo de 1996.
- Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005.

Jurisprudencia citada

- Dictamen N° 2.936* (2001): Contraloría General de la República, de 26 de enero de 2001.
- Dictamen N° 45.191* (2004): Contraloría General de la República, de 6 de septiembre de 2004.
- Dictamen N° 28.226* (2007): Contraloría General de la República, de 22 de junio de 2007.
- Jiménez Silva, Antonio con Contralor General de la República don Ramiro Mendoza Zúñiga* (2009): Corte Suprema, 13 octubre 2009 (Rol N° 4533-2009). Tercera Sala. [Recurso de apelación protección].
- Dictamen N° 27.677* (2010): Contraloría General de la República, de 25 de mayo de 2010.
- Dictamen N° 6.512* (2012): Contraloría General de la República, de 1 de febrero de 2012.
- Ilustre Municipalidad de Las Condes y otras con Contraloría General de la República* (2012): Corte Suprema, 6 noviembre 2012 (Rol N° 5984-2012). Tercera Sala. [Recurso de apelación protección].
- Dictamen N° 22.766* (2016): Contraloría General de la República, de 24 de marzo de 2016.
- Dictamen N° 23.518* (2016): Contraloría General de la República, de 29 de marzo de 2016.
- Contienda de competencia entre Contraloría General de la República y el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago en proceso de declaración de mera certeza de que conoce el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago bajo el Rol C-25.213-2016* (2016): Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2017 (Rol N° 3283-2016-CCO). Segunda Sala [Contienda de competencia].
- Brown González, Geraldo contra Contraloría General de la República* (2018): Corte Suprema, 20 de agosto 2018 (Rol N° 2199-2018). Tercera sala. [Recurso de apelación].
- Beals con Contralor Regional de Valparaíso* (2018): Corte Suprema, 4 de diciembre 2018 (Rol N° 22.023-2018). Tercera sala. [Recurso de apelación].
- Beckdorf con Contraloría General de la República* (2019): Corte Suprema, 6 junio 2019 (Rol N° 2779-2019). Tercera sala. [Recurso de apelación].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 6°, inciso 1°, y del artículo 9°, inciso final, ambos de la Ley N° 10.336, y del artículo 52 de la Ley N° 18.695* (2019): Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2019 (Rol N° 6900-2019-INA). Primera Sala [Inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Dictamen N° 24.731* (2019): Contraloría General de la República, 12 de septiembre de 2019.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso 3°; 6°, incisos 1° y final; y 9°, incisos 5° y final, de la Ley N° 10.336, y del artículo 52 de la Ley N° 18.695* (2020): Tribunal Constitucional, 21 de abril de 2021 (Rol N° 8998-2020-INA). Pleno [Inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Hernández con Ilustre Municipalidad de Curicó* (2022): Corte de Apelaciones de Talca, 7 julio 2023 (Rol N° 679-2022). Primera sala. [Recurso de nulidad].
- Hernández Riveros, Rodrigo y otros con Ilustre Municipalidad de Curicó* (2024): Corte Suprema, 19 julio 2024 (Rol N° 182.643-2023). Cuarta sala. [Recurso de unificación de jurisprudencia].

Cadenas de valor del hidrógeno verde: producción, modularidad y transporte. Una aproximación a instituciones jurídicas y regulatorias para destrabar su valor intrínseco

Green hydrogen value chains: production, modularity and transportation. An approach to legal and regulatory institutions to unlock its intrinsic value

Santiago Vial Osorio*

El presente trabajo, basado en la ponencia presentada en las XXII Jornadas de Derecho de Energía, se centra en una presentación de la industria del hidrógeno y su componente “verde”. Se indican sus fortalezas y obstáculos para su implementación en todas sus etapas, es decir desde generación hasta consumo. Luego, se expone un breve repaso del actual estado regulatorio del hidrógeno como elemento en Chile, para finalmente efectuar ciertas aproximaciones y propuestas regulatorias a la problemática del desarrollo de la industria del hidrógeno verde en nuestro país.

Palabras clave: Hidrógeno verde, energía, electroizador, autorización administrativa, servidumbres.

Introducción

Hoy en día, es de toda justicia afirmar que no hay tópico alguno, que no se vea afectado de alguna manera u otra por el cambio climático.¹ Se han escrito ríos de tinta sobre la necesidad de enfrentar –y vencer– uno de los mayores retos de la actualidad, y su mera repetición no convierte dichos intentos, en frases vacías ni mendaces.

En este espíritu, es que se ha introducido en el debate para aminorar la expulsión de gases de efecto invernadero, la combinación de las siguientes tecnologías: la producción de

This work, based on the presentation presented at the XXII Energy Law Conference, focuses on a presentation of the hydrogen industry and its “green” component. Its strengths and obstacles are indicated for its implementation in all its stages, that is, from generation to consumption. Then, a brief review of the current regulatory status of hydrogen as an element in Chile is presented, to finally make certain regulatory approaches and proposals to the problem of the development of the green hydrogen industry in our country.

Keywords: Green hydrogen, energy, electrolyser, administrative authorization, easements.

hidrógeno mediante el proceso electroquímico de la electrólisis, y siendo, a su vez, dicha producción alimentada por energías limpias. Esta combinación tecnológica, es –sin duda alguna– una interesante opción para la descarbonización de millones de actividades humanas, comenzando por el sector energético.

En consecuencia, tanto los legisladores, las autoridades, la academia y en general, el foro público en Chile, no debiesen quedarse atrás en esta “revolución verde”. Las características geográficas y físicas que se encuentran en nuestro país, ofrecen la posibilidad de implementar una ambiciosa cadena de valor alrededor del hidrógeno descarbonizado². La radiación solar más potente del planeta se encuentra en las regiones septentrionales de Chile, mientras que los vientos del extremo sur del país soplan con la particularidad que su potencia en tierra es igual a como lo es en alta mar³.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Diplomado en Derecho de Recursos Naturales en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Master of Laws in International Business, King's College London, Londres, Reino Unido. Dirección postal: Avda. Andrés Bello No. 2457, piso 19, Santiago, Chile. Correo electrónico: stgovial@gmail.com.

¹ World Economic Forum 2023, 21.

Artículo recibido el 04 de octubre de 2024 y aceptado el 29 de octubre de 2024.

² CORREA *et al.* 2020, 22.

³ CORREA *et al.* 2020, 10.

Por otra parte, la regulación es la piedra angular sobre la cual descansan todas las industrias.⁴ La literatura especializada ha concluido que una regulación sólida y segura acelerará el financiamiento de proyectos y su infraestructura, específicamente aquellos asociados a la transición energética.⁵

El presente trabajo se propondrá efectuar una breve –pero importante– explicación sobre el hidrógeno verde, sus características, y la conformación de su cadena de valor. Luego, se revisará el actual panorama regulatorio chileno que tiene injerencia en el hidrógeno. Finalmente, habiendo sentado las bases técnicas y regulatorias, el presente trabajo efectuará una propuesta de técnica de intervención regulatoria, a fin de dar certezas y promover el desarrollo de la industria del hidrógeno verde en Chile, tanto para su consumo doméstico, como para ser líderes globales en su exportación.

I. ¿Qué es el hidrógeno?

El hidrógeno como combustible

El hidrógeno (H) es el elemento más simple de la familia de los elementos químicos, consistiendo –a nivel atómico– en un núcleo de un solo protón y un electrón. Es uno de los elementos más abundantes de la Tierra y puede unirse al oxígeno para formar agua (H₂O) y al carbono para formar metano (CH₄) –el principal componente del gas natural– y otros hidrocarburos⁶.

Asimismo, el hidrógeno es también un gas incoloro e inodoro, teniendo el mayor contenido energético por unidad de peso, de todos los combustibles.⁷ Tiene el peso molecular más bajo en comparación con otras sustancias y elementos.⁸ Adicionalmente, el hidrógeno tiene una densidad energética casi tres veces superior a la del diesel o del combustible. Por ejemplo, 1 kg de hidrógeno, utilizado en una celda de hidrógeno para alimentar un motor eléctrico, contiene aproximadamente la misma energía que un galón de diesel⁹. Además, en comparación con el gas natural, el hidrógeno tiene más del *doble* de energía por kilogramo¹⁰. Sin embargo, el hidrógeno gaseoso contiene menos de un tercio

de la energía, si se le compara con el mismo volumen de gas natural (siempre que dicha comparación se efectúe a igual presión).¹¹

Por otra parte, su *altísima flamabilidad*, siendo además su llama incolora y su dispersión en el ambiente, inodora, lo convierte en un elemento en que se hace tratarlo con sumo cuidado, cautela y estándares de seguridad.¹²

En pocas palabras, el hidrógeno es un combustible fantástico, lo que explica por qué, en los últimos años, la popularidad del mismo ha aumentado considerablemente. Con todo, la principal razón de su reciente fama radica en que durante y tras el proceso de combustión, una vez generada la energía, su único subproducto es oxígeno o –cuando mucho– vapor de agua. Por tanto, durante su combustión, *no se emiten gases de efecto invernadero*. En consecuencia, se considera un sustituto de los combustibles fósiles tradicionales, en cuanto a su carbono neutralidad.

Asimismo, el uso de Energía Renovable Variables No Convencionales (en adelante “ERNC”), para energizar la producción de hidrógeno, es igualmente, neutra en carbono. Así, dicha energía limpia, se emplea para aquellos procesos electroquímicos que convierten el agua en hidrógeno gaseoso (llamado electrólisis, el que revisaremos más abajo), el cual, a su vez, se utiliza como combustible para diferentes aplicaciones, como lo pueden ser la energización del transporte, la industria, el consumo masivo en ciudades, etc. Este proceso se denomina en inglés *power-to-gas*, o *P2G*. Utilizaremos un ejemplo que permite ilustrar el proceso P2G: Un parque solar produce energía, la cual se emplea en el proceso de electrólisis, generando hidrógeno gaseoso. Luego, dicho hidrógeno se inyecta en camiones de carga para el sector minero. Todo aquél proceso, fue carbono neutral¹³.

En definitiva, como el lector ya habrá apreciado, el hidrógeno producido de ésta manera, es decir utilizando ERNC, es totalmente carbono neutral y en dicho sentido, se clasifica como hidrógeno verde¹⁴.

⁴ CORREA *et al.* 2020, 26.

⁵ Centro de Energía UC 2020, 4.

⁶ PARFOMAK 2021, 2.

⁷ PARFOMAK 2021, 14.

⁸ BOUDELAL 2018, 60.

⁹ BOUDELAL 2018, 60.

¹⁰ PARFOMAK 2021, 2.

¹¹ PARFOMAK 2021, 2.

¹² Recuérdese el “Desastre del Hindenburg”, el dirigible alemán que –cargado de hidrógeno– se inflamó y quemó por completo en 32 segundos. Asimismo, los cohetes de las misiones del programa Apolo que llevaron el hombre a la luna, se propulsaron con hidrógeno.

¹³ Obviando naturalmente la emisión de carbono que se empleó para la producción de los materiales del parque solar de nuestro ejemplo, o el camión de carga, etc.

¹⁴ Existen en la actualidad diferentes colores que clasifican el hidrógeno en colores, dependiendo de la fuente

No obstante, todo lo explicado anteriormente, hoy en día el hidrógeno verde tiene una gran barrera para su desarrollo: su costo. Al día de hoy, la configuración económica del *power-to-gas* "verde", es mucho más costosa que el hidrógeno producido a base de gas natural, o combustibles fósiles. Por ejemplo, el hidrógeno verde sigue siendo entre dos a tres veces más caro que la producción de hidrógeno azul¹⁵.

Electrólisis

El proceso electroquímico mediante el cual se utiliza la electricidad para dividir el agua en hidrógeno y oxígeno se denomina electrólisis.¹⁶ Esta reacción química tiene lugar en unidades denominadas Electrolizadores o Unidad Electrolizadora. Los electrolizadores a su vez, varían de tamaño y forma.

Estos equipos se manufacturan en distintas dimensiones, desde dispositivos pequeños, del tamaño de un electrodoméstico, muy adecuados para la producción y generación distribuida de hidrógeno a pequeña escala, hasta instalaciones centrales de producción a gran escala (una cancha de fútbol) que podrían vincularse directamente a energías renovables u otras formas de producción de electricidad que no emitan gases de efecto invernadero.¹⁷ En consecuencia, estos dispositivos son elementos fundamentales para el proceso de obtención de hidrógeno.¹⁸

Una industria para el hidrógeno: Etapas de la cadena de valor del hidrógeno

Habiendo efectuado en los subtítulos anteriores una breve introducción conceptual, es posible adentrarse en las etapas de la cadena de valor del hidrógeno, las cuales forman su industria.

Cada etapa entraña distintas ventajas y desafíos, y ofrecen vastas posibilidades para descarbonizar –prácticamente– todas las industrias que hoy en día son las más contami-

de energía utilizada para su proceso de producción. Por ejemplo, la producción de hidrógeno utilizando carbón se denomina hidrógeno café, la producción de hidrógeno utilizando combustibles fósiles se denomina hidrógeno gris, y aquél a base de gas natural, hidrógeno azul.

¹⁵ IRENA 2020, 17.

¹⁶ JIMÉNEZ 2020, 11.

¹⁷ Fuel Cells Hydrogen and Fuel Cell Technologies Office. <https://www.energy.gov/eere/fuelcells/fuel-cells> Accedido 31 de julio de 2023.

¹⁸ Téngase presente que existen otros métodos alternativos a la electrólisis, como la termólisis. Atendida la popularidad y difusión de la electrólisis, será el método incluido en la cadena de valor, para efectos del presente trabajo.

nantes, a saber: energía, transporte (camiones, navegación, aviación), aplicaciones industriales (producción de hierro, acero, productos químicos, petroquímicos y cemento), entre otros.¹⁹

Así las cosas, eslabones más o menos, la cadena de valor, puede resumirse del siguiente modo:

Producción y Acondicionamiento: La etapa inicial que abarca todos aquellos procedimientos, instalaciones y equipos necesarios para la generación de hidrógeno y su transferencia a la siguiente etapa. Luego, una vez producido, el hidrógeno puede sufrir un cambio físico, necesario para fines de almacenamiento, transporte y consumo (por ejemplo, hidrógeno líquido o amoníaco).²⁰ En ésta etapa se ubica el componente energético para energizar los electrolizadores, éstos últimos, y equipos asociados, por ejemplo, purificadores de agua, o convertidores de hidrógeno a amoníaco.

Almacenamiento: Es el proceso de acopio y custodia del hidrógeno en cualquier estado (gaseoso o líquido). El almacenamiento de cantidades significativas de hidrógeno –mediante cilindros de tamaño industrial– es una cuestión clave, especialmente considerándose la operación económica de la producción. Este proceso es fundamental toda vez que la infraestructura asociada se "acopla" al proceso de producción *in situ*.²¹

Transporte/Distribución: Es la etapa final²² (no considerándose consumo) que implica todos los procedimientos, instalaciones y equipos necesarios para transportar el hidrógeno a su destino, y aplicarse, entre los eslabones de la cadena de valor. Los principales elementos de esta etapa son los estanques y/o cilindros (montados sobre trenes o camiones) y –de ser posible– gasoductos especializados. Estos gasoductos podrán trasladar exclusivamente hidrógeno, gas natural mezclado con hidrógeno (distribución), o bien amoníaco, o hidrógeno líquido²³.

II. Barreras y oportunidades para una cadena de valor del hidrógeno verde

¹⁹ IRENA 2020, 7.

²⁰ Centro de Energía UC 2020, 47.

²¹ TRATTNER et al. 2021, 708.

²² Es perfectamente posible que exista transporte desde su generación, hasta el lugar de acopio. Naturalmente, la separación de la generación y almacenamiento, encarece el proceso.

²³ Centro de Energía UC 2020, 48.

El lector ya podrá imaginar que la industria del hidrógeno verde, en rigor, es un entramado complejo de distintas partes y elementos. En efecto, y habiendo repasado brevemente los conceptos fundamentales de dicha industria, efectuaremos un diagnóstico de las barreras y oportunidades en la ya mencionada "cadena de valor del hidrógeno".

Este análisis es la piedra angular que permite comprender, hacia donde debiese dirigirse la regulación del hidrógeno y su fomento, para que sea "verde". No por nada, los expertos y la academia coinciden que –junto con el costo de producción y diseños de mercado– la carencia regulatoria es una de las principales barreras para su desarrollo²⁴.

Costos de generación

La producción de energía ERNC, para el proceso *power-to-gas* es el *principal* factor de costo que debe tenerse en cuenta para la alimentación de una unidad electrolizadora.²⁵ Consecuencialmente, el costo disminuido de generación es primordial para la producción del hidrógeno verde competitivo.²⁶ Hoy en día, ni siquiera el más eficiente de los electrolizadores puede compensar los elevados precios de la electricidad²⁷⁻²⁸.

Costos de infraestructura: Electrolizadores

Seguido del costo de producción, viene aparejado el costo de los electrolizadores.²⁹ La industria de los electrolizadores es vasto y fascinante. Una breve aproximación a éstos equipamientos es necesaria para comprender su importancia y mérito en la cadena de valor; y, en definitiva, para revisar y proponer la regulación necesaria al efecto.

Existen diferentes tipos de electrolizadores disponibles actualmente en el mercado³⁰. Los electrolizadores tendrán un funcionamiento diferente de conformidad a los materiales

de los cuales están compuestos.³¹ En este sentido, las tecnologías más desarrolladas al día de hoy: Membrana de Intercambio de Protones (PEM, por sus siglas en inglés), y Electrólisis Alcalina³². Se ha afirmado en la literatura que, debido a las sinergias de costo eficiencia, es probable que la economía chilena del hidrógeno, favorezca este último tipo de electrolizadores³³.

El primer componente esencial de un electrolizador es la pila o torre de celdas (es decir, las celdas están montadas, unas seguidas de otras). Las celdas convierten la energía química en electricidad (y viceversa) mediante una reacción electroquímica³⁴.

Entonces, la eficiencia del proceso de electrólisis dependerá de los materiales de las celdas del electrolizador³⁵. A su vez, los materiales de dichas celdas son raros y escasos, como lo son, por ejemplo, el iridio o el platino³⁶. Actualmente, en promedio, el costo de capital del electrolizador, varía aproximadamente entre 800 y 840 USD/kW, aunque –atendidos los avances tecnológicos y las economías de escala– se espera que se reduzca a un promedio entre 130 a 307 USD/kW, para el año 2050³⁷.

Téngase presente, que –como se comentó más arriba– solo nos estamos refiriendo a los electrolizadores por sí solos. En las instalaciones de producción de hidrógeno, dichos equipamientos están rodeados e interconectados a otros componentes que asisten a la producción de hidrógeno, como la alimentación eléctrica, el suministro y purificación de agua, los compresores y amortiguadores de hidrógeno, por nombrar algunos elementos básicos³⁸.

Asimismo, la conversión del hidrógeno en hidrógeno líquido, hidrógeno crio-comprimido o amoníaco "verde" para su transporte o almacenamiento in situ, representan costos adicionales, tanto en la infraestructura asociada a los electrolizadores, como en energía³⁹.

Cabe entonces preguntarse, ¿Qué medidas está tomando la industria para disminuir éstos costos? Se estima que la innovación

²⁴ IRENA 2020, 8.

²⁵ IRENA 2020, 8.

²⁶ Se hace necesario considerar que no es solo competitivo contra otros tipos de hidrógeno (e.g. azul o gris) sino que además, debe ser capaz –si se incluye el parámetro de la carbono neutralidad– de convertirse en un combustible competitivo frente a combustibles fósiles.

²⁷ IRENA 2020, 10.

²⁸ Esto sin perjuicio que, uno de los principales pilares de la Estrategia Nacional del Hidrógeno Verde es precisamente en el bajo costo de la producción de energía, lo que hace que los proyectos de hidrógeno tiendan fuertemente a la costo eficiencia.

²⁹ IRENA 2020, 14.

³⁰ TRATTNER et al. 2021, 707.

³¹ IRENA 2020, 67.

³² MCKINSEY & COMPANY 2020, 7.

³³ HEUSER et al. 2019, 12,736.

³⁴ IRENA 2020, 34.

³⁵ IRENA 2020, 9.

³⁶ IRENA 2020, 42.

³⁷ GOMES et al. 2021, 35.

³⁸ GOMES et al. 2021, 33.

³⁹ TRATTNER et al. 2021, 710.

referente a la economía de la electrólisis se proyectará en los siguientes pasos:⁴⁰

Estandarización y simplificación del diseño de fabricación de electrolizadores, lo que permite el aumento a escala industrial⁴¹.

Mejorando la eficiencia (a nivel de montura de celdas, y en cada unidad electrolizadora)⁴² para reducir la cantidad de electricidad necesaria para producir la misma cantidad de hidrógeno. Lo anterior, implica que la ampliación podría hacerse con más electrolizadores, pero también con una mayor eficiencia de la celda⁴³.

Aumentar la durabilidad para prolongar la vida útil del equipo y repartir el costo de la instalación del electrolizador entre un mayor volumen de producción de hidrógeno⁴⁴. Esto, a su vez, impulsará la estandarización, comoditización y modularización de los electrolizadores⁴⁵.

Estos últimos tres elementos –estandarización, comoditización y modularización, de los electrolizadores–, son piezas *fundamentales* para el desarrollo de la producción de hidrógeno, y su infraestructura asociada⁴⁶.

En síntesis, la evolución tecnológica que empuje el electrolizador como un elemento que permita la escalabilidad del mismo, a igual–o menor– costo, será en definitiva, uno de los principales impulsores al desarrollo de la industria.

Costos de infraestructura: Planificación del emplazamiento del proyecto y densidad energética

El catastro y la posesión o al menos, tenencia –por cualquier título– de predios para el desarrollo de la infraestructura asociada a la producción y almacenamiento de hidrógeno (no estamos considerando siquiera la generación) supone gigantescos esfuerzos de planificación –y sin duda, barreras– para el desarrollo de la economía del hidrógeno. Lo anterior, cobra especial relevancia si se consideran las distancias físicas entre los distintos eslabones de la cadena, al menos, hacia los centros de consumo y/o exportación⁴⁷.

Como el lector ya habrá presumido, la ubicación de las Instalaciones de Producción de Hidrógeno (i.e. producción, acondicionamiento y almacenamiento, y en adelante referidas como en lo sucesivo como “IPH”) es interdependiente –ya sea en costo o beneficio– de otros elementos de la cadena de valor⁴⁸. Estos elementos pueden ser: costo de la generación de energía generada in situ; capacidad de acceso, conexión y costo de la energía comprada desde la matriz energética; existencia infraestructura de transmisión; posibilidad de almacenamiento; posibilidad de construcción de infraestructura de transporte y/o acceso a rutas, camiones o trenes; cantidad y capacidad de electrolizadores, etc.

En este sentido, el inversionista y/o productor de hidrógeno tendrá en cuenta éstos elementos al momento de tomar una decisión de inversión: la ubicación de la IPH y la ubicación del centro de consumo o exportación. La ubicación del IPH luego, tendrá directa y significativa influencia en la inversión anexa en la infraestructura relativa a los demás elementos de la cadena de valor⁴⁹.

Con todo, existe un prometedor consenso entre los expertos: el área superficial, no se considera como un obstáculo *crítico* para el desarrollo de la industria.⁵⁰ Lo anterior, en particular, si se toman en consideración los niveles de densidad energética en el proceso de electrólisis, en relación con las necesidades de suelo⁵¹.

En efecto, como se analizó más arriba, en la medida que los electrolizadores se desarrollen en su estandarización, comoditización y modularización (ya sea en términos de unidad o de sus celdas), tendrán la capacidad excepcional de producir grandes cantidades de hidrógeno, en la menor cantidad de terreno superficial.

Algunas proyecciones presentes en la literatura permiten iluminar al lector con respecto a éste asunto. Por ejemplo, un estudio patrocinado por el gobierno alemán calculó que una planta de electrolizadores de 100 MW ocuparía unos 6.300m²⁵² Por otra parte, expertos holandeses⁵³ elaboraron un estudio que proyectaba una planta de 1 GW en 130.000 m²⁵⁴.

⁴⁰ IRENA 2020, 35.

⁴¹ TRATTNER *et al.* 2021, 712.

⁴² IRENA 2020, 42.

⁴³ YAKDEHIGE 2017, 22.

⁴⁴ IRENA 2020, 13.

⁴⁵ MORGAN 2020 (accedido 31 de julio de 2023).

⁴⁶ TRATTNER *et al.* 2021, 712.

⁴⁷ DNV 2022, 11.

⁴⁸ Centro de Energía UC 2020, 46.

⁴⁹ DNV 2022, 9.

⁵⁰ IRENA 2020, 26.

⁵¹ IRENA 2020, 41.

⁵² IRENA 2020, 41.

⁵³ IRENA 2020, 41.

⁵⁴ IRENA 2020, 42.

Además, si se compara la densidad energética –vatios por metro cuadrado– con otras fuentes de energía, los beneficios tienden a ser mayores, sobre todo si se comparan con las tecnologías neutras en carbono. Por ejemplo, la densidad energética basada en combustibles fósiles puede ser de 500 a 10.000 W/m², mientras que la energía solar oscila entre 5 y 20 W/m², y la eólica, entre 1 y 2 W/m²⁵⁵. En cambio, un electrolizador medio puede producir 7.500 W/m²⁵⁶.

Por consiguiente, esta tecnología ofrece infinitas posibilidades y es fundamental para los operadores a la hora de planificar y garantizar los derechos de propiedad (al menos de posesión o mera tenencia) del predio superficial donde se desarrollará IPH⁵⁷.

Por otra parte, el empuje de la industria para converger en los mencionados elementos de estandarización, comoditización y modularización, es la producción de electrolizadores en forma de contenedor (es decir, clásicos *containers* de 20 pies de largo)⁵⁸. Dichos electrolizadores, pueden instalarse con mediana facilidad (si se les compara con otras infraestructuras energéticas), acoplarse, y ponerse inmediatamente en marcha⁵⁹.

Costos infraestructura: Transporte

En lo que respecta a los gasoductos, el principal obstáculo reside principalmente en el hecho que las redes de tuberías existentes no admiten –en la mayoría de los casos– el transporte de hidrógeno. Esto se debe a que las características moleculares de este elemento, provocan un fenómeno denominado “fragilización” (en inglés *embrittlement*) en dichos ductos⁶⁰.

El fenómeno de la fragilización se ve reflejado en el hecho de que –a nivel mundial– existen 5.000 Km de gasoductos de

hidrógeno, comparado con los más de 3 millones de gas natural⁶¹.

Por otra parte, la gran mayoría de las jurisdicciones están promoviendo estrategias y normativas de mezcla de gases (también denominado *blending*).⁶² Esto significa que las firmas titulares de concesiones de distribución de gas natural, podrán introducir en sus redes, una fracción de hidrógeno el cual, mezclado en la proporción adecuada, no provoque la fragilización de los ductos, y al mismo tiempo sea seguro para el público, en términos de inflamabilidad⁶³.

Asimismo, el proyecto de ley que promueve la industria del hidrógeno verde en Chile, y que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, consiste –entre otras materias– en obligar a aquellas compañías titulares de concesiones de distribución de gas natural, mezclar el mismo con hidrógeno verde en la respectiva red⁶⁴.

Este tipo de iniciativas serán coadyuvantes para que las empresas de energía puedan paulatinamente familiarizarse con las complejidades del hidrógeno⁶⁵, y, a su vez, fomentarán el desarrollo de las redes de gasoductos necesarios para el futuro transporte del mismo, a distintos centros de consumo o de exportación⁶⁶.

Por otra parte, y solucionados que fueran los costos de los materiales para el transporte del hidrógeno, los gasoductos contienen otro problema: El uso del suelo y sus permisos asociados. En efecto, asegurar derechos –ya sea vía servidumbres, arriendo, compraventa, etc.– para la construcción y emplazamiento de un gasoducto, es sin duda alguna, una tarea difícil y compleja.⁶⁷ Sin embargo, instalado (y enterrado) que fuere el ducto, es –por lejos– el método más seguro y más costo eficiente para el transporte de hidrógeno o sus derivados⁶⁸.

Observamos acá entonces, un fenómeno distinto a la comoditización de los electrolizadores. En este caso, la utilización de predios superficiales (aunque sea en rigor una franja), a diferencia de la generación de hidrógeno, su transporte mediante ductos implica atravesar

⁵⁵ Clifford, C. (accedido el 31 de julio de 2023).

⁵⁶ IRENA 2020, 41.

⁵⁷ DNV 2022, 89.

⁵⁸ TRATTNER et al. 2021, 713.

⁵⁹ Es decir formatos del tipo *plug and play* o bien *turn-key*.

⁶⁰ En resumen, este fenómeno físico se refiere a la fragilización que se produce por dentro del ducto. Su explicación reside en que los átomos de hidrógeno penetran y se sitúan en posiciones preferenciales de la estructura del material del mismo ducto, modificando sus propiedades físicas y su comportamiento mecánico. El ducto por tanto, pierde ductilidad y se vuelve frágil como resultado de la difusión de hidrógeno dentro de su estructura material, pudiendo generar fisuras, resquebrajamientos e incluso accidentes (inflamabilidad del hidrógeno). Ver XIFENG LI, et al. 2020, 759.

⁶¹ IRENA 2020, 13.

⁶² IRENA 2020, 38.

⁶³ IRENA 2020, 39.

⁶⁴ Boletín No. 14756-08, de 2020.

⁶⁵ Centro de Energía UC 2020, 34.

⁶⁶ GOMES et al. 2021, 40.

⁶⁷ EDF e Implementa Sur 2022, 90.

⁶⁸ DNV 2022, 30.

distintos predios, y en consecuencia, un costo importante en la tramitación de los títulos necesario para atravesarlos y ocuparlos.

Finalmente, el mercado ofrece distintas opciones de transporte en camiones o trenes que transportan cilindros fabricados especialmente para hidrógeno y/o sus derivados, aunque para esta opción no solo hay que tener en cuenta el coste del transporte, sino también el de precisamente, convertir el hidrógeno en un *carrier* como es el amoníaco, lo que –naturalmente– añade costos al proceso⁶⁹.

Consideración global de los obstáculos desde la perspectiva chilena

Al día de hoy, Chile cuenta con escasas infraestructuras de electrólisis, toda vez que la producción de hidrógeno es limitada.⁷⁰ Se producen pequeñas cantidades de hidrógeno gris –200 Kt/año– tanto para la industria de la refinera del petróleo, explosivos, o bien para la fabricación de vidrio (entre otros).⁷¹

Los expertos han calculado que es necesaria una importante inversión en tecnología de electrolizadores –aproximadamente 92.000 millones de dólares–, para desarrollar una industria del hidrógeno, competitiva.⁷² Adicionalmente, la literatura especializada en políticas públicas recomienda –desde ya– avanzar en las instalaciones de conversión de amoníaco y en las unidades de transporte y almacenamiento, ya que permitirán y mejorarán un funcionamiento rentable⁷³.

Adicionalmente, Chile es un importador nato de gas natural. Por lo tanto, la única infraestructura de transporte existente para el gas, abarca limitados puertos y centros de distribución.⁷⁴ Por su parte, la infraestructura de transporte de hidrógeno es prácticamente inexistente⁷⁵.

La singular geografía de Chile –larga y angosta– es ciertamente un reto y una oportunidad para potenciales inversionistas en hidrógeno.

Además, independientemente de la ubicación de los IPH, como ya se observó, se requiere previamente –por parte del inversionista y/o desarrollador– una intensa debida

diligencia y planificación, para asegurar el uso y disposición (sin perjuicio del título o contrato utilizado al efecto) de los predios superficiales, donde se emplazarán estas instalaciones.

Solamente considerándose el costo de capital asociados a la IPH, la adquisición del predio superficial, es uno de los más importantes⁷⁶. Sin perjuicio de la posibilidad de poder realizar cierta planificación previa, como trabajos preparativos sobre el terreno, planificación, estudios de ingeniería; tanto para los ductos (de ser posible) como para las IPH, el desarrollador solamente podrá comenzar la construcción del proyecto, una vez que se hayan asegurados los derechos superficiales del predio donde los unos y los otros se emplazarán.

III. Estado actual de la normativa referente al Hidrógeno en Chile

Normativa chilena vigente sobre el hidrógeno, en general

Actualmente, y atendidas las características físicas del hidrógeno vistas supra, en Chile, este elemento se ha regulado como una sustancia peligrosa⁷⁷. En este sentido, su regulación está dispersa entre distintas normativas, centradas –principalmente– en la seguridad de las personas y las cosas.

En dicho sentido, aunque actualmente existen distintas reglamentaciones que pueden aplicarse, a lo largo de toda la cadena de valor del hidrógeno, siguen existiendo amplias y profundas lagunas normativas, que no se hacen cargo de manera holística de ésta industria (ni tampoco fueron dictadas para hacerlo)⁷⁸.

Así las cosas, la literatura especializada, focalizándose en el caso chileno, ha concluido que la carencia regulatoria obstaculiza el desarrollo de la industria, atendido que no se hace cargo de las distintas etapas de la cadena de valor⁷⁹.

⁶⁹ IRENA 2020, 14.

⁷⁰ DNV 2022, 8.

⁷¹ GOMES *et al.* 2021, 32.

⁷² GOMES *et al.* 2021, 35.

⁷³ DNV 2022, 8.

⁷⁴ DNV 2022, 8.

⁷⁵ GOMES *et al.* 2021, 43.

⁷⁶ DNV 2022, 30.

⁷⁷ Reitérese, principalmente su inflamabilidad.

⁷⁸ Centro de Energía UC 2020, 78.

⁷⁹ Centro de Energía UC 2020, 4.

Estado del arte regulatorio

Como se mencionaba en el subtítulo más arriba, existe normativa dispersa e incluso, guías de conducta y orientación (i.e. sin fuerza legal), que buscan hacerse cargo de las lagunas y carencias legales existentes.

Así las cosas, en febrero del año 2021, se promulgó la Ley Sobre Eficiencia Energética N° 21.305, la cual –entre otras materias– incluye oficialmente al hidrógeno y los productos derivados del mismo, como combustibles y en consecuencia, como un vector energético. Esto implica que el Ministerio de Energía, y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en adelante “SEC”), podrán ejercer una supervisión y fiscalización integral sobre el hidrógeno, en tanto y en cuanto, éste último sea utilizado como combustible⁸⁰.

Por otra parte, y como se ha mencionado más arriba, actualmente se tramita en el Congreso, bajo el boletín número 14.576-08, un proyecto de ley que busca –entre otros– fomentar la demanda de hidrógeno verde mediante la obligación que las entidades titulares de concesiones de distribución de gas natural, al año 2030, deban incluir –en rigor, mezclar– anualmente un porcentaje de éste elemento, respecto del volumen total distribuido.

Por el contrario, en caso de que el hidrógeno no sea utilizado con fines energéticos, entonces se regularía por distintos cuerpos reglamentarios, actualmente vigentes, dirigidos como ya se mencionó para efectos de seguridad de las personas y sus cosas. Dichos estatutos son, principalmente, el Reglamento de Almacenamiento de Sustancias Peligrosas (Decreto No. 43/2016), Reglamento Sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo (Decreto No. 594/2018), ambos dictados por el Ministerio de Salud; Reglamentación del Transporte de Sustancias Peligrosas por Calles y Caminos (Decreto N° 298/2002); y, Reglamento Sobre Prevención de Riesgos Profesionales (Decreto N° 40/1995), entre otros.

Por su parte, la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante la Circular Ordinaria número 0504 de fecha 21 de noviembre del año 2022, se hace cargo del uso de suelo aplicable a edificaciones, instalaciones y redes asociadas a la generación de Hidrógeno. En este sentido, dicha Circular Ordinaria, aclara qué tipo

de uso de suelo corresponden a los proyectos de Hidrógeno.

Lineamientos del tipo “Soft Law”

Adicionalmente, como ya se comentó, distintas autoridades de la República han dictado guías interpretativas, sin fuerza de ley, con el objeto de ser normas de conducta, guiar y en general ser coadyuvantes a la incubación de proyectos de hidrógeno.

Así las cosas, por ejemplo, la SEC dictó la “Guía de Apoyo para Solicitud de Autorización de Proyectos Especiales de Hidrógeno”⁸¹.

Dicha Guía tiene por objetivo, principalmente, suplir la carencia regulatoria mediante la aplicación del mandato que la SEC tiene para resguardar la seguridad de las instalaciones energéticas.⁸² En efecto, busca registrar y avalar con códigos y normas de estandarización internacionales, aspectos de seguridad, con respecto a los proyectos que se le presenten.

Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental dictó una guía denominada “Criterio de Evaluación en el SEIA: Descripción Integrada de Proyectos para la Generación de Hidrógeno Verde en el SEIA”. En dicha guía se describen las distintas tipologías –aquellas contenidas en el Artículo 10 de la Ley 19.300 de la Ley de Bases Generales del Medioambiente, y el Artículo 3 del Decreto Supremo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, respectivamente– mediante las cuales dicha autoridad tomaría en cuenta para el ingreso de proyectos⁸³.

A mayor abundamiento, el Ministerio de Bienes Nacionales, mediante la Resolución Exenta número 998 dictada con fecha 23 de noviembre del año 2021⁸⁴, dictó un programa –denominado “Ventana al Futuro”– para que particulares pudieran ser adjudicados por un tiempo determinado, predios fiscales, con el objeto que estos últimos, fueran utilizados para el desarrollo de proyectos de hidrógeno verde.

⁸⁰ Ley N° 18.410 de 1985 y Decreto Ley N° 2.224 de 1978.

⁸¹ SEC 2021, 16.

⁸² Art. 2 Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1978; y, Ley 18.410, de 1985.

⁸³ Es interesante como el Servicio de Evaluación Ambiental reconoció la existencia de una cadena de valor y al efecto, se hace cargo de las tipologías que las abarcan, existentes en la normativa.

⁸⁴ Y posteriormente modificada por la Resolución Exenta N° 827, de fecha 29 de julio del año 2022; y la Resolución Exenta N° 1.302 de fecha 26 de diciembre del año 2022.

IV. Aproximación y Propuesta Normativa: Certeza y Fomento

En este punto del presente trabajo, el lector ya ha sido introducido a la industria del hidrógeno verde en un breve repaso de su cadena de valor y elementos más significativos. En particular, aquellos elementos que representan barreras para el desarrollo de la industria, y en efecto, permiten entender lo que la regulación, eventualmente, puede hacer por los mismos. Por otra parte, se ha revisado someramente el estado del arte normativo nacional, con respecto al hidrógeno.

En dicho sentido, por motivos naturales e históricos, existe una dispersión normativa referente al hidrógeno, enfocada en la seguridad. Existe, por cierto, un tímido avance a su ordenamiento como vector energético, partiendo por su declaración como combustible.⁸⁵

No obstante, aún existe una carencia regulatoria que permita reglas claras para el desarrollo de dicho mercado.⁸⁶ Así las cosas, y habiendo efectuado el repaso de los desafíos de la industria, la regulación debiese tender, pensamos, a las siguientes consideraciones: (i) Estandarización mínima de las instalaciones en toda la cadena de valor; (ii) Seguridad jurídica que otorgue a los desarrolladores expectativas frente a la autoridad y terceros; y, (iii) Fomento, para poder manejar los costos de una industria que, para poder ser realmente verde, es altamente costosa.

Veamos entonces dichos desafíos.

1. Seguridad física: Estandarización mínima

La seguridad a lo largo de toda la cadena de valor, es sin duda el mínimo mediante el cual la regulación debe tender a su estandarización. Los expertos coinciden en aumentar e igualar dichos requisitos⁸⁷, basándose en la normativa internacional *Hydrogen Technologies Code* dictado por la *National Fire Protection Association* (NFPA 2)⁸⁸.

Es deber del legislador proteger la integridad física de las personas y las cosas. Así está mandado por la ley⁸⁹, y que ahora tiene el deber de hacer cumplir dicho mandato a la luz de la ley Sobre Eficiencia Energética.

En este sentido, es deseable una reglamentación base de seguridad para las personas y sus cosas, que se ocupe –al menos– de todos los eslabones de la cadena de valor.⁹⁰ Este es el espíritu de la Guía de Proyectos de la SEC, el cual es sin duda el primer paso.

Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido, i.e. la seguridad de las personas y sus cosas, será un aspecto fundamental de ésta regulación.

En este sentido, los estándares de seguridad que “escapan” del tratamiento del hidrógeno como vector energético, debiesen incluirse expresamente en la tipología legal, para efectos de una mayor familiaridad con dichas normas, apropiada fiscalización y sanción, de aplicarse.

2. Seguridad Jurídica: Certeza y expectativas

Comentado que fuere el subtítulo anterior, cabe entonces plantearse las preguntas que conectan y derivan de dicha necesidad regulatoria, a la luz de las instituciones legales chilenas. ¿Debe el legislador producir un solo reglamento de seguridad, y varios cuerpos de leyes y reglamentos, más adecuados para cada etapa de la cadena de valor?⁹¹ ¿Debería el legislador y regulador ‘corregir’ la existente dispersión normativa y promover un único y holístico *Corpus Iuris Hydrogenium*?

En la literatura, ya se ha entablado este debate.⁹² Se argumenta que sería –en principio– más conveniente la producción de un cuerpo normativo básico con elementos comunes compartidos por todos los proyectos de hidrógeno –tal y como se vio en el subtítulo anterior–, y estatutos complementarios más pequeños, para aspectos más específicos, que aborden los problemas de cada fase de la economía del hidrógeno.⁹³

Por otro lado, ya abandonando el plano de la seguridad y su reglamentación el hidrógeno verde presenta características que irrumpen novedosamente en el panorama energético y legal chileno. Es cierto que es un gas, pero no se obtiene de las entrañas de la tierra. Es cierto que puede ser distribuido en redes concesionadas, pero debe ser previa y cuidadosamente mezclado. Es un elemento que es coadyuvante a la generación eléctrica,

⁸⁵ Ley N° 21.305 de 2021.

⁸⁶ EDF e Implementa Sur 2022, 12.

⁸⁷ Centro de Energía UC 2020, 62.

⁸⁸ Centro de Energía UC 2020, 62.

⁸⁹ Art. 2 Ley 180410 de 1985.

⁹⁰ CENTRO DE ENERGÍA UC 2020, 63.

⁹¹ CENTRO DE ENERGÍA UC 2020, 63.

⁹² GOMES *et al.* 2021, 41.

⁹³ CENTRO DE ENERGÍA UC 2020, 62.

pero –de minuto– no sería un elemento dentro de la coordinación del sistema eléctrico. Tiene las características de un elemento que existe en la naturaleza, y es asimilable a un recurso natural, no obstante, es “creado” y no descubierto, ni explotado. Con todo, su generación, almacenamiento, transporte y consumo/exportación, requiere de grandes inversiones que implican un alto costo de capital inicial, y que se espera el retorno de dicha inversión por un largo plazo. En definitiva, planificación, construcción, puesta en marcha y operación de proyectos de hidrógeno tiene, sin duda alguna, las mismas complejidades y dificultades que otros proyectos similares de recursos naturales, como lo son de hidrocarburos, generación, transmisión y distribución eléctrica, gas natural, e inclusive mineros.

Corresponde en consecuencia, al menos, plantear el hecho que, atendidas las complejas inversiones y operaciones asociadas, y efectuando comparaciones con regímenes legales de las industrias similares y antedichas; si debiesen los privados acceder a un derecho, permiso o al menos título habilitante, que guarde su certeza jurídica, y que les permita entender el mérito, extensión y forma del proyecto que requieran y/o buenamente puedan desarrollar.

El plano jurídico energético podría ser el más asimilable. Empero, ¿Debiese pensarse la producción, almacenamiento y transporte de hidrógeno como una actividad publicada? ¿Debiese el sistema concesional ser la piedra angular para la actividad relativa a proyectos de hidrógeno?

Se podría desprender que la actividad de producción y distribución de hidrógeno –atendida su interoperabilidad con otros vectores energéticos, como lo es la energía eléctrica, la mezcla con gas natural y con consumidores finales (industriales o residenciales)– podría verse regulada por el mismo prisma de la publicación moderada de la actividad energética. En efecto, por ejemplo, podría considerarse la actividad de distribución de hidrógeno a consumidores finales –en los similares términos a los considerados hoy en el Boletín 14.756-08– es el primer intento del regulador de someter a la Coordinación⁹⁴ a los concesionarios, de modo tal de incluir el hidrógeno en una futura actividad concesional.⁹⁵

⁹⁴ Considerándose el espíritu y mérito del artículo 72-2 del Decreto N° 4 de 2007, que fija la LGSE.

⁹⁵ Similar espíritu y prerrogativa tuvo un Senador de la República que intentó, inclusive, declararlo un bien nacional de uso público, mediante la presentación de un proyecto

No obstante, consideramos que el legislador más allá de la normativa referente a la seguridad de las personas y sus cosas, debiese abstenerse de aplicar ciertas prerrogativas propias de la lógica del derecho eléctrico o gasífero en Chile.

Así las cosas, el hidrógeno, aun cuando es un vector energético, y aun cuando se requiere de un régimen de regulación, no debiese considerarse como una actividad estrictamente sujeta al criterio del regulador eléctrico o gasífero, i.e. actividad publicada y/o concesional. Lo anterior toda vez que, en definitiva –y como se ha analizado más arriba– el hidrógeno es un combustible, cuyo desarrollo implica la satisfacción de necesidades energéticas domésticas –consumo en el sector eléctrico chileno– e internacionales, es decir exportación.

Dicho de otro modo, el desarrollo de cualquier eslabón de su cadena de valor, está revestido del carácter espontáneo en su iniciativa tanto económica como industrial, y no como la satisfacción de una actividad de servicio público –o bien publicada– aunque, a veces, ambas se asemejen. Asimilarlos en dicho sentido, consideramos, restringiría su desarrollo⁹⁶.

Por otra parte, a lo largo del presente trabajo se ha reconocido el valor tanto de la regulación en torno al imperioso requerimiento de la certeza jurídica, con motivo de incentivar el desarrollo de su cadena de valor. En consecuencia, volvemos nuevamente a nuestro planteamiento de más arriba. Consideramos que sí se hace necesario –al menos deseable de ponderarse– plantear un título habilitante para el desarrollo de cualquiera de dichas actividades asociadas a la cadena de valor.

Dicho de otro modo, se hace necesario –estimamos– un título suficiente que asegure, garantice o al menos provea de cierta certeza, con respecto a dichos parámetros de seguridad, esperables y exigibles por parte de la autoridad, y de los cuales el titular del proyecto, pueda cumplir. Pero al mismo tiempo, y cumplidos que fueren dichos (u otros) requisitos, poder adquirir en su acervo patrimonial dicho título habilitante, apropiárselo y ser titular de los derechos que éste le arroge, oponiéndolos frente al Estado, y ante terceros.

de ley (cuya tramitación, a la fecha, no ha concluido). Boletín 14044-12, ingresado el 2 de marzo del año 2021.

⁹⁶ Más restringido estaría si se considera el hidrógeno, estrictamente, como una herramienta al combate del cambio climático.

3. Fomento

Pasaremos a ver a continuación, el tercer elemento que, en nuestro parecer, debiese hacerse cargo la regulación, esto es fomento. Lo veremos en un subtítulo por separado considerando su conexión con el título habilitante comentado supra, sus múltiples aristas, y la propuesta que se quiere efectuar.

El Clivaje entre Servicio Público Concesionado y Título Habilitante: Autorización Administrativa

En este sentido, existen –a nuestro parecer– suficientes razones para el legislador –como se vio en el subtítulo anterior– para delimitar y regular el desarrollo de proyectos de hidrógeno en términos de seguridad. No obstante, existen –en nuestra visión– similares incentivos para dar rienda suelta a la espontaneidad a la iniciativa económica, tal como lo asegura la Constitución Política⁹⁷. En otras palabras, hay un interés público *dual* en el desarrollo de la cadena de valor del hidrógeno: Por un lado que dicho desarrollo sea sensible en el cuidado a la población, atendido sus vastos efectos inflamables y por otro que los privados tengan la seguridad jurídica, parte integral de la fórmula de los incentivos a promover dichos proyectos.

¿Como es posible entonces, avanzar en este sentido dual? Creemos que es deseable la sistematización de dichos objetivos mediante la técnica de intervención legal denominada *autorización administrativa*⁹⁸.

En efecto, son aquellos actos administrativos que legalizan *“el ejercicio de un derecho para el titular que cumple las conditio iuris exigidas, mientras las cumpla o por el tiempo que el legislador disponga”*⁹⁹.

Dichas autorizaciones, están ampliamente presentes en nuestro derecho y, en consecuencia, no serían un instrumento ajeno a los operadores de proyectos similares al hidrógeno, por ser de similar aplicación en otros proyectos de carácter energético, industrial, etc.¹⁰⁰.

Hemos propuesto más arriba, que a pesar de su interoperabilidad con el sector energético y semejanza con el mismo, no debiese

sujetarse su desarrollo al mismo esquema regulatorio de éste último. Con todo, la frontera entre autorización y concesión es borrosa y difusa. El lector habrá apreciado ya, que la autorización administrativa tiene características muy similares a la actividad concesional de la legislación eléctrica. Ambas son actividades que son fomentadas, y para su ejercicio (aunque no en todos los casos), éstas deben ser autorizadas por un acto administrativo terminal. La cercanía de dichos conceptos se origina precisamente en que la autorización es un *“objeto habilitante de derechos o labores de un particular”*¹⁰¹, con la diferencia que ésta habilitación no provendría de una actividad *“reservada”* para el Estado, cuya titularidad pública se habilita para los particulares¹⁰². Al contrario, sería una actividad ejecutada de manera espontánea, en tanto se satisfagan ciertos presupuestos para su ejercicio legalmente habilitado.

He aquí la conveniencia de utilizar la autorización administrativa, toda vez que contiene el carácter dual buscado: reviste de la necesidad de dar cumplimiento a requisitos mínimos, e.g. satisfacción de normativa de seguridad (según sea el eslabón de la cadena de valor que se desarrolla), revistiendo a la regulación con un fin de fomento, permitiendo asimismo la espontaneidad de dichas iniciativas, no viniendo de una delegación de la titularidad pública.

A mayor abundamiento, con su fomento nos referimos a la –siempre deseable– certeza jurídica que tendrán los inversionistas frente a la autoridad y al Estado chileno. Así pues, una autorización administrativa, no implica solamente el contenido de *“lo autorizado”*, sino que se reviste del reconocimiento de la relación jurídica creada entre su solicitante y el Estado¹⁰³.

Así las cosas, nos hacemos y seguimos la reflexión de Arancibia al indicar que: *“la facultad de ejercer un derecho es distinta al derecho de ser autorizado para ello”*.

La primera es inherente al derecho mismo, por tanto, solo podría ser limitada –sujeta a autorización u otras condiciones– pero jamás prohibida o privada absolutamente por el Estado de modo directo o indirecto, pues sería negar el derecho mismo. El segundo, en cambio,

⁹⁷ VERGARA 2004, 67.

⁹⁸ Seguimos en nuestra exposición, la posición planteada por el profesor Arancibia Mattar.

⁹⁹ ARANCIBIA 2020, 7.

¹⁰⁰ Siguiendo a Arancibia, se encuentran distintas especies de actos administrativos que se asimilan a la autorización administrativa, como por ejemplo la *“calificación”* en una Resolución de Calificación Ambiental.

¹⁰¹ ARANCIBIA 2020, 26.

¹⁰² ARANCIBIA 2020, 26.

¹⁰³ ARANCIBIA 2020, 27.

*es constituido por el legislador para todo aquel que cumpla con los requisitos legales respectivos*¹⁰⁴.

En consecuencia, una “autorización de hidrógeno”¹⁰⁵ otorga: (i) Seguridad pública a las personas y sus cosas. Es decir, en consideración a la habilitación de dicha actividad para los particulares, estaría sujeta a estándares de seguridad; (ii) Otorga, asimismo, certeza jurídica a los desarrolladores, quienes ya estando en una actividad altamente costosa, tienen parámetros objetivos de los cuales sujetarse. En este sentido, la certeza yace en la seguridad que cumpliéndose todos los requisitos exigidos por la ley, la autoridad está obligada a concederlos¹⁰⁶; y, (iii) A mayor abundamiento, otorga incentivos correctos a los desarrolladores. En efecto, la autorización pasa a formar parte del acervo patrimonial de los privados, garantizado por la garantía constitucional de su titularidad y propiedad. En consecuencia, también puede disponerse del mismo, siendo transferible y/o transmisible, y en general, objeto de distintos actos jurídicos¹⁰⁷.

*Efectos buscados de la publicatio parcial:
Fomento a través de servidumbres*

Hemos dejado en un subtítulo aparte un segundo elemento que compone la “arista” de fomento de la cual estaría revestida la autorización administrativa. Ésta arista también se desprende del análisis del carácter dual buscado.

Proponemos entonces, como una herramienta de fomento que sea coadyuvante a reducir costos y acelerar desarrollo de proyectos, la posibilidad para el desarrollador de una IPH o bien de transporte de hidrógeno o derivados, que tenga la posibilidad –si es necesario– de imponer una servidumbre a fin de emplazar e instalar, el uno o el otro.

En otras palabras, que exista un fomento mediante la facultad de imponer “gravámenes

y servidumbres en el suelo privado, y el de ocupar y atravesar el suelo público”¹⁰⁸.

La propuesta anterior no es una trivialidad. Hemos visto que el espacio superficial de las instalaciones de hidrógeno no es terminantemente costoso, pero sí fundamental en su interdependencia con distintos eslabones de la cadena. Es en este sentido, donde existe un amplio consenso de la literatura especializada¹⁰⁹, que la regulación y/o las autoridades ofrezcan un apoyo en dicho sentido. Es decir, en ayudar al futuro operador a mitigar sus costos.

Es cierto asimismo que nos estamos basando en una institución presente en la actividad concesional eléctrica, de la cual –como se dijo más arriba– no debería utilizarse para la regulación del hidrógeno. Sin embargo, como pasaremos a explicar, consideramos la posibilidad de ésta imposición de servidumbres como un elemento fundamental para el desarrollo de la autorización de hidrógeno y en línea de las conclusiones de la academia.¹¹⁰

Pasemos entonces a revisar el fenómeno de aquellos segmentos en la legislación eléctrica, en virtud de las cuales existe, lo que la doctrina ha denominado como una *publicatio parcial*¹¹¹. Es decir, aquella actividad que el privado puede ejercer de manera espontánea –i.e. no requiere de un título habilitante, ya sea una concesión o autorización– pero pudiéndose igualmente valer de las mismas.

En efecto, la doctrina indica que:

*(...) no es necesario para la generación y el transporte de la energía eléctrica obtener previamente una concesión; pero si un agente económico que va a efectuar tal generación o el transporte de energía eléctrica desea obtener los beneficios del título concesional puede (esto es, el derecho a imponer gravámenes y servidumbres en suelo privado y ocupar y atravesar el suelo público) puede también formalmente tramitar el título concesional (...)*¹¹².

Así las cosas, *mutatis mutandis* la creación administrativa de derechos reales de servidumbre y de uso de bienes públicos en base a la autorización administrativa, no obedece a la lógica de la actividad publicada, sino que al espíritu de fomento que estaría detrás de la misma. Sumado a lo anterior, la operatividad

¹⁰⁴ ARANCIBIA 2020, 15.

¹⁰⁵ De aquí en adelante, para efectos de nuestra exposición, llamaremos así a dicha autorización administrativa. Sería una autorización administrativa para el desarrollo de una iniciativa de hidrógeno, en cualquiera de sus eslabones a lo largo de la cadena de valor.

¹⁰⁶ ARANCIBIA 2020, 8.

¹⁰⁷ No ahondaremos en la transferencia, cesión y/o transmisión de la autoridad administrativa. Con todo nótese que al menos, se permite el cambio de la titularidad de las Resoluciones de Calificación Ambiental, según consta en el Ordinario Número 180127/2018, dictado con fecha 26 de enero del año 2018. Una Resoluciones de Calificación Ambiental, recordemos, es una autorización administrativa.

¹⁰⁸ VERGARA 2004, 73.

¹⁰⁹ DNV 2022, 89.

¹¹⁰ EDF e Implementa Sur 2022, 97.

¹¹¹ VERGARA 2004, 71.

¹¹² VERGARA 2004, 73.

y mecánica de éstas instituciones, no son del todo novedosas, y dicha familiarización previa, permitiría –consideramos– tanto a la autoridad como a los particulares su implementación.

Claramente, será fundamental para el agente económico, tomar la *determinación y decisión económica* de, e.g. construir un conjunto de electrolizadores, o un gasoducto hacia un puerto, si es que puede “asegurar” dentro de su acervo patrimonial (al menos en cuanto a su uso y disposición) de la heredad donde dichas infraestructuras se emplazarán. Más todavía si puede imponerse sobre terceros, no siendo necesario comprar un predio.¹¹³

En dicho sentido, en conjunto con la ley que regulase la institución de la autorización de hidrógeno, su creación e interposición –basada en dichos principios de seguridad, certeza y fomento–, se acompañe con la creación e imposición de una servidumbre destinada al efecto. La servidumbre asimismo, tal como sucede en la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante “LGSE”), se crearía por ley¹¹⁴.

En este orden de cosas, las servidumbres que reconoce la legislación eléctrica son de “origen legal –en cuanto han sido tipificadas en la ley– y por ende, son de carácter forzoso, lo que significa que pueden ser impuestas aun en contra de la voluntad del dueño del predio (o instalación) sirviente”¹¹⁵.

En resumidas cuentas, no sería la “autorización de hidrógeno” la que crea el derecho real de servidumbre, sino que su tipificación, mediante una ley. Así como el título concesional en materia eléctrica:

*(...) crea y constituye, por el solo ministerio de la ley, un gravamen específico que pesa sobre terrenos particulares, fiscales, regionales o municipales, que la ley denomina “servidumbres”; (...) constituye un derecho real de servidumbre del concesionario, que lo habilita para la ocupación de tales terrenos*¹¹⁶.

La doctrina reconoce el fomento de la actividad de generación y transmisión como “una de las finalidades principales de la obtención de una concesión (...) precisamente en los derechos de ocupación del suelo ajeno que ésta crea en favor del concesionario”¹¹⁷.

Dicho de otro modo, los efectos de la publicación parcial no son accidentales, sino que por el contrario buscados. De igual manera proponemos que debiesen buscarse en el caso de la autorización de hidrógeno. Tipificada que fuere la servidumbre en la ley que instaurase dichas autorizaciones, podría su titular imponer una servidumbre.

En este orden de cosas, naturalmente, la servidumbre no tendría un predio dominante. Así como en la servidumbre eléctrica, el predio dominante no es una heredad, sino una instalación eléctrica¹¹⁸, o bien en la industria minera el predio sirviente es la respectiva concesión minera¹¹⁹, acá lo sería la infraestructura de hidrógeno (ya sea generación, almacenamiento o bien, transporte).

Asimismo, el suelo de carácter privado sobre el cual se podrían imponer las servidumbres, serían todos aquellos que no ingresen en la categoría de bienes nacionales de uso público.¹²⁰ Es decir, aquellos bienes de los particulares (regidos por el Código Civil), bienes fiscales¹²¹, e incluso bienes municipales.¹²² De igual modo, recibiría el mismo tratamiento el titular de una autorización administrativa para usar –en forma gratuita– bienes nacionales de uso público, tal como se consagra en la LGSE¹²³.

Al igual que en la concesión eléctrica definitiva, en la autorización debiese quedar constituido el derecho de uso privativo y gratuito, de estos bienes. Esto es especialmente relevante en aquellas instalaciones de transporte, gasoductos e instalaciones para la posterior exportación, las cuales necesariamente estarán en centros logísticos, portuarios, extraportuarios, dirigidos al consumo industrial, minero, e inclusive residencial. En definitiva, permitiría crear centros o *hubs* donde se aprovechen las sinergias de generación de electricidad para alimentar electrolizadores, convertidores, almacenamiento y transporte para su consumo¹²⁴.

Los expertos han reconocido de la necesidad que la regulación soporte la adquisición de títulos superficiales para acelerar procesos, y el desarrollo temprano de proyectos¹²⁵. La

¹¹⁸ EVANS 2017, 110.

¹¹⁹ Código de Minería Artículos 120 y siguientes.

¹²⁰ Código Civil Art. 589.

¹²¹ Código Civil Art. 590.

¹²² DFL N° 1 de 2006, Art 33.

¹²³ Decreto N° 4 de 2007 que fija LGSE, Art. 2 numeral 3º, o bien Art. 16, entre otros.

¹²⁴ ALTMANN, M. et al. 2022, 24.

¹²⁵ EDF e Implementa Sur 2022, 94 y 97; y DNV 2022, 30.

¹¹³ Lo anterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan.

¹¹⁴ Código Civil Art. 832.

¹¹⁵ EVANS 2017, 111.

¹¹⁶ VERGARA 2004, 124.

¹¹⁷ EVANS 2017, 112.

servidumbre aquí tratada, sería un apoyo en dicho espíritu, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan y correspondan¹²⁶.

Aunque, podría desprenderse de los párrafos anteriores, igualmente dejamos constancia que, todo lo anterior, no obsta a que facultativamente los titulares de proyectos de hidrógeno, puedan negociar y constituir servidumbres de carácter convencional, tal como el artículo 880 y siguientes del Código Civil las contempla.

Su importancia yace –reiteramos– en la *facultad* de imponerlas.

Características de la Autorización y su derecho de servidumbre

Atendido que el presente trabajo es una aproximación y propuesta inicial a este asunto, no nos ocuparemos del contenido, tramitación, ni forma de las autorizaciones, ni de las servidumbres anexas al mismo fuera de las características mínimas y ya referidas, y además, aquellas que pasamos a efectuar a continuación:

Como lo ha reconocido la doctrina¹²⁷, separación entre el contenido de la autorización y su derecho a ejercer su objeto en la medida que se cumplan con las condiciones, y la relación jurídica que exista entre el titular de la autorización para con la autoridad y/o el Estado;

Procedimiento de constitución de dicha autorización debiese estar revestido de aquellos principios del procedimiento consagrados en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo¹²⁸, como lo son los principios de: Celeridad¹²⁹, Conclusivo¹³⁰, Transparencia y Publicidad¹³¹, Contradictoria reglada¹³² Impugnabilidad¹³³.

¹²⁶ Este espíritu fue recogido por la iniciativa comentada más arriba, “Ventana al Futuro”. No obstante, dicha iniciativa está sujeta a distintas etapas para postular y adjudicarse predios fiscales. Más aun, el desarrollador está circunscrito a predios fiscales. Con todo, la servidumbre acá propuesta es un instrumento para el desarrollador de un proyecto, mientras que en el programa “Ventana al Futuro” se está sujeto a la disponibilidad de terrenos fiscales, presencia o no de terceros y servidumbres previamente constituidas, y avances en permisos ambientales, entre otros.

¹²⁷ ARANCIBIA 2020, 14.

¹²⁸ Ley N° 19.880 de 2003.

¹²⁹ Art. 7 de Ley N° 19.880 de 2003.

¹³⁰ Art. 8 de Ley N° 19.880 de 2003.

¹³¹ Art. 16 de Ley N° 19.880 de 2003.

¹³² Art. 10 de Ley N° 19.880 de 2003.

¹³³ Art. 15 de Ley N° 19.880 de 2003.

En este sentido, las servidumbres adjuntas a la autorización, están revestidas de las mismas características que sus congéneres en materia eléctrica (y en general, predial), como lo son: Constituyen un gravamen; son siempre indemnizables (aunque en particular esto obedece a preceptos constitucionales); Constituyen un gravamen real, es decir siguen a la heredad sin perjuicio de su posesión ni dominio. Asimismo, crearían un gravamen específico sobre predios particulares, fiscales, o de uso público (solamente su uso).

La servidumbre nace precisamente con el otorgamiento de dicha autorización, con el acto administrativo que la otorga, pero su constitución se basa en la tipificación que la ley haga de ellas. De la misma norma, nace la facultad para el titular de la autorización de hidrógeno de imponerlas.

En consecuencia, esta propuesta normativa de fomento, intenta hacerse cargo de dos asuntos planteados en el subtítulo referente a las “barreras” del desarrollo de la cadena de valor. Por un lado, la producción de hidrógeno mediante la electrólisis tenderá a la modularización de sus electrolizadores, que son de relativa facilidad en su emplazamiento, escalabilidad, e instalación.

Por otra parte y respectivamente, si se considera el eslabón del transporte por gasoducto hacia centros de consumo y/o exportación, su planificación es delicada y suma meses –sino años– a la concreción y puesta en marcha del determinado proyecto. La similitud con el sector transmisión, fue precisamente la idea fundante para hacerse cargo de este asunto, es decir la multiplicidad de intereses que deben ser jurídicamente afectados para emplazar –en este caso– un ducto a un centro de consumo, y en consecuencia, tener la *facultad* de imponer servidumbres.

Conclusión

Se ha expuesto en el presente trabajo un repaso somero de los principales componentes de la industria del hidrógeno –explicados mediante la cadena de valor– sus fortalezas y barreras. Asimismo, se ha explorado el actual, y precario, esquema regulatorio con respecto al mismo.

Viendo entonces los principales obstáculos que cruzan la implementación industrial y regulatoria de la cadena de valor, se efectúa una propuesta regulatoria basada en la experiencia existente de regímenes legales similares

en Chile. Al mismo tiempo, se propone mantener cierta independencia –atendida las especialísimas características físicas del hidrógeno–, ofreciendo asimismo una herramienta que de fomento y promoción de las inversiones.

Quedan pendientes para una posterior investigación, la exposición y definición, del mérito y extensión del contenido de la servidumbre de hidrógeno aquí tratada. Por ejemplo, como conversa dicha institución con otros gravámenes similares. De igual modo, su tratamiento con respecto a la planificación de dichas servidumbres, extensión y emplazamiento en el medio. Por otra parte, atendida la extensión de la materia, no se han incluido otros asuntos cardinales, como lo podrían ser la articulación de dichas instalaciones con aquellas de naturaleza estrictamente eléctricas, y la convivencia de los títulos habilitantes involucrados. O bien, la necesidad de agua para la electrólisis (con la actual tecnología de electrolizadores es perfectamente posible utilizar agua desalada).

Con todo, la autorización administrativa propuesta, no pretende eliminar el actual cuerpo normativo disperso. Tampoco pretende –necesariamente– reunirlo bajo el alero de ésta técnica de intervención, sino más bien perseguir la estandarización y la economía en la planificación y posterior tramitación. Más bien, persigue constatar una dificultad fáctica propia de la industria del hidrógeno, reconociendo las posibilidades de sus distintos eslabones en la cadena de valor, atacando las unas y fomentando las otras.

En definitiva, la autorización administrativa y su capacidad de imponer servidumbres, permite que los desarrolladores, sean titulares –y en efecto, tengan dentro de su acervo patrimonial– un derecho frente al Estado y terceros, que empuje el financiamiento, seguridad y desarrollo de sus proyectos. Sobre todo, permite el desacople de los eslabones de la cadena de valor, permitiendo versatilidad geográfica y flexibilidad financiera a quienes promueven los proyectos, removiendo (o al menos amortizando) un principal obstáculo del costo que es el dominio de la tierra donde se emplazan los proyectos.

Finalmente, y en particular, pensando en Chile como potencia exportadora de hidrógeno, un título habilitante, no solo permite transferibilidad, sino que también trazabilidad para

compradores internacionales¹³⁴, y aporte a su comoditización.

Bibliografía citada

- AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA RENOVABLES (IRENA) (2020). *Green Hydrogen Cost Reduction: Scaling Up Electrolysers to meet the 1.5°C Climate Goal*.
- AGENCIA INTERNACIONAL DE ENERGÍA RENOVABLES (IRENA) (2020). *Green Hydrogen a Guide to Policy Making*.
- ALTMANN, M. et al. (2022) *Development Pathways For "Hydrogen Hubs" in Chile. An expertise for the Inter-American Development Bank*. Ludwig-Bölkow-Systemtechnik GmbH (LBST).
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2020) Las autorizaciones administrativas: Bases Conceptuales y Jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- BOUDELAL, M. (2018) *Power-to-Gas. Renewable Hydrogen Economy*. De Gruyter.
- CENTRO DE ENERGÍA UC (2020). *Proposición de Estrategia Regulatoria del Hidrógeno para Chile*.
- CLIFFORD, C. (Accedido el 31 de julio de 2023). Bill Gates: These 5 concepts will help you understand the urgency of the climate crisis. CNBC. <https://www.cnbc.com/2021/02/14/bill-gates-concepts-to-understand-the-climate-crisis.html>
- CORREA ACHURRA, M.; BARRÍA QUEZADA, C. y MALUENDA PHILIPPI, B. (2020). *Estrategia Nacional de Hidrógeno Verde*. Ministerio de Energía.
- DEPARTMENT OF ENERGY (31 de julio de 2023). *Fuel Cells Hydrogen and Fuel Cell Technologies Office*. U.S. Department of Energy. <https://www.energy.gov/eere/fuelcells/fuel-cells>
- DNV (2022) *Prefeasibility for a hydrogen export project. Final Report. Prepared for the Inter-American Development Bank*.
- EDF e IMPLEMENTA SUR (2022) *Final Report Methodologies and Results "Prefeasibility study for a synthetic fuel project in the Magallanes region based on green hydrogen" at the request of the Inter-American Development*.
- EVANS ESPIÑEIRA, E. y YAÑEZ REBOLLEDO, E. (2017) *Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica*. Thomson Reuters.
- GOMES, I. et al. (2021). *The Decarbonization of gas in the Southern Cone of South America*. Oxford Institute for Energy Studies.
- HEUSER, P. et al. (2019) Techno-economic analysis of a potential energy trading link between Patagonia and Japan based on CO2 free hydrogen. *International Journal of Hydrogen Energy* 44 (25), 12.733-12.747.
- JIMÉNEZ SÁEZ, F. (2020). *Evaluación Técnica y Económica del Uso de Hidrógeno Verde en Aplicaciones para la Industria y Desplazamiento de Combustible Fósil*. [Memoria para optar al Título de Ingeniero Civil Eléctrico, Universidad de Chile].
- MORGAN, H. (31 de julio de 2023). *Modular electrolysers to become commodities before 2025*. Rethink Technology Research. <https://rethinkresearch.biz/articles/modularelectrolysers-to-become-commodities-before-2025/>.
- McKINSEY & COMPANY (2020) *Chilean Hydrogen Pathway Final Report*.

¹³⁴ EDF e Implementa Sur 2022, 50.

- PARFOMAK, P. (31 de julio de 2023). *Pipeline Transportation of Hydrogen: Regulation, Research, and Policy*. Congressional Research Service. <https://crsreports.congress.gov>
- SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2021) Guía de Apoyo para Solicitud de Autorización de Proyectos Especiales de Hidrógeno.
- TRATTNER, A. et al. (2021) Renewable Hydrogen: Modular Concepts from Production over Storage to the Consumer. *Chemie Ingenieur Technik* 93 (4) 706-716.
- VERGARA BLANCO, A. (2004). *Derecho Eléctrico*. Editorial Jurídica de Chile.
- XIFENG, L. et al. (2020) Review of Hydrogen Embrittlement in Metals: Hydrogen Diffusion, Hydrogen Characterization, Hydrogen Embrittlement Mechanism and Prevention. *Acta Metallurgica Sinica* 33 (6) 759-773.
- YAKDEHIGE, K. (2017) *Design of an Alkaline Electrolysis Stack* [Memoria para optar al grado de Master of Arts, Universidad de Agder].
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2023) *Global Risk Report*.
- Normativa citada**
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. D.O. N° 32.152.
- Ley N° 19.300 de 1994. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 01 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Ley N° 21.305 de 2021. Sobre Eficiencia Energética. 08 de febrero de 2021. D.O. 42.880.
- 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. 37.570.
- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Arts. 589, 590, y 832. 16 de mayo de 2000 (Chile).
- Código de Minería. Ley N° 18.248 de 1983. Art. 120. 26 de septiembre de 1983 (Chile).
- Decreto N° 1 de 1978 [con fuerza de ley]. Deroga Decreto N° 20, de 1964, y lo Reemplaza por las Disposiciones que Indica. 22 de septiembre de 1978. D.O. 30.290.
- Decreto N° 1 de 2006 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 09 de mayo de 2006.
- Decreto N° 4/20018 de 2006 [con fuerza de ley]. 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. N° 38.681.
- Decreto Ley N° 2.224 de 1978 [Ministerio de Minería]. Crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía. 25 de mayo de 1978.
- Decreto N° 40 de 2012 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 30 de octubre de 2012.
- Guía de 2021 [Superintendencia de Electricidad y Combustibles]. Guía de Apoyo para Solicitud de Autorización de Proyectos Especiales de Hidrógeno. 10 de mayo 2021.
- Boletín No. 14756-08 [Ministerio de Energía y Ministerio de Hacienda]. Impulsa la Producción y Uso de Hidrógeno Verde. 15 de diciembre de 2021.
- Resolución Exenta N° 998 de 2021 [Ministerio Bienes Nacionales]. Aprueba Plan Nacional de Fomento a la Producción de Hidrógeno Verde en Territorio Fiscal. 23 de noviembre de 2021.
- Circular Ord. N° 0504 de 2021 [Dirección Desarrollo Urbano Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Uso de suelo aplicable a edificaciones, instalaciones y redes asociadas a la generación de Hidrógeno. 21 de noviembre de 2022.
- Guía de 2023 [Servicio de Evaluación Ambiental]. Criterio de Evaluación en el SEIA: Descripción integrada de proyectos para la generación de hidrógeno verde en el SEIA. 29 de marzo de 2023.

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú

The constitutional basis of the public Administration's patrimonial responsibility in Perú

Erick Cuba Meneses*

La Constitución Política del Perú de 1993 no reconoce expresamente la responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración Pública del Estado. A diferencia de otros ordenamientos de tendencia continental, el Perú no ha elevado a nivel constitucional la posibilidad de vincular a la Administración Pública a la obligación de indemnizar en supuestos de responsabilidad extracontractual, lo cual se ha desarrollado en normas de rango legal. En vista de ello, el presente trabajo propone una lectura articulada de determinadas disposiciones de la Norma Fundamental peruana, a fin de construir interpretativamente el fundamento constitucional de la responsabilidad de la Administración Pública del Estado. Este esfuerzo resulta importante toda vez que, contar con un reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial, permitiría imponer una limitación a la capacidad del legislador ordinario para modificar legislativamente este régimen de responsabilidad.

Palabras clave: Administración Pública, responsabilidad patrimonial, Constitución, interpretación jurídica, igualdad ante las cargas públicas, garantía patrimonial.

Introducción

Los regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son fundamentales

The Political Constitution of Peru of 1993 does not expressly recognize the non-contractual or patrimonial liability of the Public Administration of the State. Unlike other civil law systems, Peru has not raised to the constitutional level the possibility of binding the Public Administration to the obligation to indemnify in cases of tort liability, which has been developed by the law. In view of this, this paper proposes an articulated reading of certain provisions of the Peruvian Constitution, to interpret the constitutional basis of the liability of the Public Administration of the State. This effort is important since having a constitutional recognition of non-contractual liability would allow imposing a limitation to the capacity of the Congress to modify this liability regime.

Keywords: Public administration, non-contractual liability, Constitution, legal interpretation, equality before public charges, patrimonial guarantee.

en el Derecho Administrativo moderno y un factor clave de gobernabilidad en los países de influencia continental. Aunque algunos estados han estatuido a nivel constitucional el deber estatal de indemnizar por los daños provocados por su actividad, en otros casos, esta regulación se delega a la ley, como es el caso peruano.

Pero en ningún caso, se debe soslayar la importancia de consolidar en rango constitucional la responsabilidad del Estado y de su Administración, la cual deviene, por un lado, de la necesidad de controlar el ejercicio de las potestades públicas, dado que todo sistema de control debe ser complementado con mecanismos para sancionar los incumplimientos y reparar los daños que su ejercicio provoca. Por otro lado, el principio del Estado de Derecho exige retirar las normas de responsabilidad

* Profesor Investigador en la Universidad Científica del Sur (Perú). Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Doctorando en Derecho Administrativo (Universidad Paris-Panthéon-Assas, Francia). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo-APDA, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo-FIDA y Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2730-2490>. Asociado Senior del Área de Derecho Administrativo y Regulatorio de Rubio Leguía Normand (Perú). Contacto: ecubam@cientifica.edu.pe y ecuba@rubio.pe / ECM was supported by Universidad Científica del Sur from Perú (Resolución Directoral N° 008-DGIDI-CIENTIFICA-2024).

Artículo recibido el 25 de junio de 2024 y aceptado el 07 de diciembre de 2024.

de las veleidades del legislador de turno, lo cual, lograría evitar resultados contraproducentes como aquellos observados en el Perú en 2008, cuando se introdujeron cambios en la Ley del Procedimiento Administrativo General, según su Texto Único Ordenado (en adelante, "LPAG") y en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, según su Texto Único Ordenado, que limita la acción de daños y perjuicios contra la Administración Pública.

En ese contexto, el presente trabajo revisará las diferentes propuestas ofrecidas por la doctrina nacional y comparada para fundamentar la responsabilidad patrimonial, su articulación normativa y su importancia como herramienta esencial para la gobernabilidad. Es preciso indicar que no forma parte del contenido de estas reflexiones la responsabilidad civil de los jueces o del Poder Legislativo, por cuanto la primera de ellas tiene un régimen y una práctica claramente establecidas y un fundamento constitucional expreso, mientras que la segunda no ha tenido recepción en el ordenamiento peruano.

Ahora bien, para ahondar en el tema que nos convoca, será necesario distinguir primero entre la responsabilidad propia del derecho civil, y la responsabilidad del Estado, tanto en las categorías que las informan como en los principios que las articulan.

Luego, se entrará a revisar la doctrina comparada especializada sobre este tema, a fin de tomar estos planteamientos como insumo. Esto resultará especialmente útil en la medida en que contar con un fundamento constitucional dotado de contenido, con un principio que haga las veces de eje, permite llenar vacíos, resolver casos difíciles y orientar la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

Posteriormente, se entrará a analizar el régimen de la responsabilidad de la Administración en el Perú. En este punto, se hará evidente cómo la Constitución Política peruana, a diferencia de otros ordenamientos, no contiene una norma general que reconozca el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la acción del Estado, fuera del supuesto de expropiación y de la responsabilidad civil de los jueces, aunque sí le impone ciertos deberes fundamentales. En este punto, es importante tener en cuenta que cuando se indaga por el fundamento constitucional de una institución, este puede encontrarse en un texto normativo expreso, o no, en cuyo caso se debe recurrir a un ejercicio interpretativo para

dar con este fundamento. Por ello, se propone una interpretación de diversas normas de rango constitucional y legal que permite inferir el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento peruano.

Finalmente, se expondrá cómo lo dispuesto a nivel constitucional se refleja en la ley, específicamente, en la LPAG. La finalidad es demostrar que la protección a los administrados sería mejor si tanto el fundamento constitucional como los principios de la responsabilidad patrimonial estuviesen positivizados en la Constitución, tomando como ejemplo la modificación sufrida por el sistema de responsabilidad peruano en 2008. Con ello, se expondrán las conclusiones que merece este trabajo.

I. La responsabilidad patrimonial del Estado y su distinción respecto de la responsabilidad del Derecho Privado

Con el fin de ahondar en el tema de esta ponencia y, dado que ello tiene repercusiones en el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, conviene dilucidar las diferencias entre la responsabilidad extracontractual en el Derecho Público y la responsabilidad civil.

La responsabilidad patrimonial de la Administración nace en Francia durante el siglo XIX y coincide con el proceso de formación del Derecho Administrativo como una disciplina independiente y un régimen exorbitante del derecho común. Ambos subsistemas divergen por cuanto, tal como lo explica el profesor Juan Carlos Cassagne¹, la teoría de la responsabilidad civil se ha visto afectada por el concepto de antijuridicidad de la acción, el cual ha creado confusión con otros factores de atribución, como la culpa y la imputabilidad; pero, en el derecho administrativo, se tiene más claridad en cuanto al lugar que ocupa la noción de culpa como factor atributivo de responsabilidad.

Por ello, sucede tanto en el derecho francés como en el derecho español que, en la construcción del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, se redefine la teoría y el contenido de cada elemento y presupuesto de la responsabilidad. Así, la creación de la *falta de servicio* en el primer caso y del *funcionamiento de la administración* en el segundo, reflejan el abandono de la

¹ CASSAGNE 2021.

culpa de corte subjetivo y volitivo, para pasar factores de atribución objetivos, que permitan imputar a la Administración Pública los daños provocados de manera impersonal o anónima². En este sentido, la doctrina de la lesión antijurídica resarcible en el derecho español no se basa en la antijuridicidad como contravención del ordenamiento, sino en la falta de un título de justificación para la acción u omisión que produce el daño. Esto da lugar, en el derecho español, a la concepción del daño injusto como aquel que no debe ser soportado por el particular.

En vista de ello, podríamos afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración gira en torno al resultado lesivo y antijurídico que la actividad administrativa produce en el administrado, lejos de pivotar sobre la conducta del sujeto dañante. Esta característica distintiva obedece a la dificultad o imposibilidad para identificar a un agente dañante, siendo imputable el daño al Estado mismo, y tiene su antecedente en la “garantía del funcionario” vigente en Francia hasta 1870, la cual imponía a los administrados la obligación de conseguir la autorización del Consejo de Estado antes de enjuiciar civilmente a algún funcionario público, de tal forma que, cuando no era posible acreditar una *falta personal*, los daños se predicaban hechos por el Estado³.

De esta manera, el que los regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración no adoptasen las perspectivas volitistas y subjetivas de la culpa, propios del derecho común, implica virar el enfoque del reproche del acto lesivo al resultado que este genera y que se pretende indemnizar. Efectivamente:

La dilución o abandono de ese requisito [es decir, la antijuridicidad de la acción del funcionario] por parte de la doctrina civilista, que ha propiciado su sustitución por el criterio del daño injusto o la injusticia del daño, encuentra una mayor justificación en el derecho público que en el derecho privado, dada la mayor trascendencia y densidad que adquiere la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado [...] ⁴.

Una consecuencia de este planteamiento es que a diferencia de la responsabilidad civil en la cual, de no verificarse la antijuridicidad del acto, estaremos frente a un daño no resar-

cible, en la responsabilidad patrimonial de la Administración, la legalidad o no de un acto dañoso no es óbice para imputar la obligación de indemnizar, puesto que se contemplan supuestos de daño por riesgo o por un quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas⁵.

Es así como, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la antijuridicidad del daño producido a las víctimas es el elemento determinante de la obligación de indemnizar. De ahí la trascendencia de la categoría española del “deber de soportar el daño”, la cual refleja ese traslado del análisis de la acción del agente dañante al resultado dañoso provocado a la víctima.

En ese contexto, no debe sorprender que la responsabilidad del Estado por actividad legítima haya sido objeto de extenso desarrollo, primero, por parte de la jurisprudencia y luego por la ley, como bien da cuenta la realidad española o la argentina.

De hecho, Cobreros afirma que la responsabilidad por actividad legítima o por funcionamiento normal no es excepcional. Pero, en el derecho civil, que se basa en la culpa subjetiva, la doctrina ha luchado por integrar adecuadamente los dos tipos de responsabilidades, los causados por actos ilícitos y los provocados por actividades riesgosas, en muchos sistemas legales. Si se enfoca el daño en lugar de la culpa, se facilita el reconocimiento de la responsabilidad por actividad legítima o por riesgo; un enfoque que ha sido desarrollado de manera diferente en la historia de los sistemas legales francés, español y argentino⁶.

Por otro lado, se advierte que los privatistas han ampliado el carácter de marco normativo general de la responsabilidad civil y entienden a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como un sistema especial de responsabilidad en el tejido de la responsabilidad civil, lo cual estaría justificado en la especialidad del sujeto dañante (la Administración Pública) o sus cualidades y atributos (potestades, prerrogativas, competencias, facultades), o en el tipo de actos dañosos (actos administrativos, legislativos, jurisdiccionales, omisiones, inactividad o inercia administrativa), etc.⁷. Mientras tanto, privatistas y publicistas cuestionan las categorías formales y la deli-

² CORDERO VEGA 2019, 15.

³ CORDERO VEGA 2019, 15.

⁴ CASSAGNE 2021.

⁵ CASTILLO & OSTERLING 2003, 269; CUBA 2023.

⁶ CUBA 2021, 38.

⁷ ALPA 2006, 534.

mitación de áreas en las que la Administración responde.

Con todo, y desde una perspectiva realista, la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración parece ser una distinción antigua, basada en motivos ideológicos, políticos, institucionales, económicos y sociales⁸, pero que continúa vigente en la realidad de los operadores, en las discusiones de los juristas y en alguna que otra ponencia. Desde una perspectiva práctica, parece que la distinción se difumina conforme se han encontrado nuevos supuestos de responsabilidad patrimonial (sobre todo de responsabilidad por riesgo) que carecen de una regulación específica, siendo necesario llenar los vacíos para evitar cualquier escenario de indefensión de las víctimas. Pero esto no niega la distinción del sistema de responsabilidad patrimonial.

Como se ha dicho en otra sede⁹, las diferencias entre ambos sistemas de responsabilidad pueden ser evidenciadas a la luz de la adopción de la categoría francesa de la "falta de servicio" en el ordenamiento jurídico argentino. Esto puede rastrearse hasta la resolución del caso Vadell por parte de la Corte Suprema de la República de Argentina el 18 de noviembre de 1984, con el cual el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración inició gracias a la interpretación dinámica del artículo 1112 del Código Civil¹⁰.

Pero no fue hasta la promulgación de la Ley Federal 26.944 en 2014, que la responsabilidad patrimonial fue finalmente positivizada. Esta ley instituyó reglas específicas para los casos de responsabilidad patrimonial por actividad legítima e ilegítima, e introdujo un aporte significativo en cuanto a uno de los requisitos para la configuración de la segunda: la imputabilidad.

Otro de los aspectos de esa construcción, cuyo esquema conceptual representó un verdadero trasplante, implicó separar la noción estricta de imputabilidad (como autoría material de un hecho) del factor de atribución, que implica la relación legal que vincula un determinado resultado a una causa conforme al valor axiológico contenido en la ley, a fin de establecer

una responsabilidad tendiente a compensar a la víctima del daño¹¹.

Siendo así, la innovadora ley de 2014 excluyó la posibilidad de aplicar por supletoriedad el código civil argentino, al disponer en su artículo 1 que "[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"; decisión que ha significado un fuerte rechazo por parte de la doctrina¹².

Finalmente, la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial se distinguen por la justificación del deber de indemnizar en ambos sistemas:

La idea que subyace en la falta de servicio (*faute de service*) es que todas las personas tienen derecho a un funcionamiento normal y eficaz de la Administración Pública (principio de buena Administración). Por tanto, la falta de servicio viene dada por un concepto: el incumplimiento de las obligaciones administrativas que puede revestir aspectos muy diferentes: inicialmente, el servicio no ha funcionado, ha funcionado defectuosamente, o en fin ha funcionado con retardo. Luego se añade la inactividad, la vía de hecho, la mala o no prestación de los servicios públicos; la ilegalidad que pueda afectar a los actos administrativos o reglamentos, o cualquier incumplimiento del Derecho; en suma, la mala Administración que cause un daño debe ser reparado¹³.

Es decir, el deber de indemnizar bajo la responsabilidad patrimonial de la Administración no se reduce al principio de no dañar a otro, sino que se extiende al principio de buena administración, el cual se expresa en la "falta de servicio" y en el "funcionamiento de la administración".

En conclusión, la responsabilidad patrimonial de la Administración comprende los supuestos en que las entidades públicas actúan de manera lesiva en contra de los administrados, en ejercicio de sus potestades y competencias, casos para los cuales el ordenamiento dispensa normas de responsabilidad específicas y distintas de las contempladas en los códigos civiles, aunque es posible aplicar por extensión las reglas del Código Civil ante

⁸ ALPA 2006.

⁹ CUBA 2021, 39.

¹⁰ CASSAGNE 2021, 1.

¹¹ CASSAGNE 2021, 2.

¹² LAMOGLIA 2015, 66-69.

¹³ ARAUJO-JUÁREZ 2014, 40.

la existencia de vacíos normativos¹⁴, siempre que ello no contradiga la naturaleza y principios que inspiran el sistema de responsabilidad de la Administración Pública.

II. La responsabilidad de la Administración Pública desde la Constitución

1 El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Existe un déficit en el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico peruano que impide, por un lado, distinguir entre el régimen de responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por otro lado, fundamentar este segundo sistema en la Constitución¹⁵.

En efecto, la actual Constitución Política no dispensa una regla expresa para la responsabilidad patrimonial de la Administración, tan solo impone los llamados "deberes fundamentales del Estado" en su artículo 44:

Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior¹⁶

En comentario a este dispositivo, el profesor León Vásquez sostiene que la actual Constitución Política, "sin dejar de reconocer la defensa de la soberanía nacional, el respeto de los derechos fundamentales y el bienestar general, consagró también la protección y seguridad de la población, el diseño y ejecución de una política de fronteras, así como la integración de la Nación"¹⁷.

Sin embargo, este dispositivo solo impone obligaciones al Estado peruano hacia la población sin establecer una consecuencia clara en caso de incumplimiento. A diferencia de

otros países, no se deduce con claridad que la Administración Pública pueda ser responsable jurídicamente y obligada a reparar los daños causados por el incumplimiento de tales deberes fundamentales.

De otro lado, Sánchez Povich¹⁸ ha propuesto que el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado viene dado por la garantía patrimonial y se ubica en el artículo 45 de la Constitución, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. [...].¹⁹

Aunque este no es el lugar para discutir esta propuesta, la mejor alternativa pareciera proponer que ambos artículos, 44 y 45, permitan la construcción de un fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Perú, tanto de los supuestos de responsabilidad por actividad lícita como ilícita. Ello, en la medida en que el primero de estos dispositivos reconoce en cabeza del Estado una serie de deberes fundamentales cuya observancia es mandatoria, mientras que el segundo dispositivo prescribe que el ejercicio del poder público está sometido a las responsabilidades establecidas en la Constitución y en las leyes.

En este panorama, difícilmente podría distinguirse un fundamento constitucional propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que ambos dispositivos discurren sobre deberes generales del Estado que deben ser cumplidos por todos los poderes y agencias estatales y sobre el ejercicio limitado del poder público, el cual, si se infringe, acarrea ciertas responsabilidades desarrolladas a nivel legal. Especialmente, en este segundo caso, se observa que el artículo 45 constitucional se coloca en el escenario del ejercicio extralimitado de potestades públicas, pero cómo podrían entonces encajar supuestos como los de actividad legítima, responsabilidad por riesgo, responsabilidad por omisión o inactividad administrativa, si no se entiende en ellos una infracción a un deber general de garantizar el bienestar, la seguridad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Siendo así, se requiere de una mirada al derecho comparado para aclarar el panorama.

¹⁴ CASSAGNE 2017, 423-424.

¹⁵ VILLALOBOS 2022, 138.

¹⁶ Constitución Política del Perú, artículo 44.

¹⁷ LEÓN 2013.

¹⁸ SÁNCHEZ 2022, 240-244.

¹⁹ Constitución Política del Perú, artículo 45.

Este tipo de discusiones no suceden en otras latitudes, como en Colombia, España o México, cuyas constituciones reconocen la responsabilidad del Estado y, por tanto, de la Administración Pública.

En el caso de Colombia, el artículo 90 de su Constitución Política dispone lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste²⁰.

Para el Consejo de Estado colombiano, este dispositivo reconoce la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado:

La noción de daño antijurídico es invariable, cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar²¹.

Así, pues, en el ordenamiento colombiano, el artículo 90 de la Constitución Política constituye el fundamento para la responsabilidad, contractual o extracontractual, del Estado. Otro aspecto destacable en este ordenamiento es que la conclusión del Consejo de Estado parte del reconocimiento constitucional de la categoría de "daño antijurídico", con lo cual "todos los ámbitos de ejercicio y actuación del Estado, por ende, sus obligaciones, estarán bajo el escrutinio de la Justicia, cuando quiera que con ellas se genere un daño en detrimento de aquel que no se encuentra en el deber jurídico de soportar"²². Además, se hace evidente que el análisis de la antijuridicidad se traslada al daño antes que al acto.

Una mirada hacia Europa dará cuenta del alto nivel de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en el caso de Alemania, el artículo 34 de la Ley Fundamental establece que cualquier persona que resulte perjudicada por la actividad de una autoridad tiene derecho a una indemnización²³.

De acuerdo con este dispositivo, la responsabilidad recae principalmente en el Estado o la entidad a la que pertenezca y en la que preste servicios aquella autoridad, dejando abierta la posibilidad de que el Estado repita el monto de la indemnización en contra del funcionario (acción de regreso).

En esa línea, Italia también reconoce la responsabilidad del Estado y de sus empleados y funcionarios a nivel constitucional en el artículo 28 de la Constitución de 1947²⁴.

Por otra parte, en el caso de España, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración a nivel constitucional no se dio hasta el artículo 41 de la Constitución de 1931, homólogo al texto del artículo 131 de la Constitución de Weimar²⁵, aunque se consagró de forma subsidiaria a la de los funcionarios.

La doctrina española acepta que la responsabilidad patrimonial de la Administración adquiere rango constitucional recién con el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978²⁶, durante la vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado promulgada en 1957, siete años después de la Ley de Expropiación Forzosa.

En efecto, el artículo 106 de la Constitución española dicta lo siguiente:

Artículo 106

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siem-

²³ Artículo 34 de la Ley Fundamental Alemana: "Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta, así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria."

²⁴ Artículo 28 de la Constitución de Italia: "Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos que realizarán contrarios a cualquier derecho. En estos casos la responsabilidad civil se extenderá al Estado y a las entidades públicas."

²⁵ MARTÍN 1999, 331; MENÉNDEZ 2009, 35-85.

²⁶ MARTÍN 1999, 341-342.

²⁰ Constitución de Colombia, 1991.

²¹ GUTIÉRREZ 2021, 110.

²² GUTIÉRREZ 2021, 110.

pre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos²⁷.

De esta forma, la Norma Fundamental española delega al legislador el desarrollo de las categorías de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Al igual que en el caso anterior, incluso más expreso, se dispensa del análisis de la antijuridicidad de la acción lesiva, a través de la referencia genérica a una lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Incluso, ciertas constituciones asiáticas reconocen la responsabilidad de la Administración. Así, tenemos, por ejemplo, la Constitución de Corea del Sur, cuyo artículo 29 estatuye el derecho de todo ciudadano a reclamar una indemnización justa del Estado o de alguna entidad pública cuando sea víctima de una acción lesiva por parte de un funcionario en ejercicio de sus funciones²⁸.

Finalmente, en el caso de México, el artículo 109 de la Constitución dispone lo siguiente:

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes²⁹.

Como se aprecia, la Norma Fundamental mexicana ha establecido desde la máxima jerarquía del ordenamiento y, además, con eficacia nacional el carácter objetivo y directo de la responsabilidad del Estado por su actuar irregular, dejando al legislador ordinario la regulación de cómo se debe concretar el mandato constitucional.

Por otro lado, un poco más cerca al Perú, en Chile, la posibilidad de demandar indemnizaciones por daños y perjuicios al Estado se encuentra estatuida en la Constitución y regulado en la Ley³⁰. A nivel constitucional, los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución de 1980³¹ contienen disposiciones generales acerca de la responsabilidad del Estado:

Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.³²

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale³³.

Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño³⁴.

Por otro lado, a nivel legal, se tiene los artículos 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, la "LOBGAE")³⁵:

²⁷ Constitución Española de 1978, artículo 106.

²⁸ Constitución de la República de Corea, artículo 26.

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 109.

³⁰ CORDERO 2023, 968-986.

³¹ Constitución Política de la República de Chile, artículos 6, 7 y 38.

³² Decreto N° 100, de 2005.

³³ Decreto N° 100, de 2005.

³⁴ Decreto N° 100, de 2005.

³⁵ Ley 18.575 LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Artículo 4º.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado³⁶.

Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.³⁷

Es preciso indicar que estas normas de responsabilidad se aplican a todas las entidades de la Administración Pública, a excepción de aquellas expresamente excluidas, esto es: "la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas del Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley"³⁸, en cuyo caso serán de aplicación las "normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda"³⁹.

Con todo, resulta interesante el camino que siguió la responsabilidad patrimonial en Chile. Desde la aplicación pretoriana de reglas de responsabilidad por parte de la Corte Suprema de Chile hasta la adopción de una visión más legalista del tema, es posible afirmar que siempre y cuando la ley reconozca en un determinado caso la posibilidad de atribuir responsabilidad objetiva, será posible aplicar estas reglas⁴⁰.

Ahora bien, en vista de esta regulación legal, y siguiendo el orden expositivo del profesor Cordero Vega⁴¹, la doctrina chilena se encuentra dividida entre aquellos que sostienen que el sistema de responsabilidad instituido por la Constitución chilena es uno de corte objetivo, es decir, que es un sistema a todo dar en el que la Administración debe responder por toda lesión que cause; y aquellos que, en vista de la categoría de "falta de servicio" estatuida en la LOBGAE, sostienen que el régimen de responsabilidad chileno es

uno subjetivo⁴². La primera de estas propuestas fue planteada por el profesor Eduardo Soto Kloss⁴³, para quien la responsabilidad del Estado se enfoca en la reparación de la lesión a la víctima y no en analizar la licitud de la acción dañosa, basándose para ello en el artículo 38 de la Constitución chilena y en el artículo 4 de la LOBGAE. Por otro lado, la segunda tesis, liderada por el autor Pierry, toma como referencia el dato de la LOBGAE de la falta de servicio⁴⁴.

Sobre el particular, una comparación entre los casos anteriores, incluyendo el peruano, permite dar cuenta de la importancia de consolidar en una cláusula constitucional ciertos aspectos básicos de la responsabilidad patrimonial, de manera que se obstaculice la posibilidad del legislador de turno de modificar el régimen. Ello, de nuevo, no ocurre en el Perú.

III. El fundamento constitucional implícito de la responsabilidad patrimonial de la Administración

La doctrina nacional y comparada ha llegado a distinguir otros principios que fundamentan la responsabilidad patrimonial de la Administración, como son: (i) la garantía patrimonial, (ii) la igualdad ante las cargas públicas, (iii) la tesis de la indemnización y (iv) la tesis del fundamento extrasistémico.

1. Garantía patrimonial de los administrados

Como hemos indicado en un trabajo anterior, la tesis de la garantía patrimonial de los administrados como fundamento de la responsabilidad de la Administración fue postulada por García de Enterría en sus estudios sobre la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954. El autor argumenta que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en una ley sobre expropiación forzosa sería unificadora de ambas instituciones.

El principio de la garantía patrimonial implica que los administrados pueden sufrir daños debido a la prestación de servicios públicos o la actividad administrativa y, por lo tanto, la Administración se convierte en garante del patrimonio de los administrados. En el ordenamiento jurídico peruano, la responsabilidad patrimonial se podría basar en los artículos 2.16, 60, 70-71 y 88 de la Constitución,

³⁶ Ley N° 18575, de 1986.

³⁷ Ley N° 18575, de 1986.

³⁸ CORDERO 2023, 987-988.

³⁹ CORDERO 2023, 988.

⁴⁰ CORDERO, 2023, p. 982.

⁴¹ CORDERO VEGA, 2019, 41 y ss.

⁴² CORDERO VEGA 2019, 41.

⁴³ CORDERO VEGA 2019, 42; Soto 2024 [2004], 307.

⁴⁴ CORDERO VEGA 2019, 44.

que reconocen el derecho constitucional de propiedad.

El profesor español García de Enterría es uno de los más autorizados referentes de habla hispana en cuanto a responsabilidad patrimonial de la Administración se refiere. Su estudio de esta institución se encuentra ligado al de la expropiación y coloca como fundamento de la responsabilidad a la llamada "garantía patrimonial", debido a que su estudio se efectúa a la luz de la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954.

El autor inicia el análisis de la expropiación forzosa como institución partiendo por desterrar toda concepción política del binomio propiedad-expropiación⁴⁵. Por ello, acepta que el derecho de propiedad existe solo desde que el ordenamiento jurídico crea una relación de propiedad y no antes, contrario al postulado liberal o de la escuela del Derecho Natural. De forma que la expropiación no es una intervención estatal en un contenido preexistente, sino que forma parte de las limitaciones consustanciales al derecho de propiedad.

En comentario a los orígenes de la Ley de Expropiación Forzosa española de 1954, el profesor español llama la atención respecto de que este texto normativo permitió desarrollar "la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados a los patrimonios particulares". Por ello, el estudio de esta institución parte por analizar también la institución de la expropiación y su tratamiento constitucional, y la garantía patrimonial de los individuos como bisagra de ambas instituciones.

Es precisamente porque García de Enterría parte del análisis de la potestad expropiatoria, que vincula la responsabilidad civil de la Administración a la garantía patrimonial de los administrados, y, además, por el reconocimiento expreso que de ella hizo la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, al otorgar expresamente mecanismos de protección de la propiedad y extender su tutela, no solo a "medidas de despojo directo", sino también a "cualquier daño que se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"⁴⁶.

Consecuencia de lo anterior es el estudio de la llamada "vía de hecho", entendida como todo ataque a la propiedad, derechos e intereses legítimos que provenga de la Administración, y que, implicando

en su contenido una verdadera expropiación [...], no se acomode, sin embargo, a los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la ley señala, sino solamente "de hecho"⁴⁷.

Según García de Enterría, este concepto se mueve "sobre el plano de la garantía, pues no solo la propiedad inmueble, sino toda la propiedad y todos los derechos patrimoniales, y aun los intereses legítimos, quedan protegidos a través de este concepto"⁴⁸. Pero es preciso tener en cuenta que no toda intervención en el patrimonio de un administrado constituye una vía de hecho (que es, de por sí, ilícita), puesto que ciertas intervenciones como la ejecución forzosa son capaces de generar la "presunción de legitimidad".

En cualquier caso, de acuerdo con el profesor español, frente a las vías de hecho, el administrado se encuentra facultado no solo a interponer los medios de protección reconocidos por el derecho administrativo (excelentemente el contencioso administrativo), sino también los interdictos del Derecho civil.

Actualmente, el régimen de responsabilidad patrimonial español elevado a nivel constitucional "permite hablar de la existencia en España de un auténtico sistema de garantía patrimonial de los administrados, en la inteligencia de que por disposición de la misma Constitución la aplicación del sistema reconocido es igual para todas las administraciones públicas en aquel país"⁴⁹. Este sistema de garantía patrimonial de los administrados articula distintos mecanismos de tutela de los derechos individuales, ya sea frente a expropiaciones, vías de hecho o por los daños provocados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. Principio de igualdad ante las cargas públicas

Tal como sostiene el profesor Cassagne:

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la

⁴⁵ GARCÍA 1998, 1024 y ss.

⁴⁶ GARCÍA 1998, 1035.

⁴⁷ GARCÍA 1998, 1074.

⁴⁸ GARCÍA 1998, 1075.

⁴⁹ GRAJEDA 2016, 175-190.

igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño, sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa⁵⁰.

Se trata, pues, del principio de igualdad ante las cargas públicas, que es posible encontrar en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁵¹. Para el profesor Cassagne, este principio sería el fundamento último de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que permitiría gatillar el deber de indemnizar, ya sea ante casos de actividad lícita o ilícita.

El profesor Guillermo Cambero explica el principio en los siguientes términos:

Así, se afirma que el Estado actúa con base al interés general. Es por el interés general que las autoridades establecen disposiciones administrativas legales (decretos, reglamentos, leyes, tratados). En ocasiones, en la búsqueda del interés general se genera una carga en detrimento de una o más personas, es decir, generando un daño grave y especial que no ha sufrido el resto de la colectividad. Esta carga crea una ruptura en la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular, víctima de la carga indebida. El razonamiento del juez es simple: es inevitable sacrificar el interés de una o más personas por el interés general, sin compensación. El juez restablecerá el equilibrio al asumir la responsabilidad sin culpa del órgano de la Administración pública que creó la carga anormal en detrimento de un ciudadano. Este principio ha sido confirmado por los tribunales superiores⁵².

A partir de la lectura se puede concluir que, en ocasiones, la búsqueda del interés general puede generar una carga en detrimento de uno o varios individuos. Aunque es inevitable que se sacrifique el interés particular por el bien común, cuando esta carga es desproporcionada y causa un daño grave y especial a un ciudadano en particular, el juez puede intervenir para restablecer el equilibrio y asumir la

responsabilidad del órgano de la Administración pública que creó la carga indebida.

Por su parte, el autor chileno Harris Moya relata cómo el principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamento de la responsabilidad del Estado nace en Francia gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, la igualdad ante las cargas públicas aparece en el Derecho francés de la interpretación seguida de las Sentencias del Consejo de Estado Couitéas de 1923 y La Fleurette de 1938 (Gohin, 1998, p. 597), que originarían esta responsabilidad, bajo ciertas precisiones formuladas por la doctrina francesa, que suele distinguir el régimen aplicable en este ámbito en función de la actividad que produce el daño –por ejemplo, diferenciando el régimen de inaplicación de actos lícitos, asociada al primer caso, y de aplicación de ellos, vinculada al segundo (Deguergue, 1994, p. 141)–, en una aproximación liberal de la jurisprudencia, que contrasta con su carácter conservador, frente a otros regímenes, como el de daños causados por leyes inconstitucionales –reconocido únicamente de manera reciente (Consejo de Estado francés, Sentencia Sociedad Paris Clichy con Estado, N° 425981 de 2019)⁵³.

En general, el principio de igualdad ante las cargas públicas se ha utilizado para justificar supuestos de responsabilidad por actividad lícita.

Así, pues Jean Rivero considera que, desde un punto de vista teórico, la responsabilidad es una consecuencia necesaria del principio de igualdad ante las cargas públicas. Según este principio, la acción administrativa se ejerce en interés de todos, por lo que, si los daños causados a algunos no fueran reparados, estos serían sacrificados por la colectividad. En este sentido, la indemnización tiene como finalidad restablecer el equilibrio roto en detrimento de los afectados. Sin embargo, Rivero también señala que no toda afectación de la igualdad ante las cargas públicas debe ser reparada⁵⁴.

Por su parte, De Laubadère considera que la responsabilidad de la administración se fundamenta en la idea de que los servicios públicos funcionan en interés general de la co-

⁵⁰ CASSAGNE 2017.

⁵¹ Constitución Política del Perú, artículo 2 inciso 2.

⁵² CAMBERO 2019, 347-368.

⁵³ HARRIS 2021, 198. Las citas bibliográficas en paréntesis forman parte de la cita al autor Harris.

⁵⁴ SAAVEDRA 2010, 489-512.

lectividad. Como la colectividad se beneficia de estos servicios, si su funcionamiento causa un perjuicio especial a un individuo, es justo que la colectividad soporte la carga de esa reparación. En este sentido, la responsabilidad de la administración tiene como objetivo restablecer el equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales.

En resumen, la responsabilidad de la administración pública es necesaria para restablecer el equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales. Esta responsabilidad se justifica por el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que, si los daños causados por la acción administrativa no fueran reparados, algunos individuos serían sacrificados por la colectividad.

3. La tesis de la indemnización

Sobre la tesis de la indemnización, se destaca la propuesta del profesor Cassagne⁵⁵ que recurre a esta tesis con el objetivo de explicar la dualidad del régimen de responsabilidad patrimonial, especialmente en el caso argentino, en que la Ley 26.994, de 2 julio de 2014, distingue entre responsabilidad por actividad lícita e ilícita, cuyos presupuestos divergen en ciertos aspectos.

Así, pues, el profesor argentino explica que el fundamento último de la distinción legal y que unifica ambos regímenes en una sola institución reside en el propósito de garantizar que toda víctima de la actividad administrativa que provoque daños sea indemnizada.

4. La tesis del fundamento extrasistémico

Por otro lado, el profesor Cassagne⁵⁶ también rescata la idea unificadora de la teoría de la garantía patrimonial de García de Enterría. Sin embargo, a diferencia de García de Enterría, Cassagne propone que el fundamento de esta teoría no debe encontrarse dentro del sistema de responsabilidad, sino más bien fuera de él, específicamente en la finalidad del Estado, la cual es

[...] la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño. No se trata solo de hallar un fundamento estrictamente positivo sino de establecer cuál es el principio general de derecho público en que se funda la res-

ponsabilidad estatal, se halle él incorporado o no al ordenamiento. Ese principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado.

En otras palabras, el objetivo principal del Estado⁵⁷ debe ser garantizar la protección del patrimonio de los ciudadanos. En este sentido, la teoría de la garantía patrimonial no se basa en la responsabilidad del Estado, sino en la protección y garantía del patrimonio de los ciudadanos, lo que constituye su obligación fundamental. En resumen, la idea de Cassagne se enfoca en que el Estado debe ser responsable de proteger el patrimonio de sus ciudadanos y esta protección debe constituir un principio del Estado.

5. El fundamento constitucional de la responsabilidad de la Administración en el Perú

En el Perú, si bien no existe una referencia expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado o de la Administración, en el sentido de que surja el deber de indemnizar, es posible sostener que la Norma Fundamental, al imponer determinadas obligaciones al Estado, también prevé la posibilidad de demandar la responsabilidad.

Por ello, concordamos con Vicente Villalobos⁵⁸ cuando afirma que la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados se deriva directamente de los principios que sustentan el Estado constitucional de derecho vigente, que incluyen el control del poder público, la protección de los derechos fundamentales y la reparación del daño causado en caso de lesión a los mismos⁵⁹. Entonces, en el sistema constitucional peruano, la responsabilidad de la Administración es consustancial a los principios del Estado de Derecho, y obedece a los principios de reparación integral y al deber fundamental del Estado de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que se desprende de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política del Perú.

Cabe precisar que este es un ejercicio interpretativo corrector, dado que ninguna disposición dispone expresamente que la Administración Pública está obligada a indemnizar los daños ocasionados por la prestación del

⁵⁵ CASSAGNE 2002, 275.

⁵⁶ CASSAGNE 2002, 276.

⁵⁷ CASSAGNE 2002, 276.

⁵⁸ VILLALOBOS 2022, 138.

⁵⁹ VILLALOBOS 2022, 138.

servicio público o por su funcionamiento. Por ello, es necesario acudir a otras herramientas interpretativas que permitan *estatuir* el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento jurídico peruano⁶⁰.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, es preciso traer a colación que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (a diferencia de otros casos como el de Colombia o de Argentina, al menos en nuestra región) se inspira principalmente en el sistema español, el cual data de 1954 con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa⁶¹. Esta ley no solo reguló la institución de la expropiación forzosa, sino que también dispuso regulación relativa a las vías de hecho y a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El mayor estudioso de este texto normativo en España, García de Enterría, postuló que la justificación para que una ley sobre expropiación forzosa regulara también el asunto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la garantía patrimonial de los administrados, que tutela los derechos de los individuos frente a daños provocados por la Administración que fueran cuantificables. Esta garantía patrimonial, está, pues, estrechamente vinculada al derecho de propiedad y es tomando en cuenta este planteamiento que se propone la siguiente interpretación.

Si bien los artículos 44 y 45 de la Constitución Política del Perú estatuyen los deberes primordiales del Estado, el derecho constitucional de propiedad se encuentra en el artículo 2 inciso 16, y en el artículo 70 de la Norma Fundamental⁶². Específicamente, este artículo

reconoce el derecho a una “indemnización justipreciada” por la afectación del derecho constitucional de propiedad, cuando el individuo es privado de él “por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley”.

En este punto, es necesario advertir que existe una distinción doctrinaria y jurisprudencial entre la configuración constitucional y legal del derecho de propiedad, en el sentido de que el contenido de la primera comprende un espectro más amplio que la segunda. Esto se ve confirmado por ciertas interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso “*Cinco Pensionistas versus Perú*”, en su sentencia del 28 de febrero de 2003, la Corte sostuvo que, si bien la Carta Interamericana de Derechos Humanos no protege expresamente el derecho a la pensión (cuya regulación pertenece al ámbito exclusivo de competencia de los Estados), sí tutela el derecho de propiedad y, por extensión, a “los efectos patrimoniales del derecho a la pensión”.

Otras lecturas en sede nacional confirman que el Tribunal Constitucional acoge una lectura similar, en tanto que el derecho constitucional de propiedad tutela desde la propiedad sobre bienes muebles o inmuebles y los derechos menores reconocidos en la legislación civil, hasta los derechos de crédito o cualquier forma de aprovechamiento o rentabilidad económicas⁶³.

Ahora bien, el artículo 70 ha sido desarrollado legalmente por distintos textos normativos. Actualmente, la ley de la materia es el Decreto Legislativo N° 1192, que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, según su Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA⁶⁴.

La rúbrica de esta ley parece dirigirse a un reducido ámbito respecto de las formas de restricción del derecho de propiedad constitucional, en el sentido de que se enfoca en la expropiación como única forma de intervención en el *derecho legal* de propiedad sobre *bienes inmuebles* por causas de interés nacional, dejando de lado otros derechos incluidos en el derecho constitucional de propiedad y

⁶⁰ Es preciso acotar que ello constituye una corrección de la voluntad del legislador constituyente, dado que nada en nuestro texto constitucional permite inferir que el legislador constitucional pretendía hacer responsable al Estado y a la Administración Pública por los daños ocasionados en por su funcionamiento.

⁶¹ Si bien existió regulación previa, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 fue la primera que reguló la responsabilidad patrimonial de la Administración a nivel estatal. Las anteriores normas solo tenían un alcance local.

⁶² Artículo 70. Inviolabilidad del derecho de propiedad. “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad, sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

⁶³ GONZÁLES 2013, 203-204.

⁶⁴ Sin perjuicio de diversas normas contenidas en otros cuerpos normativos que regulan la disposición de otros derechos reales por parte del Estado.

otras formas de afectación. Pero, ciertamente, la regulación legal no agota el contenido constitucional o convencional del derecho de propiedad.

La pregunta que podría plantearse es, si el derecho constitucional de propiedad tiene un mayor alcance que su expresión en el derecho civil, ¿sería posible inferir que el artículo 70 comprende otros supuestos en que el Estado debe indemnizar la invasión en algún contenido del derecho de propiedad mediante un instrumento distinto a la expropiación? De acuerdo con una lectura literal del dispositivo, la respuesta sería negativa. Pero el objetivo del presente trabajo se frustraría si la Constitución solo admitiera una interpretación literal de su contenido. Así, pues, se propone que, en la medida en que el derecho constitucional de propiedad tutela un amplio contenido, la obligación de indemnizar pueda ser extendida a cualquier forma de daño o intervención lesiva que genere "efectos patrimoniales" para el administrado, derecho que vendría a ser desarrollado por la LPAG.

Conclusiones

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración puede ser enfocado desde diversas aristas y depende del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario que haya dado origen a cada sistema. Sin embargo, es posible abstraer principios generales de la responsabilidad que permitan un análisis constitucional de cada régimen legal.

Esta labor es de suma importancia; importancia que radica en que cuando el régimen legal sea insuficiente, las disposiciones constitucionales servirán para suplir sus vacíos. De otro lado, también se requiere de un parámetro para evaluar la constitucionalidad de alguna solución adoptada mediante la aplicación del régimen legal de responsabilidad. Así, pues, partir de una base constitucional sólida que permita articular soluciones legales legítimas puede conseguirse a través de una simple labor de localización del texto normativo pertinente o de un esfuerzo interpretativo y, en ocasiones, corrector.

En el caso peruano, la Constitución vigente no contiene un dispositivo que expresamente imponga la obligación de indemnización por los daños ocasionados por la Administración Pública por la vulneración de derechos subjetivos, por el incumplimiento de deberes primordiales del Estado. Sin embargo, tomando en cuenta el principio de

igualdad y el de garantía patrimonial de los administrados, es posible construir un marco interpretativo mediante el cual se extienda el supuesto de indemnización por expropiación, a todos los casos en que se vulneren derechos o se incumpla obligaciones por parte de la Administración Pública. Ello, a partir de los artículos 44, 45 y 70 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Esto no hace más que confirmar que, aunque no se cuente con un reconocimiento constitucional expreso, ciertas justificaciones superiores o, a veces, externas al sistema jurídico de que se trate, demandan que el Estado, además de garantizar los derechos y libertades fundamentales, también se vea obligado a reparar cuando falle en su rol de garante y promotor del bienestar, o incluso, cuando para cumplir dicho rol, deba sacrificar el de unos pocos. De ahí que la doctrina haya propuesto diversos fundamentos y haya asignado distintas funciones a los diversos regímenes de responsabilidad (este último asunto dista del objeto del presente trabajo, aunque es igualmente relevante al momento de construir, interpretar y aplicar cualquier régimen de responsabilidad). La garantía patrimonial de los administrados, el quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas, las tesis de la indemnización o del fundamento extrasistémico, son expresiones de la preocupación por partir de un principio sólido y superior al régimen legal que permita, ya sea unificar los distintos supuestos de responsabilidad, o justificar finalmente cualquier decisión adoptada en un caso concreto. Como se ha visto, estos principios inspiran a todo sistema de responsabilidad de la Administración, al menos aquellos inspirados en las tradiciones continentales.

De esta manera, se evidencia que la gran importancia de contar con un fundamento constitucional sólido de la responsabilidad de la Administración se traduce en los esfuerzos de los intérpretes por abstraer principios que fundamenten esta institución, incluso cuando no se cuente con una referencia normativa expresa. Sin embargo, es preferible que el constituyente exprese su deseo de vincular al Estado a indemnizar las lesiones que infrinja en su actuar.

Bibliografía citada

- ALPA, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. El Jurista Editores.
- ARAUJO-JUÁREZ, J. (2014). El derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y consolidación. En J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ et al. [Coords.], *La Res-*

- ponsabilidad patrimonial de la Administración patrimonial (25-50). *Espress*.
- CAMBERO QUEZADA, G. (2019). Control de la Administración pública federal mexicana: la ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (21), 347-368. DOI: 10.18601/21452946.n21.14.
- CASSAGNE, J. (2002). *Derecho Administrativo. Vol. II*. Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Palestina Editores.
- CASSAGNE, J. (2021). Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública* (214), 11-42. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>.
- CASTILLO FREYE, M. y OSTERLING PARODI, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI. Tomo X*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2023). *Curso de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- CORDERO VEGA, L. (2019). *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. DER Ediciones.
- CUBA MENESES, E. (2021). ¿Por qué no funciona el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual en el Perú? En J. DANÓS ORDÓÑEZ y J. MORÓN URBINA [Coords.], *Estudios sobre derecho Administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Volumen I*. Asociación Civil Derecho y Sociedad.
- CUBA MENESES, E. (2023). Notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Revista de Derecho Administrativo* (145), 28-41.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. (2020). La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi 20 años de jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Administración Pública* (211), 373-405. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.15>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998). Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista de Administración Pública* (98), 45-102.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2013). Artículo 70 I De la Propiedad. En W. GUTIÉRREZ [Dir.], *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II* (195-254). Gaceta Jurídica.
- GRAJEDA ESTRADA, O. (2015). Responsabilidad patrimonial del Estado: un nuevo paradigma. *Internaciones* (4), 83-98.
- GUTIÉRREZ GONZÁLES, H. (2021) Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado. *Revista Nueva Época* (56), 103-123.
- HARRIS MOYA, P. (2021). Por un reconocimiento constitucional de la responsabilidad por actos lícitos en el derecho chileno. *Revista CES Derecho* 12 (2), 190-209.
- LAMOGLIA, C. (2015). La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *Iustitia* (13), 59-94. DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i13.1537>.
- LEÓN VÁSQUEZ, J. (2013). Artículo 44 I Deberes fundamentales. En W. GUTIÉRREZ [Dir.], *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo III*. Gaceta Jurídica.
- MARTIN REBOLLO, L. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública* (150), 317-372.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2009). Principios de la responsabilidad contractual de la Administración Pública (Artículos 139-141 LRJPAC). En T. QUINTANA LÓPEZ y A. CASARES MARCOS [Eds.], *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (37-90). Tirant lo Blanch.
- SAAVEDRA BECERRA, R. (2010). Perspectivas de la responsabilidad del Estado colombiano. Las formas actuales y las cuentas pendientes. En AA.VV. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI – Derecho Público. Tomo VI* (489-512). Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- SÁNCHEZ POVIS, L. (2022). Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. En S. MUÑOZ MACHADO y R. RIVERO ORTEGA [Dirs.], *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo – AIDA* (237-274). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- SOTO KLOSS, E. (2004). Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica. *Revista Chilena De Derecho* 31 (2), 301-308.
- VILLALOBOS VILLALOBOS, V. (2022). Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. *Revista de Derecho* 23 (1), 133-162.

Normativa citada

- Constitución Política del Perú. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política de la República de Chile [CPR]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Constitución de la República de Corea. 12 de julio de 1948 (Corea).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917 (México).
- Ley Federal N° 26.944 de 2014. Rige la responsabilidad estatal. 7 de agosto de 2014. (Argentina).
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. 32.640.

Jurisprudencia citada

- “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Serie C N° 98. Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas. (28 de febrero de 2003).

La consulta indígena ante la jurisprudencia: cinco años (2020-2024)¹

Tomás Blake²
José Miguel Valdivia³

A 10 años de la dictación del DS 66, que regula el procedimiento de consulta indígena (el "Reglamento de Consulta" o el "Reglamento")⁴, el Ministerio de Desarrollo Social dispuso recientemente el inicio de un proceso de modificación de tal reglamento⁵. Con ocasión de este anuncio, y a casi dos décadas de la entrada en vigencia del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales (el "Convenio 169")⁶, que introdujo el mecanismo de consulta en nuestro ordenamiento, estimamos oportuno reflexionar sobre los efectos de su aplicación práctica. En este comentario analizamos críticamente el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la consulta indígena, cuyos contornos han sido definidos principalmente en sede de recurso protección.

I. El régimen de procedencia de la consulta indígena

Uno de los aspectos que mayor debate suscitó durante la tramitación y primeros años de aplicación del Convenio 169 fue el deber de consultar a los pueblos interesados previo a la adopción de medidas "susceptibles de afectarles directamente" (art. 6.1.a)⁷. Aunque este estándar fue validado por el Tribunal Constitu-

cional como una norma de carácter "auto-ejecutable"⁸, es evidente que, por sí misma, la regla no provee mecanismos para dar operatividad al deber de consulta.

Esta es la función principal del Reglamento de Consulta, cuya modificación ha comenzado a discutirse. Sin embargo, su contenido no se limitó a aspectos procedimentales, pues también contiene reglas de concreción sustantiva, como ocurre precisamente con el estándar de procedencia de la consulta. Al respecto, el Reglamento de Consulta dispone que:

"Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales" (art. 7).

Aunque se han formulado críticas a la compatibilidad de la regulación reglamentaria con el estándar establecido en el Convenio 169⁹, el Reglamento de Consulta no ha recibido reproches formales y en la actualidad surte plenos efectos. También se ha sostenido que el estándar de susceptibilidad de afectación directa no sería el único contemplado en el Convenio, pues en materia de explotación de recursos naturales ubicados en tierras indígenas (art. 15 N° 2) la consulta procedería conforme a criterios más laxos¹⁰. Aunque es

¹ El impulso de este comentario surge de un seminario de discusión organizado por el profesor Cristóbal Carmona en la Universidad Diego Portales, con quien uno de los autores sostuvo un estimulante intercambio de ideas. Nuestros agradecimientos para él.

² Master en derecho público por la University College London; Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez; Profesor de derecho administrativo, Universidad Diego Portales.

³ Doctor en Derecho, Universidad París II, Panthéon-Aspas; Abogado, Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo. Universidad de Chile.

⁴ Decreto Supremo N° 66, de 4 de marzo de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

⁵ Resolución Exenta N° 349, de 10 de octubre de 2024, del Ministerio de Desarrollo Social.

⁶ Decreto Supremo N° 236, de 14 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁷ Véase, entre otros, Santiago MONTT y Manuel MATTA (2011), "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos* (121); y José Miguel Valdivia (2011), "Alcances jurídicos del Convenio 169", *Estudios Públicos* (121).

Artículo recibido el 11 de diciembre de 2024 y aceptado el 12 de diciembre de 2024.

⁸ Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, Rol 309.

⁹ Luis Fernando Astudillo, ¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas?, *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 2017, pp. 129-152.

¹⁰ Cristóbal CARMONA (2020), Minería en territorio indígena: Analizando la ausencia de consulta en el otorgamiento de concesiones mineras en Chile, *Revista de Derecho de la PUCV*, vol. 55(2), p. 169.

discutible que esa norma se aparte del estándar de susceptibilidad de afectación directa, pues puede entenderse como una hipótesis de afectación directa calificada por el propio Convenio, su ámbito de aplicación es, en todo caso, restringido. Según se verá, la consideración de tal regla tampoco varía el análisis que se ofrece en este comentario.

Finalmente, una regla que ha comenzado a generar problemas en la práctica dice relación con el órgano a cargo de conducir el proceso de consulta. Conforme al Reglamento, esta responsabilidad corresponde al "órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta" (art. 12). A este respecto, es legítimo preguntarse, desde la perspectiva de una mejor regulación, si es conveniente que esta función pueda recaer en cualquier órgano, o si no resulta más adecuado concentrar su conducción en un órgano especializado. Uno de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la materia, sin embargo, ha planteado una pregunta hasta el momento inédita: ¿puede recaer el deber de consulta sobre una empresa privada?

A continuación, se analiza una selección de casos que nos parece demostrativa de una tendencia preocupante de la Corte Suprema, consistente en imponer el deber de consulta indígena ante la más mínima duda, con prescindencia de la regulación sobre la materia.

II. Jurisprudencia (2020-2024)

En el caso *Comunidad Indígena Ñielay Mapu con Ministerio Bienes Nacionales*¹¹ se recurrió contra un decreto que dispuso la rectificación de unos deslindes del Parque Nacional Puyehue, que por error incluyó ciertos retazos de terrenos privados¹². La Corte de Valdivia rechazó el recurso pues el recurrente no explicó "en forma concreta cómo la modificación de los deslindes podría afectar" las garantías invocadas, ni acompañó antecedente alguno que demuestre tales afectaciones (c. 7º). La Corte Suprema revocó el fallo sobre la base de que "cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella" (c. 4º)¹³.

¹¹ Corte Suprema, 9 de septiembre de 2020, rol 20.389-2019.

¹² Decreto Supremo N° 145, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 21 de diciembre de 2017.

¹³ Un criterio igualmente laxo en cuanto a la susceptibilidad de impacto se aprecia en el caso *Fernández con Seremi de Energía*, donde se confirmó el deber de consulta respecto de una invitación de la División de Participación

En el caso *Caniumán con Conaf*¹⁴ se recurrió contra una resolución de la Corporación Nacional Forestal de octubre de 2019 que adjudicó el reinicio de unas obras de mejoramiento del Parque Nacional Villarrica¹⁵, paralizadas desde 2015 tras el término anticipado del contrato original. La Corte de Temuco rechazó el recurso, en primer término, por ejercerse fuera de plazo al constatar que los recurrentes tuvieron conocimiento del proceso licitatorio mucho antes de la resolución que readjudicó las obras de mejoramiento. Sobre el fondo, la Corte descartó susceptibilidad de afectación sobre la base de lo informado por los organismos competentes que descartaron "antecedentes de que Comunidades Indígenas se localicen al Interior del Parque Nacional Villarrica", "la existencia de tierras indígenas" o el ejercicio de "tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales" (c. 7º).

Al igual que en el caso del Parque Nacional Puyehue, la Corte Suprema ordenó la consulta sosteniendo que "todo proceso que derive en decisiones que puedan afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella". Agregó que "las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente" (c. 9º).

En el caso *Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue con Consejo de Monumentos Nacionales*¹⁶ se recurrió contra una decisión del Consejo que desestimó la necesidad de consulta para efectos de llevar cabo una caracterización superficial de ciertos hallazgos, con ocasión de las obras de la polémica Central Hidroeléctrica Los Lagos. Tras acreditarse que la "caracterización es una actividad preliminar, descriptiva y mínimamente invasiva", cuyo propósito es determinar la necesidad de medidas más intensas, la Corte de Valdivia rechazó la necesidad de consulta (c. 3º). La Corte Suprema revocó el fallo declarando que "ante la posibilidad de afectación directa –por acción u omisión– de intereses culturales o espirituales de pueblos originarios", procede la realización de la consulta (c. 12).

del Ministerio de Energía a un proceso participativo para la elaboración de una guía no vinculante para desarrollo de proyectos. Corte Suprema, 1 de junio de 2021, rol 125.619-2020.

¹⁴ Corte Suprema, 29 de marzo de 2021, rol 138.439-2020.

¹⁵ Resolución N° 510, de 2 de octubre de 2019.

¹⁶ Corte Suprema, 19 de noviembre de 2021, rol 17.289-2021.

En el caso *Comunidad Indígena Atacameña de Camar con Subsecretaría de Minería*¹⁷ se recurrió contra un decreto que “estableció los requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las bases de licitación pública, nacional e internacional, que se aprobarán para tales efectos”¹⁸. El decreto no especificó áreas geográficas, aspecto que recién se definiría cuando los interesados formularan sus proyectos, momento en el cual correspondería determinar los permisos y requisitos aplicables. Así lo entendió la Corte de Antofagasta al declarar que el decreto impugnado “es un acto administrativo que tiene por objeto fijar los requisitos y condiciones que futuros interesados deben cumplir”, al momento de formular “cada proyecto minero en particular” (c. 9°).

La Corte Suprema estimó que “el mecanismo propuesto por la autoridad administrativa en el Decreto impugnado eludió un deber en lo relativo a la completa determinación del objeto de licitación, pues omitió la individualización del lugar geográfico en que se desarrollará la actividad minera”. En estas circunstancias, sostuvo que “no resulta procedente determinar a ciencia cierta, cuáles son las comunidades, personas y eventuales otros titulares de derechos que pudiesen resultar afectados” (c. 9°). Así, en lugar de descartar la procedencia de consulta por no verificarse aun ninguna afectación directa, la Corte cuestionó el acto para que concrete las afectaciones y de esa forma deba someterse al trámite de consulta. Un caso análogo se resolvió el mismo día con idéntico criterio (*Sandon con Piñera*)¹⁹.

El caso *Barría con Brodsky*²⁰ plantea una situación paradójica. Con ocasión de obras de ampliación del denominado *Mall de Castro*, el Consejo de Monumentos Nacionales declaró zona típica el casco histórico de la ciudad de Castro, sometiendo el área a un régimen más estricto de protección. Contra esta decisión se presentaron diversos recursos protección: de empresas afectadas, la municipalidad, vecinos y una comunidad indígena. Entre otras alegaciones, se reclamó que el acto recurrido incurría en desviación de poder pues “únicamente tuvo por finalidad ‘frenar’ un proyecto

inmobiliario”²¹. Por su parte, la comunidad indígena alegó la ausencia de consulta previo a la adopción de la medida. La Corte de Puerto Montt rechazó los recursos descartando ilegalidades en el proceso declaratorio de zona típica (c. 6°) y desestimando un “supuesto impacto significativo en la cultura de los pueblos originarios” que pudiera derivarse a partir del acto impugnado (c. 11).

La Corte Suprema reiteró su jurisprudencia sobre la procedencia de la consulta ante la “posibilidad de afectación directa de los pueblos indígenas” (c. 4°), entendiendo que al existir “organizaciones indígenas legalmente constituidas en torno al área determinada como ZT”, procedía la realización de la consulta indígena (c. 5°)

En el caso *José Pangulef Aclfuléf con Gobierno Regional de Los Ríos*²² se recurrió contra un convenio entre el Gobierno Regional de Los Ríos y la Corfo para desarrollar un modelo de desarrollo turístico en torno al cordón andino de la Región de Los Ríos. La Corte de Valdivia desestimó la necesidad de consulta indígena pues “nos encontramos solo frente a un diseño de un prototipo de productos de turismo de montaña, elaboración de un plan de buenas prácticas, [y] desarrollo de un plan de capacitaciones” (c. 6°). La Corte Suprema declaró que en presencia “de comunidades indígenas aledañas” procedía realizar la consulta (c. 10).

El caso *Comunidad Indígena Cacique Nahuelcheo Nahuelpan con WOM S.A.*²³ marca el último hito de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Diversas comunidades indígenas recurrieron de protección contra la instalación de una antena soporte en un predio colindante al de los recurrentes. La Corte de Temuco rechazó el recurso constatando, en primer lugar, que la consulta indígena es una exigencia respecto de las decisiones de los órganos del Estado y no de particulares: “en el presente caso no existe decisión del Estado pendiente que permita disponer la necesaria realización del trámite en cuestión” (c. 8°). Asimismo, la Corte dio cuenta de que conforme a lo informado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y la Municipalidad de Padre Las Casas “la empresa recurrida efectivamente ha realizado todos los trámites legales a que

¹⁷ Corte Suprema, 1 de junio de 2022, rol 99-2022.

¹⁸ Decreto Supremo N° 23, del Ministerio de Minería, de 13 de octubre de 2021.

¹⁹ Corte Suprema, 1 de junio de 2022, rol N° 8.507-2022

²⁰ Corte Suprema, 1 de agosto de 2023, rol 162.630-2022.

²¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de diciembre de 2022, rol 3.846-2022.

²² Corte Suprema, 19 de agosto de 2024, rol 248.394-2023.

²³ Corte Suprema, 27 de agosto de 2024, rol 248.067-2023.

está obligado, sin que se le pueda reprochar ilegalidad alguna en su actuar" (c. 9°).

La Corte Suprema descartó que el procedimiento reglado para la autorización de una estación base impidiera la realización de una consulta indígena, pues las comunidades indígenas "se encuentran reglamentadas por una legislación especial, que el Estado, igualmente, se encuentra obligado a cumplir, en consecuencia, la no aplicación de dicha normativa, por el órgano administrativo, al momento de verificar que el particular ejecutara su proyecto, redonda en que el actuar de ninguno de ellos se ajuste a derecho" (c. 11). Luego, fundándose en "el juicio de igualdad Aristotélico", la Corte concluyó que "tratándose de un proyecto en que existe susceptibilidad de afectación de las comunidades indígenas" debió realizarse la consulta pues "tal carencia torna en ilegal las decisiones" incumpliendo un deber "que debía acatar la autoridad y, consecuentemente, el particular por imperativo legal". Así, la Corte revocó la sentencia y dispuso: "que la recurrida asesorada por las autoridades competentes deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena" (c. 14).

III. Comentarios

Según puede apreciarse, la tendencia jurisprudencial es claramente expansiva. Su método es persistente: pretende beber directamente de instrumentos (o meras orientaciones) del derecho internacional, aun con prescindencia del marco normativo interno. La letra del reglamento, de hecho, parece puramente referencial para la Corte Suprema, cuya interpretación se traduce en imponer la consulta como regla general, aun en casos dudosos.

El caso WOM, en que se impone el deber de consulta sobre una empresa privada, es una muestra especialmente elocuente de esta corriente. Es bastante obvio que empresas privadas no pueden adoptar medidas administrativas o legislativas, como las que el Convenio 169 somete al requisito de la consulta. Posiblemente han pesado aquí las prácticas del ámbito medio ambiental, donde el promotor del proyecto tiene un protagonismo central en la marcha del procedimiento. Con todo, antes de ceder al embrujo de la participación indígena, debe atenderse a quién es el sujeto obligado a desarrollarla: la ejecución de la consulta por un organismo público brinda, a priori, garantías de objetividad e imparcialidad (y más en general, de legalidad y control), que no se obtienen de modo equiparable mediante la gestión

privada. Más ampliamente, en clave funcional, la consulta sirve para ilustrar la decisión de los agentes estatales de cara al establecimiento de medidas administrativas o legislativas, sin que parezca apropiada para orientar la política de negocios de una empresa.

La Corte razona en forma expansiva, como si el único factor relevante fuese la eventualidad de afectación de intereses conexos con grupos indígenas. ¿No entran en juego otros intereses dignos de protección? El estándar jurisprudencial definido por la Corte Suprema protege a rajatabla a los indígenas, prácticamente sin discriminación: en la duda, se consulta. Este estándar se aprecia con claridad en el caso del Parque Nacional Puyehue, donde la cuestión recae en la mera rectificación de sus deslindes, condicionada por la titularidad estatal de la tierra. La decisión *per se* no afecta intereses indígenas, en cuanto solo desafecta terrenos de propiedad privada que por error se tuvieron por públicos. Lo mismo ocurre en Parque Nacional Villarrica, donde no se discute sobre la atribución original de obras en el parque, sino la sustitución de un contratante por otro para culminarlas. La medida en cuestión carece de efecto innovativo, pero para la Corte aparece de todos modos como potencialmente atentatoria de intereses indígenas.

La cláusula del Convenio que habilita a la consulta porta consigo elementos para una interpretación razonable del alcance de la obligación. No se refiere en abstracto a susceptibilidad de afectación de intereses indígenas, sino a afectación directa de tales intereses. Mientras esta segunda parte restringe la procedencia de la consulta, la jurisprudencia está más atenta a la primera parte, que parece ampliarla. Ya va siendo hora de una lectura comprensiva de las condiciones de procedencia de este mecanismo de participación, que brinde certeza a todos los interesados. El anuncio de modificación del Reglamento de Consulta es una oportunidad para intentar encauzar una jurisprudencia que parece requerir reglas más específicas.

Por cierto, la muestra que antecede es necesariamente una selección parcial de la jurisprudencia recaída en la exigencia de someter a consulta indígena determinadas medidas, pero que parece dar cuenta de las orientaciones que se han ido imponiendo desde la Corte Suprema sobre los demás tribunales del país en los últimos años. Los recientes cambios en la integración de la Tercera Sala de la Corte Suprema pueden anunciar también transformaciones significativas de las soluciones imperantes en el derecho positivo.

La deferencia judicial a las agencias expertas

Felipe Bravo Allende*

Introducción

La sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema en el caso Girardi Lavín con Emotiv Inc., ha sido destacada como un hito en el reconocimiento de los denominados "neuroderechos".¹ Sin embargo, el caso va mucho más allá de esa conclusión, con algunos elementos menos visibles para la comunidad académica, pero que queremos destacar en este comentario.

I. Los hechos del recurso de protección y la sentencia de la Corte Suprema

El exsenador Guido Girardi presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la empresa estadounidense Emotiv Inc., acusando a la empresa de vulnerar los derechos de los artículos 19 números 1, 4, 6 y 24 de la Constitución. El recurrente indicó que compró por internet un dispositivo denominado Insight, el cual mediante sensores corporales recopila información de la actividad eléctrica cerebral, obteniendo datos de movimientos, tiempos de reacción y actividad cognitiva de usuario. Según Girardi, el uso del dispositivo y almacenamiento de su información cerebral por Emotiv lo han expuesto a que su información cerebral sea compartida con terceros, que dichos datos sean objeto de investigaciones científicas y almacenados en contra de su voluntad.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción, por considerar que los riesgos que expuso el recurso son "valorados en abstracto y de manera hipotética, no materiali-

zados como una amenaza"². Asimismo, la sentencia reprochó al recurrente que él consintió expresamente en los términos y condiciones pactados para el uso de su información³.

La Corte Suprema, posteriormente, revocó dicha sentencia y acogió el recurso. La Corte rechazó que hubiera consentimiento suficiente del recurrente para el tratamiento de sus datos personales y cerebrales, no bastando el consentimiento del usuario a los términos y condiciones informados por el proveedor, como ocurre en una relación de consumo, sino que éste debe ser entregado según la Ley número 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana⁴.

Una vez establecido que el recurrente no dio su consentimiento conforme a la Ley número 20.120, la Corte Suprema se avocó a la eventual ilicitud de la comercialización del dispositivo. La sentencia reconoció que estamos frente a un ámbito del avance tecnológico "impensable hace algunos años", por lo que "se debe otorgar una especial atención y cuidado en su revisión por parte del Estado, con el fin de prevenir y anticiparse a sus posibles efectos, además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica." En este caso, la Corte Suprema concluyó que el producto Insight se comercializó en Chile "sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado", ni contar con el certificado de destinación aduanera respectivo⁵.

Por lo anterior, la sentencia acogió el recurso "para el solo efecto de que el Instituto de Salud Pública y la autoridad aduanera evalúen los antecedentes en uso de sus facultades, disponiendo lo que en derecho corres-

* Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona, España. Profesor de la Universitat Ramon Llull - Esade, España. Correo electrónico: felipe.bravo@esade.edu. Correo postal: Avinguda de Pedralbes 60-62, 08034 Barcelona, España. Código ORCID: 0000-0002-5676-913X.

¹ Así, por ejemplo, MUÑOZ, José M.; MARINARO, José Ángel; IGLESIAS, José Antonio; SÁNCHEZ, Moisés; MONTI, Natalia, COLOMBARA, Ciro y GIRARDI, Guido (2024): "Effects of the first successful lawsuit against a consumer neurotechnology company for violating brain data privacy", en *Nature Biotechnology*, volume 42, julio de 2024, p. 1015. Es importante destacar que los autores del artículo fueron parte del equipo legal y el propio recurrente en la sentencia comentada.

Artículo recibido el 02 de diciembre de 2024 y aceptado el 06 de diciembre de 2024

² Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando segundo.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando duodécimo.

⁴ Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando séptimo.

⁵ Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo y noveno.

ponda, a efectos que la comercialización y uso del dispositivo Insight y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie y reseñada en esta sentencia. Ello, sin perjuicio que la recurrida deberá eliminar sin más trámite toda la información que se hubiera almacenado en su nube o portales, en relación con el uso del dispositivo por parte del recurrente”⁶.

La Corte Suprema, al decidir que el dispositivo Insight era un mecanismo de investigación científica en seres humanos y aplicando las disposiciones de la Ley N° 20.120 que regulan dicha materia, alteró mediante dicha sentencia de protección la normativa aplicable para la comercialización de dicho artículo en Chile sin matices ni reflexión adicional, yendo incluso en contra de la decisión de la autoridad sanitaria –en teoría, la experta en la calificación del estatuto para dicho producto. Este trabajo tiene por objeto comentar un aspecto que nos parece relevante: la notoria ausencia de deferencia a la agencia técnica –el experto– que marca la actuación de la Corte Suprema.

II. La ausencia de deferencia judicial a las agencias expertas

1. La ausencia de deferencia judicial y la alteración del régimen jurídico aplicable

En esta sentencia, la Corte Suprema alteró completamente el marco regulatorio de la actividad de Emotiv, al señalar que ahora la normativa aplicable debía ser la contenida en la Ley N° 20.120. Esta recalificación del objeto de la ilegalidad no es inocua, porque significó el cambio completo de la regulación aplicable al dispositivo Insight, que pasó de ser un artículo de uso personal –como un *smartwatch* que registra las pulsaciones de su usuario– a un dispositivo de investigación científica biomédica en seres humanos sin considerar en momento alguno la opinión de las agencias reguladoras expertas en la materia, ni estimar las dificultades que conlleva dicha decisión.

¿Puede el recurso de protección generar un cambio en la normativa aplicable a un producto o servicio, y con ello, directamente regular su oferta en el mercado? Creemos que no debería ser así. Una acción pretendidamente cautelar y de naturaleza concreta no debe tener la aptitud para generar una decisión que altere, con efectos permanentes, la regulación en el mercado respecto a la comercializa-

ción de un producto o servicio, ni tampoco la instancia para dirimir la naturaleza de un producto o servicio en el mercado –lo que, indirectamente, produciría la alteración de la regulación aplicable.

Lo anterior no significa que las potestades ordinarias de control de la judicatura no puedan valorar las decisiones administrativas que incidan en la regulación aplicable a un producto o servicio. Como ha recordado recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos, son los tribunales los que tienen el deber de decir “lo que es la ley”.⁷ Esto tampoco quiere decir que los jueces –en situaciones de alta incertidumbre– no pueden controlar situaciones excepcionalmente graves en que pueda existir una afectación de derechos fundamentales no controladas mediante las garantías ordinarias. Bajo este marco, decisiones precedentes de la Corte Suprema, como la declaración de la ilicitud de los juegos de azar online a través de un recurso de protección, no son la vía para regular la actividad económica con efectos permanentes.⁸ Aunque la decisión está basada en argumentos que son plausibles, no corresponde a la acción de amparo de derechos fundamentales la calificación de licitud o conformidad regulatoria de todo producto o servicio en el mercado. En otro ejemplo, la entrega de criptomonedas a cambio del escaneo del iris del consumidor sí puede ser una actividad cuya ilegalidad sea necesario evaluar judicialmente. Sin embargo, el recurso de protección no es la vía para ello, sino que las acciones ordinarias que entrega la ley⁹.

En consecuencia, una acción de emergencia como el recurso de protección sí puede controlar situaciones excepcionalmente graves, en que pueda existir una afectación de derechos fundamentales no controladas a través de garantías ordinarias, y se haga por ello necesaria una intervención urgente. Como en este caso ha existido una actuación de la Administración controlando la oferta del producto Insight y estableciendo con ello su marco

⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, de 28 de junio de 2024, p. 32.

⁸ Corte Suprema, sentencia rol N° 152.138-2022, 12 de septiembre de 2023.

⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia rol Protección 1474-2024, considerando decimotercero. Con todo, esta no fue la razón principal del rechazo de la acción en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sino que el hecho de no haberse establecido la existencia del acto que motiva su interposición, no haberse podido establecer que se dedujo dentro de plazo y por haberse acogido la alegación de falta de legitimación pasiva de la recurrida.

⁶ Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, parte resolutive de la sentencia.

regulatorio, la revisión judicial debiese calificar el error en la valoración de los órganos expertos, explicar las razones del yerro, y anular la decisión de la Administración, ordenando su nueva valoración.

Cuando la Corte Suprema decide sustituir al experto en la calificación científica –y con ello, jurídica– de un asunto, y no remite al experto el diseño de las soluciones para el problema legal que ello genera, es que la Corte acaba enredada en el problema de diseñar una regulación. La potestad de la decisión en el recurso de protección resulta excesivamente amplia para el diseño de remedios distintos al cese de una conducta o su autorización. La interpretación del artículo 20 de la Constitución como una habilitación amplia, para adoptar “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, ha resultado en una potestad de diseño de remedios en el mercado en que la Corte Suprema sustituye la actividad de las agencias regulatorias, con el peligro de no ser experto en dichas materias. Estamos frente a potestades sin ningún límite formal o material, que no se encuentran regulada por ley, sino que por autos acordados dictados por el propio Tribunal, y que por tanto, no tiene los límites de la actuación del garante institucional: no está sujeta al cumplimiento de límites presupuestarios, ni de procedimientos reglamentarios para adoptar su decisión, y tampoco es impugnabile fuera del propio sistema de los tribunales de justicia. La amplitud de sus potestades permite escenarios que dan lugar a decisiones que producen desbordes institucionales, afectando la actividad de otros garantes, como en este caso, la Administración.

Respecto al diseño de remedios, los defectos de una Corte Suprema reguladora del mercado son manifiestos en casos como ISAPRES.¹⁰ Estas sentencias, regulando anómalamente ciertos mercados, tienen una pretensión de efectos generales que no se condice ni con la naturaleza cautelar de la acción de protección, ni tampoco con el efecto de cosa juzgada material de sus decisiones, lo que afecta la necesidad de certeza de la regulación en el mercado.

2. La ausencia de justificación para la intervención de la Corte Suprema

El primer problema que hemos identificado es el uso de una sentencia judicial, que resuelve

un proceso cautelar de derechos fundamentales, como una forma de alterar la regulación aplicable a la actividad de una empresa en el mercado. Hemos dicho que en ocasiones sí es posible que acciones judiciales de emergencia, como el recurso de protección, controlen situaciones excepcionalmente graves, en que pueda existir una afectación de derechos fundamentales no tuteladas a través de garantías ordinarias, y se haga por ello necesaria una intervención urgente. En estos casos, la revisión judicial debiese calificar el error en la valoración de los órganos administrativos y, explicando las razones de su decisión incorrecta, anularla y ordenar una nueva valoración. El punto será determinar la justificación que habilite a la intervención judicial para sustituir la calificación del órgano experto –esto es, la incertidumbre en la valoración y un manifiesto error en la apreciación de los hechos y su calificación jurídica. En el caso que revisamos, no parecen motivos para estimar que existe dicha incertidumbre o error manifiesto en la apreciación de los hechos por el experto.

El análisis del estatuto jurídico aplicable a la comercialización del dispositivo Insight se inició en la Corte de Apelaciones de Santiago, en que la Cuarta Sala de dicha corte ordenó, antes de la vista de la causa, que se oficiara al Instituto de Salud Pública (ISP) y al Ministerio de Salud (MINSAL) para que informaran si el “dispositivo de encefalograma móvil” Insight “requiere autorización para su comercialización y los antecedentes con los que cuenten respecto al mismo, en su caso.” Por su parte, se solicitó al Servicio Nacional de Aduanas que indicara “si el ingreso al territorio nacional del indicado dispositivo está regulado y si cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, en cumplimiento a lo establecido en la Ley 18.164/82 del Ministerio de Hacienda”¹¹.

La solicitud de información a los órganos reguladores expertos es fundamental para la evaluación que debe realizar el juez en este caso. Los antecedentes técnicos del dispositivo, entregados por estas agencias regulatorias chilenas expertas en la materia, así como las decisiones administrativas que hayan adoptado sobre él, son esenciales para determinar la eventual incertidumbre en la aplicación de la normativa y, si lo hubiera, un error manifiesto en la apreciación de los hechos y su calificación jurídica por los expertos.

¹⁰ Corte Suprema, sentencias roles 16.630-2022, 25.570-2022, 14.513-2022 y 13.979-2022.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Cuarta Sala, resolución de 6 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

El ISP informó a la Corte de Apelaciones que “el dispositivo de encefalograma móvil “Insight” de Emotiv INC., actualmente no se encuentra incorporado a la obligatoriedad de evaluación de conformidad, ni de registro sanitario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 895/98 que Aprueba Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico, del Ministerio de Salud, *por lo que no requiere autorización para ser comercializado en el país, pero sí para importarlo*. En este último caso, se debe requerir el Certificado de Destinación Aduanera (CDA)”¹². El MINSAL informó en el mismo sentido, indicando nuevamente que el dispositivo “no se encuentra sujeto a la obligatoriedad de evaluación o de registro sanitario (...) *por lo que no requiere autorización para ser comercializado en el país.*”, agregando que “[t]ampoco se encuentra regulado en la Guía Técnica sobre Dispositivos Médicos Frontera, del Subdepartamento de Autorización y Registro de Dispositivos Médicos, del Instituto de Salud Pública, de octubre de 2022.”¹³ Finalmente, el Servicio Nacional de Aduanas, por su parte, indicó que el dispositivo Insight “requiere de Certificado de Destinación Aduanera (CDA) para su importación, como, asimismo, que revisada la carpeta de despacho asociada a la Declaración de Ingreso (DIN) N° 1680069086-6, aquella no contaba con el CDA respectivo”¹⁴.

Como se ve, había total coincidencia entre el ISP y el MINSAL sobre la ausencia de autorización para que Insight fuera comercializado; de hecho, la Corte de Apelaciones de Santiago lo indicó en el considerando séptimo de su sentencia como uno de los “hechos no controvertidos” al momento de resolver el caso. Lo mismo para la necesidad de un Certificado de Destinación Aduanera para la importación del dispositivo, el cual tanto el ISP como el Servicio Nacional de Aduanas indicaron que no había sido solicitado.

La información de los órganos técnicos era unánime: Insight es un dispositivo que no requiere autorización para su venta en el país. La sentencia de la Corte Suprema, sin

embargo, decidió obviar tanto la opinión del ISP como del MINSAL, indicando que el aparato se comercializaba en Chile “sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado.”

¹⁵ Sin embargo, la sentencia agrega hacia el final un elemento para pretender ser deferente con el experto, ordenando que “el Instituto de Salud Pública y la autoridad aduanera evalúen los antecedentes en uso de sus facultades, disponiendo lo que en derecho corresponda, a efectos que la comercialización y uso del dispositivo Insight y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie y reseñada en esta sentencia”.

Esta técnica de mostrar una aparente deferencia con la autoridad técnica resulta habitual en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por ejemplo, en las sentencias sobre recursos de protección en materia de medicamentos o tratamientos médicos de alto costo, la Corte Suprema pretende dejar sentado que sus decisiones no significan un desborde de sus potestades, sino que se trata exclusivamente del cumplimiento de su rol de garante directo de derechos fundamentales, sin definir “de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”¹⁶.

3. ¿Estamos frente a un problema de incertidumbre?

Habiendo informado tanto el ISP como el MINSAL de la ausencia de un estatuto especial aplicable al dispositivo Insight, ¿puede la Corte Suprema reemplazar sin más la calificación previa de los órganos expertos? Creemos que no. Es cierto que los jueces históricamente han contado con amplio margen para apreciar la determinación de las normas técnicas aplicables a un caso concreto, calificar su aplicación y decantarse, finalmente, por aquella que considerasen mejor fundada.¹⁷ Sin embargo,

¹² Instituto de Salud Pública, Ordinario N° 493, de 19 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022. El destacado es nuestro.

¹³ Ministerio de Salud, Informe de 8 de mayo de 2023, rol Protección-49852-2022.

¹⁴ Servicio Nacional de Aduanas, Oficio Ordinario N° 3562, de 28 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

¹⁵ Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando décimo.

¹⁶ Corte Suprema de Chile, sentencia rol N° 30.287, de 23 de junio de 2020, considerando duodécimo.

¹⁷ ESTEVE PARDO, José (2015): “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho privado”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè; ESTEVE PARDO, José, y SPIECKER GEN. DÖRMANN, Indra (editores): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización* (Madrid, Marcial Pons), p. 42.

el diseño regulatorio y la técnica han experimentado un avance innegable, requiriendo espacios en que los elementos científicos sean evaluados y decididos, precisamente, en base a técnica y la evidencia.

Es claro que nos encontramos frente a una situación de incertidumbre en la operación de dispositivos como Insight, pero ello también puede decirse de muchos otros aparatos tecnológicos con los que vivimos diariamente. Los efectos de la tecnología sobre las personas es una materia de investigación y avances cotidianos, en que habitualmente la ciencia descubre elementos de riesgo para la salud o integridad de las personas, o se generan consensos sobre su inocuidad. En cualquier caso, la sociedad contemporánea se desarrolla bajo la gestión de riesgos, y no su total supresión. Una técnica habitual para la decisión sobre riesgos permitidos es el diseño de sistemas de autorizaciones –o *prior approvals*¹⁸. Bajo estos sistemas, la autorización– sea calificando la procedencia de autorizaciones, o su impertinencia– se convierte en una herramienta regulatoria de las agencias expertas para introducir el conocimiento científico en la gestión de los riesgos admisibles para la población¹⁹.

En este caso, las agencias expertas –el MINSAL y el ISP– evaluaron el riesgo de la actividad del dispositivo Insight y decidieron eximirlo de los sistemas de autorización existente en base a la evidencia disponible en ese momento. Por lo tanto, no estamos frente a una falta de certeza absoluta sobre la calificación de la actividad del dispositivo, ni a la ausencia de una decisión de la autoridad administrativa. Esto limita, a nuestro entender, el margen de decisión de la autoridad judicial que pretende controlar la actuación administrativa. Con ello, el control de la actividad administrativa por parte del juez debe basarse en dos preguntas: (i) si la Administración ha comprobado el supuesto de hecho – la calificación del dispositivo, y (ii) si la apreciación de los hechos es admisible o adecuada, sin errores manifiestos en su valoración²⁰.

En el caso en cuestión, parece evidente que las agencias expertas habían llevado a

cabo las actuaciones necesarias para verificar el supuesto de hecho, a través de actuaciones materiales como jurídicas: esto es, la comprobación de las características del dispositivo, y la decisión de eximirlo del sistema de autorizaciones para su comercialización en Chile. Luego, la forma en que la Administración calificó el dispositivo no parecía inadecuada conforme a los antecedentes técnicos disponibles para dichas agencias. De esta manera, la actuación judicial solo podría haber sustituido el juicio experto cuando la decisión de la Administración sea claramente errónea, acreditando en la sentencia que los órganos públicos han actuado de forma arbitraria, no razonable, o basándose en una apreciación de los hechos que no sustente la mayor parte de la comunidad científica –todo lo cual, por cierto, debía ser acreditado por el recurrente, lo que no ocurrió en este caso²¹.

En consecuencia, la Corte Suprema decidió valorar de forma distinta los antecedentes aportados por los órganos reguladores, sustituyendo dicho juicio experto al calificar al dispositivo Insight como un aparato de investigación científica biomédica en seres humanos sin aportar elemento alguno que desvirtúe la valoración experta, ni antecedente científico nuevo que justifique una decisión de urgencia.

a. *El principio precautorio*

La Corte Suprema, sin mencionarlo, introduce una forma particular de aplicación del principio precautorio como una forma de justificar su decisión. La sentencia, al argumentar que la comercialización del dispositivo Insight vulnera la Constitución en su artículo 19, numerales 1 y 4 –el derecho a la vida e integridad física, y la protección de datos personales– utilizó el siguiente razonamiento: primero, indicó que es un deber del Estado de “especial atención y cuidado” el prevenir y anticiparse a los posibles efectos del desarrollo de las nuevas tecnologías, “además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica”²². En particular, “ante la llegada de una nueva tecnología como la que es objeto de autos, que trata de una dimensión que antaño era absolutamente privada y personal, tratada en

¹⁸ Sobre los sistemas de autorizaciones, por todos, OGUS, Anthony (2004): *Regulation. Legal form and Economic theory* (Oxford, Hart), pp. 214-244.

¹⁹ ESTEVE PARDO, José (2021): *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos* (Madrid, Marcial Pons), p. 179.

²⁰ En este sentido, LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2023): *Tratado de derecho administrativo. General y económico* (Madrid, Civitas), p. 484.

²¹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2023): *Tratado de derecho administrativo. General y económico* (Madrid, Civitas), pp. 485-486.

²² Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo.

entornos estrictamente médicos, como es la actividad eléctrica cerebral, se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella”²³.

De lo anterior se desprende que, para la Corte Suprema, la amenaza a la vulneración de derechos constitucionales se produjo por la falta de certeza respecto a los posibles efectos de instrumentos que pueden registrar la actividad electrónica cerebral, y por ello, previo a su comercialización, debía ser analizado por la autoridad pertinente. Autores como Sanz de Galdeano han destacado que esta aplicación del “principio precautorio” es la gran aportación de la sentencia: “Aunque los riesgos sean hipotéticos, o mejor, precisamente porque son riesgos desconocidos, el alto tribunal chileno entiende que es necesario extremar la protección, más allá que en los casos en que somos conscientes de los riesgos. Y esto es, precisamente, lo que hace que esta sentencia sea pionera y fundamental para que los neuroderechos encuentren un sitio propio y un régimen legal específico. En efecto, el principio de precaución opera en ámbitos de incertidumbre sobre los riesgos. Cuando los riesgos, graves o leves, son conocidos, la regulación es fácil y ha de limitarse a lo imprescindible para cubrir tales riesgos. Cuando no hay experiencia suficiente como para identificar esos riesgos eventuales, la regulación no puede sino ser preventiva”²⁴.

Aunque la enunciación del principio precautorio –con todos los problemas que ello puede significar– sea pertinente para esta decisión, el problema en este caso es distinto, porque no parece existir realmente incertidumbre por parte del regulador sanitario sobre los efectos del dispositivo, ni antecedentes para que la Corte Suprema dudara de la calificación de las agencias expertas. Sin que la Corte Suprema haya justificado expresamente cuál es el error manifiesto de las agencias regulatorias en su valoración previa, o existiera algún elemento adicional no conocido o calificado previamente y que fuerce a una decisión de urgencia sobre el tema, no se logra apreciar una aplicación del principio precautorio como justificación de la decisión.

²³ Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo.

²⁴ SANZ DE GALDEANO, Maite (2023): “Es urgente regular los neurodatos. A propósito de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Chile de 9 agosto 2023”, en *Diario La Ley*, número 75, 1 de septiembre de 2023.

b. *Los yerros en la aplicación de la ley por la ausencia de deferencia*

La ausencia de deferencia de la Corte Suprema en este caso origina dos yerros fundamentales en la aplicación de la ley. El primero es respecto a la importancia que la Corte Suprema le da al certificado de destinación aduanera en este caso. El segundo error es cometido al identificar la autoridad a cargo de la aplicación del nuevo estatuto para el dispositivo Insight.

Respecto al certificado de destinación aduanera, la Corte Suprema consideró su ausencia como un argumento de la falta de certeza en el estatuto aplicable al dispositivo Insight. Esto, a todas luces, es incorrecto, y es una muestra de los peligros de sustituir el juicio del experto. El certificado de destinación aduanera es una resolución por la cual el ISP le informa al Servicio Nacional de Aduanas que las mercancías puedan ser trasladadas desde los recintos aduaneros hasta las bodegas de destino, a través de rutas y medios de transporte definidos en dicho documento. Tratándose de dispositivos sanitarios o médicos, dicha resolución se obtiene de forma integrada a la autorización del ISP para la importación de dispositivos médicos para uso personal, de acuerdo con el artículo 111 letra g) del Código Sanitario.

Aunque el ISP y el MINSAL informaron correctamente que el dispositivo Insight no se encuentra sujeto a autorización o registro sanitario, el requisito de destinación aduanera fue ordenada por el ISP desde 2018 para mejorar la vigilancia sanitaria del origen, importadoras y almacenamiento de estos bienes, pero en ningún caso como una forma de autorización de su comercialización en el país, ni menos aún para determinar la naturaleza de un producto²⁵. Por lo demás, es el propio usuario –en este caso, el recurrente– quien debía tramitar el certificado de destinación aduanera ante el ISP, conforme al artículo 111 letra a) del Código Sanitario, el que se entrega a la persona natural junto con la autorización para la importación del producto²⁶. Como se ve, el certificado de destinación sanitaria es un elemento de control formal de la importación del producto, pero no

²⁵ Sobre el particular, véase el Oficio Ordinario N° 238, de 22 de febrero de 2018, del Director (S) del ISP, y el Oficio Circular N° 225, de 6 de abril de 2018, de la Subdirectora Técnica del Servicio Nacional de Aduanas.

²⁶ Resolución Exenta N° 05763, de la Directora (S) del ISP, de 2 de noviembre de 2023, página 9.

determina en caso alguno su régimen regulatorio o posibles efectos derivados de su uso²⁷.

La segunda prueba del yerro de la Corte Suprema en obviar el juicio experto se encuentra en la etapa de cumplimiento de la sentencia, en que el ISP y el Servicio Nacional de Aduanas fueron requeridos para realizar un nuevo “estudio a cabalidad” del dispositivo. El informe del Servicio Nacional de Aduanas mantuvo su posición anterior: si el ISP dice que se trata de un dispositivo médico, entonces debe ser calificado como tal.²⁸ Lo interesante se encuentra en el nuevo informe del ISP, en que dicho servicio describe que, “habiéndose revisado la totalidad de los antecedentes, concluyó que no es procedente calificar el producto como dispositivo médico”²⁹. Esto contradice lo valorado por la Corte Suprema, ya que por tanto, no estamos ante un dispositivo que permita la investigación científica en seres humanos. Adicionalmente, el ISP se convocó a una reunión de cuatro profesionales expertos, externos al órgano, quienes concluyeron, también, que el dispositivo Insight no correspondía a un aparato médico³⁰.

A continuación, el ISP se pronunció respecto a un punto oscuro de la sentencia: si el régimen legal aplicable al dispositivo Insight se encontraba –según la Corte Suprema– en la Ley número 20.120, la autoridad pertinente para dicho control es la SEREMI de Salud respectiva, por aplicación del Reglamento de dicha ley, y no el ISP, como señaló la sentencia.³¹ Para resolver este asunto, el informe del ISP le informa a la Corte de Apelaciones que si se quiere insistir en su interpretación del dispositivo Insight como un instrumento de investigación científica en seres humanos, entonces debe dirigirse a la SEREMI de Salud respectiva.

A nuestro entender, con el nuevo informe del ISP que declara que Insight no es un

dispositivo médico, la argumentación central de la sentencia se derrumba, ya que no estaríamos tampoco frente a un dispositivo que permita la investigación científica. Por lo anterior, no resultaría aplicable el artículo 11 de la Ley N° 20.120, y en consecuencia, no habría una ilegalidad en la actuación de Emotiv. Una victoria pírrica, que ordena el cauce legal que la sentencia subvirtió sin mayores argumentos, pero que permite concluir –nuevamente– que esta mala decisión judicial se hubiera evitado siendo algo más deferente con los expertos, o en su defecto, argumentar por qué su valoración debe ser reemplazada.

Conclusiones

La sentencia de la Corte Suprema en el caso Girardi Lavín/Emotiv Inc. evidencia la tendencia judicial a sobrepasar los límites de su competencia técnica, sustituyendo sin fundamento suficiente el criterio de las agencias expertas. Este fallo no solo genera una recalificación normativa arbitraria, sino que establece un precedente que desdibuja la separación de funciones con las autoridades administrativas especializadas a través del recurso de protección. Una aplicación confusa del principio precautorio, sumada a una valoración errónea de los hechos y normativas, expone las limitaciones del tribunal para abordar temas de alta complejidad técnica sin respaldo científico.

Bibliografía citada

- CONTRERAS, P. (2024). ¿Qué decidió la Corte Suprema en el denominado caso de los “neuroderechos” (Girardi vs. Emotiv)? En M. SÁNCHEZ, C. COLOMBARA y N. MONTI [Edits.], *En defensa de los neuroderechos* (62-68), Editorial Kamanau.
- ESTEVE PARDO, J. (2015). Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho privado. En M. DARNACULLETA I GARDELLA, J. ESTEVE PARDO e I. SPIECKER GEN. DÖRMANN [Edits.], *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización* (33-46), Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2021). *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- LAGUNA DE PAZ, J. (2023). *Tratado de derecho administrativo. General y económico*. Civitas.
- MUÑOZ, J; MARINARO, J; IGLESIAS, J; SÁNCHEZ, M; MONTI, N; COLOMBARA, C. y GIRARDI, G. (2024). Effects of the first successful lawsuit against a consumer neurotechnology company for violating brain data privacy. *Nature Biotechnology* (42), 1015-1015.
- OGUS, A. (2004). *Regulation. Legal form and Economic theory*. Hart.
- SANZ DE GALDEANO, M. (2023). Es urgente regular los neurodatos. A propósito de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Chile de 9 agosto 2023. *Diario La Ley* (75)

²⁷ Respecto a la falta de fundamentos de la sentencia para ordenar la re-evaluación del dispositivo por parte del ISP, CONTRERAS, Pablo (2024): “¿Qué decidió la Corte Suprema en el denominado caso de los “neuroderechos” (Girardi vs. Emotiv)?”, en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), p. 65.

²⁸ Servicio Nacional de Aduanas, Informe, 22 de enero de 2024.

²⁹ Informe del ISP, Corte de Apelaciones de Santiago, página 3.

³⁰ Informe del ISP, Corte de Apelaciones de Santiago, página 4.

³¹ Decreto N° 114, del Ministerio de Salud, de 19 de noviembre de 2011, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, artículo 7.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile.
 Código Sanitario de Chile.
 Ley número 19.628, sobre protección de la vida privada.
 Ley número 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.
 Decreto con Fuerza de Ley número 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley número 2.763, de 1979 y de las leyes número 18.933 y número 18.469.
 Decreto N° 114, del Ministerio de Salud, de 19 de noviembre de 2011, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, sentencia rol número 30.287, 23 de junio de 2020
 Corte Suprema, sentencias roles 16.630-2022, 25.570-2022, 14.513-2022 y 13.979-2022, 30 de noviembre de 2022
 Corte Suprema, sentencia rol número 105.065-2023, 9 de agosto de 2023
 Corte Suprema, sentencia rol número 152.138-2022, 12 de septiembre de 2023
 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, 24 de mayo de 2024
 Corte Suprema de Estados Unidos, *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, de 28 de junio de 2024.
 Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia rol Protección-1474-2024, 22 de julio de 2024.

Las concesiones mineras constituidas bajo la vigencia del Código de Minería de 1932 para explotar sustancias no metálicas: ¿habilitan para explotar litio hoy?

Benjamín Ignacio de la Barra García*

El presente comentario de jurisprudencia se basa en el análisis de la Causa Rol: 13228-2022, Caratulada: SIMBALIK GROUP INVERSIONES LIMITADA CON FISCO DE CHILE (MRA.), fallada por la Corte Suprema por medio del recurso de casación en el fondo.

La controversia jurídica de la causa se centra en la habilitación del titular, en este caso de Simbalik Group Inversiones Limitada, para explotar el litio ubicado dentro de los límites de sus pertenencias, las que fueron constituidas bajo la vigencia del Código de Minería de 1932, para explotar cloruro de sodio, sustancia no metálica, y antes de la reserva del litio en favor del Estado.

El Código de Minería de 1932, permitía el otorgamiento de concesiones mineras sobre algunas sustancias minerales en particular y la coexistencia de dos o más concesiones en un mismo lugar. Las concesiones de sustancias no metálicas únicamente habilitaban para explotar la sustancia por la cual fueron otorgadas. En consecuencia, el "Código de 1932" establecía un sistema de concesiones diferente al actual.

La pregunta que surge, entonces, es si, de acuerdo con la legislación minera actualmente vigente, puede entenderse o no, que las concesiones constituidas bajo el sistema anterior para la explotación de sustancias no metálicas habilitan a su titular a explotar litio, el cual sí es metálico y se encuentra reservado al Estado de Chile desde 1979.

Lo interesante de la causa es la existencia de diferentes posturas representadas princi-

palmente por el sector privado y público, y ambas son manifestadas en el fallo de la Corte Suprema por los ministros Andrea Muñoz y Ricardo Blanco, respectivamente, a diferencia de la causa Rol: 104697-2023.

I. Hechos de la causa:

a) La demandante, Simbalik Group Inversiones Limitada, en adelante indistintamente como "Simbalik Group", es dueña de la concesión minera de explotación denominada "Cocina Uno a Nueve", constituida bajo el Código de Minería de 1932 en el Salar de Maricunga, con el objeto de Cloruro de Sodio.

b) Sobre la concesión minera mencionada, se autorizó a la actora para la producción y venta de sales de litio, mediante Resolución Exenta N° 092/2013, expedida por el director ejecutivo de la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

c) Entre el Estado de Chile y la Sociedad Salar de Maricunga SPA, se celebró un Contrato Especial de Operación de Yacimientos de Litio en el Salar de Maricunga y sus alrededores, que viene a autorizar a dicha sociedad para llevar a cabo y desarrollar de forma exclusiva, toda clase de actividades y labores de exploración, sobre las sustancias de litio ubicadas en el área del CEOL.

d) Simbalik Group, pretende constituir servidumbre minera sobre los predios de propiedad del Fisco de Chile, quien es representado por el Consejo de Defensa del Estado.

II. Resumen Procesal:

a) Con fecha siete de octubre de 2021, en autos Rol C-2617-2018, caratulados "Simbalik Group Inversiones Limitada con Fisco", el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, en procedimiento sumarísimo

* Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de las Cátedras de Derecho Minero y Desarrollo de Proyectos Mineros en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante del Proyecto de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en las áreas de Derecho Minero y Energía y Derecho Indígena. Exprocurador del Estudio Jurídico CMS Carey & Allende.

Artículo recibido el 20 de noviembre de 2024 y aceptado el 06 de diciembre de 2024

regido por el Código de Minería, acoge la demanda constituyendo servidumbres mineras en favor de las pertenencias de la actora sobre una parte del inmueble demandado.

b) Alzándose el demandado, con fecha 12 de abril de 2022, la Corte de Apelaciones de Copiapó confirmó la sentencia apelada.

c) El Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo. Con fecha 05 de abril 2023, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo.

III. Desarrollo procesal

a) Tribunal de Primera Instancia: 1°
JUZGADO DE LETRAS DE COPIAPÓ

Los cimientos de la controversia son, por una parte, la petición de "Simbalik Group" de constituir una servidumbre minera de ocupación y tránsito en terrenos del Fisco de Chile para la conveniente y cómoda explotación de las pertenencias mineras de su propiedad. Para lograr ello, presenta la correspondiente autorización de la Comisión Chilena de Energía Nuclear para la explotación, extracción, producción y comercialización de Litio y un Estudio de Impacto Ambiental acogido a tramitación, entre otros antecedentes.

Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado, sustentó su defensa en la posible superposición total o parcial de la servidumbre solicitada con el área que abarca el CEOL celebrado entre la Sociedad Salar de Maricunga SpA y el Estado de Chile y, que "Simbalik Group" tiene la necesidad de probar el dominio respectivo y la justificación del gravamen para la conveniente y cómoda exploración y explotación de sus pertenencias. Agregó, que, el litio desde el Decreto Ley 2.886 ha sido reservado en favor del Estado, sin perjuicio, de reconocer que dicha ley no es aplicable a las concesiones mineras anteriores a su entrada en vigor.

Con la presentación de la autorización de la Comisión Chilena de Energía Nuclear y del Estudio de Impacto Ambiental, se acreditó la necesidad de constituir servidumbres mineras, ya que, sin estas no es posible desarrollar el proyecto que se basa en la actividad extractiva y que justifica la existencia de las pertenencias.

Respecto del hecho c), dicho acuerdo de voluntades solo crea derechos y obligaciones entre el Estado de Chile y la Sociedad Salar

de Maricunga SPA. Dicho CEOL, no interfiere en caso alguno en los privilegios que otorga el derecho de propiedad a los titulares de concesiones mineras constituidas bajo el amparo del Código de Minería de 1932.

En definitiva, el primer juzgado de letras de Copiapó acogió la demanda y fijó la correspondiente indemnización.

b) Tribunal de Segunda Instancia:
ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES
DE COPIAPÓ

Con fecha 12 de abril de 2022, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó confirmó la sentencia apelada por parte del Consejo de Defensa del Estado. El apelante, argumento sobre la no denunciabilidad del litio, en consideración que las pertenencias de la demandante constituidas sobre cloruro de sodio bajo el amparo del Código de Minería de 1932 carecen de titularidad para explorar y explotar litio. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Copiapó estableció que dicho argumento carece de sustento y oportunidad por no haber formado parte de la contestación de la demanda.

c) Recurso de Casación en el Fondo:
EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema estableció que el recurso de casación en el fondo, por parte del Consejo de Defensa del Estado, fundamentó sus críticas de ilegalidad en su escrito de apelación en contra la sentencia del 1° Juzgado de Letras de Copiapó. En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia asentada por la Corte Suprema convergen en la improcedencia argumentar un recurso de casación en el fondo en cuestiones extrañas a la discusión formalmente producida en el proceso.

Por lo tanto, los argumentos que manifiesta el Consejo de Defensa del Estado en su recurso de casación en el fondo se alejan de lo que las partes han sometido a conocimiento y resolución, ya que, son parte de alegaciones que no fueron incorporadas y desarrolladas debidamente en el debate de la causa. En consecuencia, al no formar parte de la controversia la Excelentísima Corte Suprema se encuentra impedida de reexaminar cualquier aspecto del recurso de casación en el fondo, por consiguiente, las infracciones que se le atribuyen al fallo no pueden constituir errores de derecho.

En ese sentido, con fecha 05 de abril de 2023, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo.

IV. Posturas a favor y en contra sobre facultad de las concesiones en comento de explotar litio

A continuación, presentaremos los argumentos de la ministra señora Andrea Muñoz que concurre a rechazar el recurso y los argumentos del disidente, el ministro señor Ricardo Blanco, quien fue de opinión de acoger el recurso de casación en el fondo.

a) Argumentos de la ministra señora Andrea Muñoz

La ministra Muñoz, partió delimitando el alcance del conflicto, es decir si resulta legalmente procedente que las pertenencias de "Simbalik Group" constituidas únicamente para explotación de cloruro de sodio bajo el Código de Minería de 1932, se encuentra legitimada para explotar hoy litio, siendo que esta última sustancia fue reservada para el Estado en 1979 por el Decreto Ley 2.886.

Por lo tanto, se debe determinar el alcance que tiene dicho Decreto Ley bajo el actual ordenamiento minero, principalmente bajo el actual Código de Minería y sus artículos transitorios y la LOC sobre Concesiones Mineras, y de esta forma establecer que tratamiento deben recibir las concesiones constituidas bajo el Código de Minería de 1932 en la actualidad.

La ministra Muñoz, menciona que las pertenencias de "Simbalik Group", denominada "Cocina Uno a Nueve", no facultan al titular para explotar litio ni con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 2.886 y tampoco con su entrada en vigor, ya que, la concesión de explotación mencionada tenía como objeto una sustancia del inciso 2 del artículo 3 del Código de Minería de 1932, específicamente, cloruro de sodio.

Luego, hace un breve análisis del régimen jurídico del Código de Minería de 1932, menciona que una de las características esenciales de dicho régimen es la distinción entre las sustancias metálicas y no metálicas, y la posibilidad que sobre una misma superficie pudiera constituirse ambos tipos de pertenencias, por lo tanto, existe una autorización expresa por parte del legislador de aquella época para las existencias de superposiciones de pertenencias. Lo anterior podía ocurrir, ya que, los titulares de concesiones que tenían como objeto las sustancias del inciso 2 del artículo 3 del Código de Minería de 1932, solo estaban facultados para hacerse dueño de las sustancias que fuera objeto su pertenencia.

Las diferencias entre el actual y el antiguo régimen jurídico minero llevaron a una derogación total y expresa del Código de Minería de 1932. El actual Código de Minería se diferencia de su predecesor, ya que, no distingue en cuanto a su objeto entre sustancias metálicas y no metálicas, estableciendo el derecho para el titular dentro de los límites de su pertenencia para explotar todas las sustancias minerales concesibles, además busca evitar la superposición de pertenencias mineras.

La ministra Muñoz, sigue su análisis y se detiene sobre el inciso 4 artículo 3 de la LOC sobre Concesiones Mineras, donde se establece que el litio no es susceptible de concesión minera, sin perjuicio, de mencionar a las concesiones mineras constituida válidamente con anterioridad a la reserva de litio en favor del estado o de importancia para la seguridad nacional.

De lo anteriormente mencionado, la ministra concluye que resulta negativa la posibilidad de explotar litio de las pertenencias "Cocina Uno a Nueve", ya que, según la legislación vigente desde el Decreto Ley 2.886 de 1979 solamente pueden explotar litio el Estado y los titulares que hayan constituido sus pertenencias con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Decreto Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la ministra Muñoz cambia de rumbo su análisis al detenerse en el régimen jurídico transitorio vigente previsto para regular el tratamiento en la actualidad de las pertenencias mineras constituidas bajo el Código de Minería de 1932.

En ese sentido, menciona al artículo 1 transitorio de la LOC sobre Concesiones Mineras que estableció la subsistencia de las concesiones mineras vigentes a la fecha de entrada en vigor del nuevo Código de Minería bajo el imperio de este. Pero, en cuanto a sus goces y cargas y, en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones del nuevo Código de Minería.

Siguiendo con la LOC sobre Concesiones Mineras, el artículo 2 transitorio, tiene como objetivo evitar la superposición de concesiones mineras, pero lo más relevante de este artículo para los autos, es la orden de dicho artículo transitorio al Código de Minería para que establezca la forma de determinar cómo se extenderá la concesión minera vigente, si fuere una sola, a las sustancias que no le estaban concedidas.

En consecuencia, el Código de Minería de 1983 en atención a lo anteriormente men-

cionado establece en el artículo 1 transitorio, que la incorporación de las sustancias minerales al objeto de una pertenencia, en los casos que a continuación se indican, se regirá por las normas siguientes: N° 5. Si solo existe una pertenencia o una concesión administrativa de explotación, ella incorporará a su objeto todas las sustancias que no estaban concedidas y las que, en virtud de la ley N° 18.097, pasan a ser concesibles.

La ministra Muñoz, sigue el análisis teniendo presente el informe en derecho de autoría de la señora Laura Novoa, acompañado en esta causa, citando el siguiente pasaje:

El N° 5 del artículo 1° transitorio del CM de 1983, recoge el principio de concesión única y omnicompreensiva imperante en la actual legislación minera y lo aplica sin contemplaciones a las pertenencias del CM de 1932 que no se encuentren superpuestas con otras, facultando derecha y abiertamente al titular de una única pertenencia constituida durante la legislación anterior para explotar todas las sustancias ubicadas en su superficie o bajo ella, eliminando, así, la distinción entre el inciso 1° y el inciso 2° del derogado artículo 3 del CM de 1932¹.

La señora Laura Novoa, al referirse al respecto de las sustancias que no estaban concedidas y que ahora pasan estarlo lo hace de la siguiente forma "es claro que se trata de la fecha en que la pertenencia fue constituida"², de esta forma la posibilidad de interpretarse aquí que se refieren a sustancias concesibles a partir de las dictación de la LOC sobre Concesiones Mineras queda descartada, pues entonces la parte siguiente del número 5 del artículo 1 transitorio del Código de Minería ac-

tual según la señora Laura Novoa "devendría en innecesaria y redundante"³.

La ministra Muñoz llega a la siguiente conclusión, a pesar de que las pertenencias en la cual se basa la solicitud de servidumbre en estos autos se hayan constituido sobre el cloruro de sodio, estas pertenencias hoy están facultadas para incorporar en su objeto todas las sustancias comprendidas en los incisos 1 y 2 del artículo 3 del Código de Minería del año 1932 al momento de constituirse estas, entre las cuales se encuentra el litio. Por lo tanto, las pertenencias de estos autos están habilitadas para explotar litio.

b) Argumentos del ministro señor Ricardo Blanco

A juicio del ministro Blanco, quien discrepa de la resolución de la sala, la Corte Suprema está facultada para conocer de esta causa por dos motivos. En primer lugar, porque "Simbalik Group" solicitó la constitución de servidumbre minera de ocupación en terrenos fiscales con el fin de explotar litio a través de la autorización de dichas faenas mineras. A pesar de que el fisco de Chile no hubiera argumentado su defensa respecto de este tema, es cierto que la sentencia censurada en sus fundamentos se refiere a un asunto de derecho de fondo que subyace en el entorno, la que sería la explotación de litio por particulares, toda vez que este mineral se encuentra reservado por Ley al Estado de Chile. Por otra parte, se concluye que el centro de la controversia de esta causa se basa en la posibilidad de los particulares para la explotación de litio, ha dicho conflicto no pueden abstenerse ni las partes involucradas en este juicio ni los jueces llamados a resolver el conflicto jurídico.

Para el ministro Blanco, la cuestión planteada es de importancia nacional y no puede dejar de ser abordada globalmente por este tribunal de casación aún en el caso acoger la tesis que basa sus fundamentos en que el fisco de Chile no tuvo alegaciones concretas en torno al punto específico del debate. En ese sentido, el peligro de llegar a conclusiones erradas provocará nuevas realidades jurídicas, las que afectarán a una importante cantidad de personas y con el agravante de haber sido coonestadas por el ordenamiento jurídico. Dicha situación para el ministro Blanco no puede admitirse en ninguna circunstancia.

¹ NOVOA VÁSQUEZ, L. (2022). Minuta en Derecho: Explotación de litio en las concesiones mineras informadas. Oficina Judicial Virtual. [² Ídem.](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docEscritosSuprema.php?dtaDoc=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczp1L1wvY2ZpY2luYWw1ZG1jaW-FsdmlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC-9cL29maWNpbmFqdWRpY2IhbHZpcnR1YWwuc-Gp1ZC5jbC1slm1hdCI6MTczMjEzNDcyNywiZXhwLjoxNzMyMTM4MzI3Lj0iLCJkaWYiOiJkYXN0b3R5Sk03RG95MWFUMFRzU1VHa09icWYySmZDaTBXeUdPSFVWazBTRGRwVWwzaVdcl0c0alFCRXPZcXN2ZklERXp4aEo2UU-ttWEFYd2hKeXhYa1J6TXIZS2UxcE4wXC9JWkFPYmlzUVVwNGhsalZSXC9UYUIYc0RkZjgwdm1FanB1cWx-hbnNyUTd6ajFrM1FwUGY2dTIFVvbk2MIY3ZVhiZT-BIYw4xVIVvc05Mb2Zxem5teDdrbWFXRzVCSTVGS0h-DbXdIZXhjaUJZWWFKUjNMMHNURVh1R0Rjc3c9PSJ9.CCCTyVqYIPRXRFTzPI1TFOQZQTvKvdJk63_n0AOAMfQ</p>
</div>
<div data-bbox=)

³ Ídem.

Posteriormente, el ministro Blanco, hace un análisis similar a la ministra Muñoz en cuanto al objeto de las concesiones entre el antiguo y nuevo régimen minero y, la distinción entre aquellas sustancias consagradas en el inciso primero de su artículo tercero de los siguientes incisos.

Luego, menciona al Decreto Ley 2.886, el cual reserva en su artículo 5 el litio en favor del Estado por exigirlo el interés nacional y las dos excepciones a dicha reserva, no configurándose en ellas las pertenencias de estos autos. En consecuencia, para las pertenencias de estos autos entró en plena vigencia la reserva general del litio en favor del Estado que estableció dicho Decreto Ley.

En ese sentido, El ministro Blanco menciona la LOC sobre Concesiones Mineras y el Código de Minería de 1983, para corroborar lo anterior, es decir, que el litio no es susceptible de concesión minera.

El ministro Blanco, también se detiene en la regla 5° del artículo 1 transitorio del Código de Minería de 1983, para decir que debe interpretarse sistemáticamente conforme al artículo 22 del Código Civil, para que el estatuto constitucional y legal minero y la propia ley interpretada tengan la debida correspondencia y armonía. En consecuencia para el ministro Blanco carece de toda lógica interpretar la regla transitoria entendiéndolo que los titulares de concesiones sobre cloruro de sodio nunca adquirieron derecho alguno a extender su concesión a la explotación de litio en virtud del estatuto vigente al momento de su constitución, si lo habrían adquirido en 1983 en virtud de dicha norma transitoria establecida en el Código actual, en ese sentido, se habría hecho subsistir un derecho minero que nunca se constituyó en favor del titular, y es aquello, lo que resulta contrario a todo razonamiento, aquello que nunca existió pueda subsistir. Sin perjuicio de lo anterior, haciendo caso omiso a esa barrera lógica, y entendiéndolo que la regla transitoria hubiera incorporado a las concesiones de cloruro de sodio el derecho de explotar litio, adquiriendo la calificación de concesiones válidamente constituidas con anterioridad a la reserva en favor del Estado, el ministro Blanco hace hincapié en que no debe olvidarse que en su ejercicio deben prevalecer las disposiciones del Código de Minería de 1983 y las demás leyes que componen el marco legal minero las que reiteran el carácter reservado e inconcebible del litio instaurado a partir del año 1979.

En consecuencia, el marco regulatorio bajo el cual se constituyó la pertenencia minera de la actora no le permitían explotar litio y esto se mantuvo sin variaciones con el nuevo marco jurídico vigente.

En conclusión, para el ministro Blanco resulta evidente, según su razonamiento, que no concurre la necesidad y utilidad en constituir servidumbre a favor de las pertenencias de "Simbalik Group" para su propósito de explotar y procesar litio, precisamente porque la titularidad de las pertenencias objeto de autos no le dan derecho a explorar o explotar dicho mineral.

En ese sentido, a juicio del ministro Blanco, es clara la infracción a la Ley con la dictación de la sentencia recurrida, no habiéndose aplicado correctamente el artículo 8 de la LOC sobre Concesiones Mineras y el artículo 120 del Código de Minería, debiendo llegarse a una conclusión apuesta a la del tribunal y, por tanto, revocar la sentencia en primer grado desestimándola en todas sus partes.

Conclusiones

La Constitución Política de la Republica elimina las "reservas estatales" y, en materia minera, distingue entre sustancias concesibles y no concesibles en su artículo 19 N° 24 inciso 7, de esta forma deroga orgánicamente el Decreto Ley 2.886, como una especie de la derogación tácita.

En cuanto a los efectos de la ley en el tiempo, el alcance de un derecho puede verse modificado por leyes sucesivas, diversas a la vigente al momento de su adquisición. La primera solución la constituyen las disposiciones transitorias de las leyes.

El régimen jurídico minero actual, reconoce las concesiones constituidas con anterioridad, pero regulando su goce. En ese sentido, el actual Código de Minería, en sus disposiciones transitorias, reconoce que las concesiones constituidas sobre sustancias no metálicas bajo el Código de Minería de 1932 y antes de la entrada en vigor del Decreto Ley 2.886, incorporan a su objeto, tanto las sustancias no concedidas pero que eran concesible al momento de su constitución, entre ellas el litio, como las que pasan a ser concesibles a partir de la LOC sobre Concesiones Mineras.

Bibliografía citada

DUCCI CLARO, C. (1995). Derecho civil: parte general (4a. ed.).

NOVOA VÁSQUEZ, L. (2022). Minuta en Derecho: Explotación de litio en las concesiones mineras informadas. Oficina Judicial Virtual.

OSSA BULNES, J. L. (2012). Tratado de derecho de minería (5a. ed. actualizada y ampliada.).

VERGARA BLANCO, A. (2010). Instituciones de derecho minero (1a. ed.).

Normativa citada

Constitución Política de la Republica [CPR]. Art. 19. 17 de septiembre de 2005. (Chile).

Código de Minería [CM 1932]. Ley N° 488 de 1932. Art. 3. 24 de agosto de 1932. (Chile).

Decreto Ley N° 2.886 de 1979 [Ministerio de Minería]. Deja sujeta a las normas generales del Código de Minería la constitución de pertenencias mineras sobre carbonato de calcio, fosfato y sales potásicas, reserva el litio en favor del Estado

e interpreta y modifica las leyes que señalan. 22 de octubre de 1979. Ministerio de Minería

Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras [LOC sobre Concesiones Mineras]. Ley N° 18.097 de 1982. Arts. 3, 8, 1 y 2 transitorio. 07 de enero de 1932. (Chile).

Código de Minería [CM 1983]. Ley N° 18.248 de 1983. Arts. 120 y 1 transitorio. 26 de septiembre de 1983.

Jurisprudencia citada

SIMBALIK GROUP INVERSIONES LIMITADA CON FISCO DE CHILE (MRA.) (2022): Corte Suprema, 04 de mayo de 2022 (Rol N° 13228-2022). Cuarta Sala. [Recurso de Casación en el fondo].

MINERA SALAR BLANCO S.A. CON CONSEJO DE DEFENSA (2023): Corte Suprema, 30 de mayo de 2023 (Rol N° 104697-2023). Cuarta Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].

Límites a la potestad interpretativa de la administración. Caso Sociedad Vespucio Norte con Superintendencia de Electricidad y Combustible

Limits on the interpretative powers of the administration.
Case of the Vespucio Norte Company with the
Superintendency of Electricity and Fuel

Daniel Gutiérrez Rivera*

Con ocasión de una sentencia de la Corte Suprema, que invalidó una decisión de la Superintendencia de Electricidad y Combustible, consistente en no autorizar el cambio de un usuario final al régimen de precios libres, el presente trabajo analiza los límites que el máximo tribunal impuso a la potestad interpretativa de dicho organismo público, específicamente, en lo relativo al respeto al principio de juridicidad. En tal sentido, concluye que el fallo analizado es correcto, toda vez que guía la legalidad de los actos administrativos en materia eléctrica y evita que la Administración, bajo el pretexto de su poder declarativo, pueda exigir a los administrados mayores o distintos requisitos que aquellos contemplados en la ley.

Palabras clave: potestad interpretativa, regulación eléctrica, control jurisdiccional, Superintendencia de Electricidad y Combustible.

Introducción

Un elemento esencial de todo Estado de Derecho es el correcto y oportuno control judicial de la Administración Pública. Por tal razón, el presente trabajo analiza una sentencia de la Corte Suprema, en adelante CS, dictada a pro-

On the occasion of a ruling by the Supreme Court, which invalidated the decision of the Superintendency of Electricity and Fuels, consisting of not authorizing the change of an end user to the free pricing regime, this work analyzes the limits that the highest court has imposed to the interpretative power of said public body, specifically, in relation to respect for the principle of legality. In this sense, it concludes that the analyzed ruling contemplates objective standards, which must guide the foundation of administrative acts in electrical matters, in order to prevent the Administration, under the pretext of its declaratory power, from being able to demand that older or different citizens requirements than those contemplated in the law.

Keywords: interpretative power, electrical regulation, jurisdictional control, Superintendency of Electricity and Fuel.

pósito de un reclamo de ilegalidad, en un contencioso administrativo especial¹, deducido por la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A, en adelante la Concesionaria o

¹ En ese sentido, la Ley N° 18.410, en su artículo 19 inciso 1° establece que “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante (...)”. La citada norma legal agrega que la Corte de Apelaciones respectiva deberá dar traslado del reclamo de ilegalidad a la SEC, quien tendrá el plazo de diez días hábiles para formular observaciones. Asimismo, señala que evacuado el traslado por la SEC, el tribunal ordenará traer los autos en relación y dictará sentencia dentro del término de quince días. Así pues, la norma indica que contra la resolución de la Corte de Apelaciones se podrá apelar ante la Corte Suprema, dentro del plazo de diez días hábiles.

* Abogado de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Magíster en Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho de la Energía en el Magíster en Derecho Ambiental, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Chile. Correo electrónico: d.gutierrez@udd.cl. Dirección postal: Ainavillo 456, piso 5, Concepción, Chile.

Artículo recibido el 10 de diciembre de 2024 y aceptado el 10 de diciembre de 2024

AVN, en contra de un acto administrativo emanado de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, SEC, que rechazó la pretensión de la Concesionaria consistente en migrar al régimen de precios libres².

En este contexto, y sin desconocer la potestad interpretativa de la Administración, el máximo tribunal limitó dicho poder, al indicar que fue ejercido contraviniendo el Derecho, toda vez que la SEC le exigió a la Concesionaria, para migrar a un régimen de precio libre, requerimientos no contemplados en el ordenamiento jurídico eléctrico.

El presente análisis comparte la opinión de la Corte Suprema, en el sentido que la Administración no puede, bajo el pretexto de su labor interpretativa, contravenir el texto expreso de la ley o formular exigencias diferentes de aquellas comprendidas en el Derecho vigente.

I. Narración de los hechos

1.1. Antecedentes en sede administrativa

La ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE, establece el derecho por parte del usuario final de poder optar por un régimen de tarifa regulada o de precio libre. Así, el artículo 147 numeral 4º, letra d) establece: *“Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican”: ...d) “Cuando la potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts. En este caso, el usuario final tendrá derecho a optar por un régimen de tarifa regulada o precio libre, por un período mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen. El cambio de opción deberá ser comunicado a la concesionaria de distribución con una antelación de al menos, 12 meses”*³. En ese sentido, la norma permite al usuario final del servicio eléctrico dejar el régimen de precio regulado y poder buscar un nuevo proveedor de energía en el mercado libre, a un precio más conveniente.

² El fallo que analizaremos, Rol N° 16.661-2022, fue pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en adelante CS, del ocho de mayo de dos mil veintitrés.

³ En esa línea, para suministros a usuarios finales cuya potencia conectada sea superior a 500 kilowatts, la ley dispone la libertad de precios, asumiendo la capacidad negociadora de dichos clientes y la posibilidad de éstos de proveerse –derechamente– a través del suministro desde empresas generadoras de energía eléctrica. Así, los requisitos que la ley exige para el ejercicio del derecho de opción son: a) Usuario final con una potencia conectada superior a 500 kW hasta los 5.000 kW; y b) Período mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen.

En virtud de lo anterior, con fecha 21 de diciembre de 2020, la Concesionaria comunicó a su suministrador de energía eléctrica, Enel Distribución Chile S.A., Enel, su intención de terminar la relación con su proveedor y de optar a un régimen de precios libres, según el derecho contenido en el artículo 147 LGSE. No obstante, el 10 de febrero de 2021, Enel respondió a AVN que no era factible realizar la migración antedicha, por cuanto ninguno de los 33 suministros de AVN cumplía con el requisito de contar con una potencia conectada mínima de 500 kilowatt⁴.

Debido a la respuesta de Enel, con fecha 24 de febrero de 2021, AVN solicitó a la SEC la emisión de un pronunciamiento sobre la factibilidad de traspasar a régimen de precio libre sus suministros de energía. Frente a dicha solicitud, la SEC concluye que no es viable el traspaso de AVN de usuario regulado a cliente libre. En esa línea, el organismo público establece que un usuario puede optar a régimen de tarifa libre cuando la potencia máxima que es capaz de demandar, de acuerdo con las características físicas del empalme que lo alimenta, supera los 500 kW. En ese sentido, agrega la SEC, ninguno de los 33 suministros de AVN cumplía con el requisito de contar con una potencia conectada mínima de 500 kilowatt. La autoridad sectorial justifica esta conclusión, en virtud al ejercicio de su potestad interpretativa que le confiere el artículo 3, numeral 34 de la Ley N° 18.410.

En razón de lo anterior, AVN interpone ante la SEC un recurso de reposición, en contra del acto administrativo que rechazó su solicitud de cambio al régimen de precio libre. Este fue rechazado por la autoridad administrativa, con fecha 5 de noviembre de 2021, por estimarse que la recurrente no aportó antecedentes que permitieran modificar lo ya resuelto, en consecuencia, se confirmó la resolución.

1.2. Antecedentes en sede judicial

En dicho contexto, la concesionaria presenta un reclamo de ilegalidad ante de la Corte de Apelaciones de Santiago, acción que fue desestimada por dicho tribunal, señalándose que la SEC se había ajustado a la normativa

⁴ Cabe señalar que AVN es un cliente o usuario final del sistema eléctrico nacional, que, para el desarrollo de sus actividades empresariales requiere de suministro de energía eléctrica. Para ello, cuenta con conexiones al suministro eléctrico a través de 33 empalmes, con una potencia conectada total de 2.468 kW, instalados en 7 comunas, cuyo consumo energético es facturado conjuntamente en una única cuenta corporativa

vigente⁵. Ante dicha decisión, AVN interpone recurso de apelación que conoce la CS, cuya sentencia analizamos en este trabajo.

Las alegaciones por parte de AVN en contra de la SEC ante el máximo tribunal, discurren en exigencias legales de ésta última que no estarían contempladas por el legislador, para migrar al régimen de precios libres, como también, en una errada interpretación de la normativa eléctrica por parte del órgano de la Administración del Estado. En ese sentido, AVN señala que el artículo 147, letra d) solo exige un requisito de potencia conectada al usuario final, esto es, que sea superior a 500 kilowatts, y en parte alguna requiere que se cuente con una única conexión, o que se trate de un mismo empalme o de empalmes ubicados en una misma comuna, como lo exige la superintendencia.

Igualmente, la concesionaria consigna lo que establece el artículo 225 de la LGSE, relativo a las definiciones de las palabras usadas en la misma. En tal sentido, señala que cuando el legislador define las expresiones usuario o cliente, establece, expresamente, que este es "la persona natural o jurídica que acredite dominio sobre un inmueble o instalaciones que reciben servicio eléctrico. En este inmueble o instalación quedarán radicadas todas las obligaciones derivadas del servicio para con la empresa suministradora". Es decir, según AVN, el legislador no habla de empalmes, como si lo hace la superintendencia, sino de inmueble o instalaciones que reciben servicio eléctrico, que, en este caso, pertenecen a un único usuario final, es decir, la concesionaria.

Asimismo, la concesionaria indica que se habría incurrido en discriminación arbitraria en su perjuicio, toda vez que la SEC autorizó con anterioridad, en un caso de similares características, a la Municipalidad de Recoleta⁶ a migrar al régimen de precios libres, estableciendo que ésta se encontraba habilitada para ejercer dicha opción, toda vez que "la potencia máxima que es capaz de demandar la municipalidad, dada la capacidad de sus empalmes, con independencia del número de éstos últimos, alcanza los 643 kw, cumpliéndose con ello el requisito de una potencia conectada superior a 500 kw"⁷.

⁵ C.A de Santiago, Rol 569-2021.

⁶ Resolución Exenta N° 31.746, de fecha 31 de enero de 2021, de la SEC.

⁷ Resolución Exenta N° 31.746, de fecha 31 de enero de 2021, la cual resuelve a favor de la Ilustre Municipalidad de Recoleta, para que ésta pueda migrar a tarifa libre su alumbrado público. La Superintendencia de Electricidad

Al respecto, AVN observa que la única diferencia real con el Municipio de Recoleta, en relación con los hechos, es que sus empalmes se encuentran ubicados en más de una comuna, y añade que dicha circunstancia no constituye impedimento técnico o regulatorio a la luz de la normativa vigente. De igual forma, la concesionaria consigna la improcedencia de la exigibilidad legal por parte de la SEC, del deber de contar con un punto de medida único para la facturación del servicio, resaltando que la multiplicidad de conexiones es una condición también aplicable y aceptada por la SEC, por ejemplo, en el alumbrado público municipal, como en el mencionado caso de Recoleta⁸.

Por su parte, la SEC reitera lo señalado en sede administrativa, en el sentido de haber actuado en ejercicio de la potestad interpretativa que le confiere el artículo 3, numeral 34 de la Ley N° 18.410. En esa línea, reafirma que un usuario solo puede optar a régimen de tarifa libre cuando su potencia máxima es superior los 500 kW. Al efecto, la SEC circunscribe a la configuración física del empalme como presupuesto para optar a la tarifa libre, y no a la realidad comercial o propiedad de la instalación que recibe suministro eléctrico. De manera tal, agrega la SEC, que la existencia de una sola facturación no es suficiente para optar a un cambio de régimen tarifario, cuando existen distintos empalmes y multiplicidad de conexiones.

De igual forma, la superintendencia indica que, con respecto al análisis de la aplicación del artículo 147°, letra d) de la LGSE, cabe hacer presente que la distinción entre clientes sometidos y no sometidos a regulación de precios, efectuada por el referido artículo 147°, se basa en la potencia conectada del usuario final, la cual es definida por el artículo 225, letra l) de la LGSE, como la "potencia máxima que es capaz de demandar un

y Combustibles, resolvió en favor de dicho municipio, estableciendo que se encontraba habilitada para ejercer la opción de cliente libre, toda vez que "la potencia máxima que es capaz de demandar la municipalidad, dada la capacidad de sus empalmes, alcanza los 643 kw, cumpliéndose con ello el requisito de una potencia conectada superior a 500 kw". En igual condición, la Resolución (exenta) N° 530 de fecha 19 de julio de 2018 de la SEC, emitió la nómina de clientes libres, en dicha nómina junto con una serie de empresas, se incluye a Merval, metro de Valparaíso, empresa que opera el servicio ferroviario desde el Puerto de Valparaíso hasta Limache, por lo cual posee una condición análoga a la de Autopista Vespucio Norte, en cuanto a contar con múltiples empalmes, ubicados en distintas comunas.

⁸ Ídem.

usuario final dada la capacidad del empalme." Al referirse esta norma a "la capacidad del empalme", entiende la SEC que el legislador asocia la noción de usuario final con un empalme determinado, y no con algún número indeterminado de ellos. En ese sentido, la SEC, en su resolución de rechazo, señala que los empalmes de AVN están ubicados en siete comunas y son alimentados por múltiples subestaciones primarias, por lo que la Sociedad Concesionaria no puede considerarse como un "único cliente", lo que le impediría optar por la modalidad de cliente libre.

Asimismo, la SEC indica que según lo que establece el Decreto 4T de 2018 del Ministerio de Energía, que fija los peajes de distribución aplicables al servicio de transporte que prestan las concesionarias de distribución eléctrica, se requiere contar con equipos de medida que permitan determinar la demanda máxima de potencia leída y la energía activa y reactiva consumida, instrumentos que, en el caso que se analiza, AVN no posee. Añade, finalmente, que la concesionaria no puede considerarse como un único cliente, por encontrarse sus empalmes en distintas comunas, realidad que impide aplicar la tarifa de peajes, cuyo importe varía en cada comuna y alimentador primario.

Con respecto a la situación de la Municipalidad de Recoleta, la superintendencia señala que en esta existían diferencias sustanciales en los suministros eléctricos, que la obligaban a adoptar una decisión distinta. En efecto, en el caso de AVN, agrega la SEC, ENEL entrega suministro eléctrico a través de 33 empalmes, con una potencia total de 2.468 kW, instalados en 7 comunas y alimentados desde subestaciones primarias distintas, en consecuencia, según la SEC, AVN no puede considerarse como un único cliente, lo que le impide optar a ser cliente libre bajo la actual configuración de sus instalaciones.

De igual manera, la SEC indicó que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 120 de la LGSE y el numeral 10 sobre Medición y Facturación del Decreto 4T del Ministerio de Energía, que fija peajes de distribución aplicables al servicio de transporte que presten las empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad, para efectos de medición y facturación se requieren equipos de medida que permitan determinar la demanda máxima de potencia leída y la energía activa y reactiva consumida por el cliente libre, que en el caso que se analiza no se tendrían. En otras palabras, los equipos de medida

deberían poder registrar una sola medida de los consumos de energía y potencia de todos los elementos conectados a los 33 empalmes independientes. Además, como el alumbrado de AVN se encuentra establecido en distintas comunas, no se podría aplicar la tarifa de peajes al cliente libre único, ya que sus precios son distintos para cada una de ellas.

En conclusión, la superintendencia establece que nos es factible para AVN migrar de un régimen de precio regulado a uno libre, al no verificarse los requisitos establecidos en la ley, ya que ninguno de sus 33 suministros cumple con la condición de contar con una potencia conectada mínima de 500 kilowatt.

II. Análisis del fallo: Ilegalidad en el ejercicio de la potestad administrativa de la SEC

Lo primero que debemos indicar, es que en el fallo analizado la Corte Suprema no pone en duda la potestad interpretativa de la SEC, lo cual, sin embargo, no significa que esta deba ser ejercida con abuso o arbitrariedad⁹. Luego, con respecto a la pretensión de AVN, de migrar a un régimen de precios libres, el máximo tribunal señala que el artículo 147 numeral 4º letra d) de la LGSE, confiere el derecho de opción a los clientes cuya potencia conectada sea superior a 500 kilowatts pero inferior a 5.000, sin mayor exigencia que permanecer en el régimen al que opten durante un periodo mínimo de cuatro años, y comunicar su opción a la distribuidora con una antelación de doce meses. Es decir, la CS, primeramente, deja en claro que los únicos requisitos exigibles para optar por el cambio de régimen de tarifa son:

⁹ En relación con esto, se ha sostenido que no hay actos administrativos que estén exentos del control judicial, pudiendo los tribunales revisar la legalidad de cualquier acción de la autoridad, debiendo, los actos de la administración cumplir con todos los aspectos y requisitos que establezca la ley. En ese sentido, y tal como lo señala Rosa Fernanda Gómez, la discrecionalidad, en sí misma, no es sinónimo de arbitrariedad; es su ejercicio abusivo y sin límites lo que está prohibido. Para evitar excesos en el uso de este poder, existen límites que aseguran un ejercicio responsable, además de diversos mecanismos de control que equilibran dicho poder. GOMEZ, Rosa (2020): Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 2, pp. 193-218. Asimismo, la jurisprudencia ha puesto límites a dicha potestad "la potestad interpretadora que la ley ha conferido a la Superintendencia no habilita a tal repartición para contravenir texto expreso y formular exigencias adicionales, complementarias o diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente" Ferrón con Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Tercera Sala de la Corte Suprema. Rol N° 8387-2019, sentencia de fecha de 22 de julio 2019 (Civil, apelación reclamación).

a) usuario final con una potencia conectada superior a 500 kW hasta los 5.000 kW; y b) período mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen¹⁰.

Lo anterior queda reflejado en lo que expresa el considerando noveno del fallo: *“Que, como se puede apreciar, la primera regla transcrita confiere el derecho de opción a los usuarios finales cuya potencia conectada sea superior a 500 kilowatts, pero inferior a 5.000 kilowatts, sin mayor exigencia que permanecer en el régimen al que opten durante, a o menos, cuatro años, y comunicar su opción a*

*la distribuidora con una antelación mínima de doce meses”*¹¹.

A continuación, la CS describe los artículos 147, 120 y 225 letras l y q) de la LGSE, como también el artículo 330, numeral 13° de su Reglamento, que versan sobre cinco conceptos fundamentales del presente caso y que fueron esgrimidos por las partes, pero con interpretaciones disímiles, los cuales son: opción de tarifa libre, potencia conectada, usuario, empalme y peajes de distribución. De igual forma, hace mención a aspectos relativos a la multiplicidad de empalmes de AVN, que éstos se encuentran en diferentes comunas, que el concesionario cuente con instalaciones interiores y exteriores, como también, a las eventuales dificultades para el cobro del peaje de distribución.

En este punto, es interesante apreciar que la CS no entra en el fondo de las argumentaciones de las partes¹², sobre los referidos conceptos técnicos eléctricos, sino que, derechamente, se circunscribe a indicar que estos aspectos no conforman obligaciones adicionales a lo establecido en el artículo 147, numeral 4° letra d) de la LGSE. Del mismo modo, y en concordancia con jurisprudencia del máximo tribunal¹³, la Corte entiende que los componentes técnicos enunciados deben comprenderse como elementos que forman parte del sistema eléctrico, pero no constituyen, en caso alguno, requisitos adicionales para ejercer el derecho de opción de cambio de régimen tarifario.

En esa línea de razonamiento, y en relación a las eventuales dificultades para el cobro del peaje de distribución¹⁴, esgrimidas por la

¹⁰ Artículo 147°. Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican:

¹ Los suministros a usuarios finales cuya potencia conectada es inferior o igual a 5.000 kilowatts, ubicados en zonas de concesión de servicio público de distribución o que se conecten mediante líneas de su propiedad o de terceros a las instalaciones de distribución de la respectiva concesionaria;

² Los suministros a usuarios finales de potencia conectada inferior o igual a 5.000 kilowatts, efectuados desde instalaciones de generación o transporte de una empresa eléctrica, en sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación;

³ Los suministros que se efectúen a empresas eléctricas que no dispongan de generación propia, en la proporción en que estas últimas efectúen a su vez suministros sometidos a fijación de precios. Lo anterior cuando se trate de sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación, y

⁴ Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada a solicitud de la Superintendencia o de cualquier interesado, sean expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria.

Para efectos de aplicar el límite señalado en los números 1 y 2, no podrá existir más de un empalme asociado a un suministro de un usuario final cuando sus instalaciones interiores se encuentren eléctricamente interconectadas.

No obstante, los suministros a que se refieren los números 1 y 2 anteriores podrán ser contratados a precios libres cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

^{a)} Cuando se trate de servicio por menos de doce meses;

^{b)} Cuando se trate de calidades especiales de servicio a que se refiere el inciso segundo del artículo 130°;

^{c)} Cuando el momento de carga del cliente respecto de la subestación de distribución primaria sea superior a 20 megawatts-kilómetro, y

^{d)} Cuando la potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts. En este caso, el usuario final tendrá derecho a optar por un régimen de tarifa regulada o de precio libre, por un período mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen. El cambio de opción deberá ser comunicado a la concesionaria de distribución con una antelación de, al menos, 12 meses.

^{e)} Ministerio de Energía podrá rebajar el límite de 500 kilowatts indicado en esta letra, previo informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹¹ El fallo Rol N° 16.661-2022, considerando N° 9.

¹² La CS no se pronuncia con respecto a las alegaciones de las partes relativo a la I. Municipalidad de Recoleta, como tampoco que los empalmes de AVN se encuentran emplazados en diferentes comunas.

¹³ Ferrón con Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Tercera Sala de la Corte Suprema. Rol N° 8387-2019, sentencia de fecha de 22 de julio 2019. (Civil, apelación reclamación).

¹⁴ Al respecto el artículo 120 de la LGSE establece: *“Peajes de Distribución. Los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad estarán obligados a prestar el servicio de transporte, permitiendo el acceso a sus instalaciones de distribución, tales como líneas aéreas o subterráneas, subestaciones y obras anexas, en las condiciones técnicas y de seguridad que se establezcan, para que terceros den suministro a usuarios no sometidos a regulación de precios ubicados dentro de su zona de concesión. Quienes transporten electricidad y hagan uso de estas instalaciones conforme al inciso anterior estarán obligados a pagar al concesionario un peaje igual al valor agregado de distribución vigente en la zona en que se encuentra el usuario, dentro de la respectiva área típica, ajustado de*

SEC para negar el cambio de régimen, en el sentido que se requieren ciertos equipos de medida por parte de AVN, el máximo tribunal establece que la correcta aplicabilidad del cobro del mismo, podría justificar, según sea el caso, la adopción de ciertas herramientas o cálculos destinados a alcanzar esos objetivos, pero, bajo ningún respecto, éstos pueden ser interpretados como obstáculos que dificulten el acceso del usuario a un régimen que la ley le garantiza.

En virtud de lo anterior, la CS desestima los argumentos esgrimidos por la SEC, que impidieron a AVN cambiar al régimen de precios libres, indicando, sin entrar en un análisis mayor de los mismos, que estos, es decir, que las instalaciones de AVN cuentan con diferentes empalmes, la multiplicidad de conexiones, ubicados en diversas comunas y alimentados por distintas subestaciones, no tienen sustento en la normativa eléctrica, reiterándose la idea que constituyen requisitos o condiciones adicionales para optar al cambio de régimen, no establecidos en el artículo 147 de la LGSE.

Posteriormente, la CS se hace cargo del argumento de la SEC, referido a la configuración física del empalme como presupuesto para optar a la tarifa libre, y no a la realidad comercial o propiedad de la instalación que recibe suministro eléctrico, asociando la noción de usuario final con un empalme determinado y no con algún número indeterminado de ellos.

A este respecto, es pertinente indicar que la CS tuvo como referencia principal lo establecido en los incisos 2° y 3° del artículo 147 de la LGSE, que señalan: *“Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican: 2° Para efectos de aplicar el límite señalado en los números 1 y 2, no podrá existir más de un empalme asociado a un suministro de un usuario final cuando sus instalaciones interiores se encuentren eléctricamente interconectadas. 3° No obstante, los suministros a que se refieren los números 1 y 2 anteriores podrán ser contratados a precios libres cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:*

modo tal que si los clientes no regulados adquirieran su potencia y energía a los precios de nudo considerados para establecer la tarifa de los clientes sometidos a regulación de precios de la concesionaria de servicio público de distribución en la zona correspondiente, el precio final resultará igual al que pagarían si se les aplicara las tarifas fijadas a la referida concesionaria en dicha zona”. La exigencia de contar con equipamiento técnico se encuentra en el numeral del 10 sobre Medición y Facturación del Decreto 4T, de 2018.

d) Cuando la potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts.

La CS consigna que la condición de un empalme asociado a un usuario final, se establece, exclusivamente, para que el cliente pueda ser incluido en el régimen de fijación de precios, pero no es un requisito para integrar la modalidad de precios libres. Desestimando, de dicha forma, la interpretación de la superintendencia, que asociaba la noción de usuario final con un empalme determinado.

Lo precedentemente comentado, queda expresado en el considerando décimo del fallo: *“Que, de este modo, los cuestionamientos formulados por la SEC a AVN carecen de sustento en los preceptos que específicamente reglan la materia, si se considera que se está en presencia de un único usuario, quien en su calidad de concesionario subroga al Estado en la obligación sectorial que le corresponde como propietario del bien fiscal concesionado, como es el caso de la autopista Vespucio Norte. De esta manera, la multiplicidad de empalmes, que éstos se encuentren en diferentes comunas, que AVN cuente con instalaciones interiores y exteriores, y las eventuales dificultades para el cobro del peaje de distribución, constituyen factores ajenos a las disposiciones referidas que, en caso alguno, pueden obstar al ejercicio del derecho del cliente a acceder al régimen de precios libres. En efecto, la mención a un empalme único y a instalaciones interiores, contenida en el inciso 2° del artículo 147, dice relación con condiciones para que el usuario pueda ser incluido en el régimen de fijación de precios, no de precios libres. Por otro lado, la adecuada medición de la potencia y la manera de cobrar correctamente el peaje de distribución, podrían constituir motivos para la implementación de instrumentos o cálculos tendientes a lograr aquellas finalidades, pero, en caso alguno, pueden constituir razones interpretativas que imposibiliten el acceso del cliente o usuario a un régimen que la ley pone a su disposición, por no existir precepto expreso que así lo impida”*¹⁵.

En concordancia con lo anterior, el máximo tribunal establece, acertadamente a nuestro juicio, que las exigencias solicitadas por la superintendencia, a través del ejercicio de su potestad interpretativa, para migrar a un régimen de precio libre, no tienen soporte en la regulación que rige la materia. Razón por la cual, señala que la SEC, al rechazar el acceso de AVN al régimen de precios libres, ha infrin-

¹⁵ El fallo rol N° 16.661-2022 considerando N° 10.

gido lo dispuesto en el artículo 147, literal d) de la LGSE, ameritando que su actuación sea enmendada. En ese sentido, la CS ordena que queden sin efecto los actos administrativos contenidos en el Ordinario N° 8828, de 20 de abril de 2021, y en la Resolución Exenta N° 34.984, de 5 noviembre de 2021, ambos de la superintendencia, y que se autorice a AVN a migrar al régimen de precios libres en los términos previstos en el artículo 147, literal d) de la LGSE.

Lo anterior se refleja en el considerando undécimo: *Que, en las anotadas condiciones, resulta manifiesto que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, al rechazar el acceso de Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A. al régimen de precios libres, ha infringido lo dispuesto en el artículo 147, literal d) de la Ley General de Servicios Eléctricos, ameritando que su actuación sea enmendada en los términos que se dirá en lo resolutive. Por estos fundamentos, disposiciones citadas y lo establecido en el artículo 19 de la Ley N° 18.410, se revoca, sin costas, la sentencia apelada de cinco de mayo de dos mil veintidós, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y en su lugar se decide que se acoge la reclamación escrita en lo principal de la presentación folio N° 1 del expediente digital, declarándose: i. Que se deja sin efecto el Ordinario N° 8828 de 20 de abril de 2021 y la Resolución Exenta N° 34.984 de 5 noviembre de 2021, actos, ambos, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. ii. Que la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A. podrá someter la Obra Pública Fiscal denominada "Sistema Américo Vespucio Norponiente, Av. El Salto – Ruta 78" al régimen de precios libres, en los términos previstos en el artículo 147, literal d) de la Ley General de Servicios Eléctricos¹⁶.*

Comentarios finales

A modo de resumen de todo lo expuesto, podemos indicar que los argumentos esgrimidos por AVN en contra de la resolución de la SEC, que no autorizó el cambio a un régimen de precios libres, discurren en exigencias legales de ésta última que no estarían contempladas por el legislador, como también, en una errada interpretación de la normativa eléctrica por parte del órgano administrativo. Por su parte, la SEC asevera haber actuado en el ejercicio de la potestad interpretativa que le confiere la ley.

¹⁶ El fallo rol N° 16.661-2022, considerando N° 11.

Frente a dicho dilema, la CS no pone en duda la potestad interpretativa de la superintendencia (SEC). Sin embargo, establece que las exigencias solicitadas por la SEC a la concesionaria, para migrar a un régimen de precio libre, no tienen soporte en la regulación que rige la materia. Al efecto, el máximo tribunal deja en claro que los únicos requisitos establecidos por la ley, para un cambio de régimen, son los contemplados en el artículo 147 numeral 4 letra d), y en este caso, AVN los cumple.

En ese sentido, la CS desestima los argumentos de la SEC para no autorizar a AVN al cambio de régimen a precios libres, indicando que el contar con diferentes empalmes, multiplicidad de conexiones, ubicados en diversas comunas y alimentados por distintas subestaciones, no constituyen requisitos o condiciones adicionales para optar al cambio de régimen establecido en el artículo 147 de la LGSE.

Igualmente, el máximo tribunal señala que la exigencia de un empalme asociado a un usuario final, dice relación con condiciones para que el cliente pueda ser incluido, exclusivamente, en el régimen de fijación de precios, no de precios libres, como es el caso de AVN.

De todo lo dicho, podemos señalar que, si bien la SEC reclama su potestad interpretativa, dicha facultad tiene límites, tal como lo ha establecido la misma CS¹⁷, es decir, el ejercicio de tal poder está sujeto a las barreras establecidas por el Derecho, las cuales deben ser resguardadas por los tribunales de justicia. Este deber de resguardo cobra mayor relevancia cuando nos encontramos frente al ejercicio de la potestad discrecional de la administración¹⁸, especialmente aquella de carácter técnico, como en el presente caso.

¹⁷ Por ejemplo, causa rol N° 12.907-2018, de fecha 26 de septiembre de 2019.

¹⁸ En cuanto a la discrecionalidad técnica, se ha argumentado el problema en relación a su control judicial, fundamentalmente por los conceptos técnicos que aquella involucra, lo que ha llevado a discutir si éstos deben ser interpretados en favor de la Administración, o bien ser objeto de un control pleno. En una posición próxima a un control judicial restringido encontramos a Sánchez Morón quien señala que exceptuando gruesos yerros de apreciación, no sería conforme a derecho reemplazar la opinión técnica de la administración por la del juez. Por su parte, Tomás Ramón Fernández y otros, discrepan de la idea de que la discrecionalidad técnica se encuentre excluida del control judicial, en relación a las valoraciones técnicas realizadas por los órganos administrativos, entendiéndose que todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales. HUEPE, Fabián (2016) La actividad discrecional de la administración y su control jurídico. Tesis doctoral, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Pp. 121-123

Ahora bien, más allá de aquello, podemos señalar que siempre es procedente el control jurisdiccional de los actos discrecionales por parte de la administración, toda vez que éstos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley. En esta línea, en el fallo analizado, la CS establece un límite a la potestad discrecional de la administración, y establece que la interpretación jurídica que efectúa la SEC es errónea e ilegal, toda vez que establece exigencias no contempladas en el ordenamiento jurídico, resguardando, de dicha manera, el principio de juridicidad, que, como sabemos, constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho, contemplado a nivel Constitucional y legal, y, por lo mismo, la fuente principal de todo obrar administrativo¹⁹.

Lo anterior es destacable, toda vez que, a pesar de ser una materia densa de conocer y compleja de resolver, en relación a las actuaciones e interpretaciones normativas de un organismo eminentemente técnico, la CS logra establecer un límite a la extensión de la potestad interpretativa de la SEC, sin dejar de reconocer la importancia de la misma.

En términos prácticos, lo anterior se traduce en una forma de proteger el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, toda vez que se impide una interpretación administrativa que restrinja o contravenga tal derecho fundamental. Por lo mismo, el máximo tribunal declaró la ilegalidad del actuar de la SEC, por actuar fuera de su marco legal, revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y acogió el reclamo de ilegalidad interpuesto por AVN, autorizando el cambio a un régimen de precios libres.

¹⁹ Con respecto al principio de juridicidad el profesor Bermúdez señala lo siguiente: "Resulta más difícil cambiar el uso de una expresión arraigada en el lenguaje jurídico que el texto de una norma. Algo de aquello ocurre con la expresión "principio de legalidad". Si releemos el artículo 6°, veremos que la única referencia expresa a la ley está en el inciso 3° para referirse a las sanciones por la infracción a los incisos 1° y 2°. En realidad, más propio que hablar de legalidad corresponde hablar de juridicidad, y sobre todo nosotros, que en los incisos 1° y 2° del artículo 6° contamos con una sujeción a la CPR y al resto del ordenamiento jurídico. Y ello resulta de vital importancia, toda vez que no se agota el principio con la sujeción solo a la ley, el principio de juridicidad supone respetar toda la pirámide normativa, en cuanto al grado y en cuanto a la materia. Es más bien una sujeción al "bloque de la juridicidad". Bermúdez Soto, Jorge. (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). *El Derecho Administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Ediciones DER.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2020). *Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía*. Revista de Administración Pública (212) (pp. 309-346). <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12>
- ENCINAR ARROYO, Nuria (2018). *Derecho del Comercio Eléctrico*. Primera Edición, Aranzdi.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio; YÁÑEZ REBOLLEDO, Eduardo (2017) *Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica*. Legal Publishing, Santiago.
- FEOLI VILLALOBOS, Marco (2015) *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (pp. 173-198).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 1er Semestre) (pp. 251-277).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2012). *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses*. Revista de Derecho (Valdivia), 25(1) (pp. 103-126).
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2017). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). Aranzdi.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2013). *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*. Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2020): *Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración*. Revista Ius et Praxis, Año 26, N° 2 (pp. 193-218).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2016). *La actividad discrecional de la administración y su control jurídico*. Tesis doctoral para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. (pp. 121-123).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2021) et al. (coords.) *El derecho administrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina*. Actas de las VII Jornadas Chileno-Argentinas de Derecho Administrativo (Santiago: DER Ediciones).
- MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2021). "La revisión judicial de las sanciones eléctricas". Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 34 [julio-diciembre 2021] (pp. 157-182).
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (2023). *Jurisprudencia suprema sobre Procedimientos y Actos Administrativos*. Tópicos relevantes al 2023. Ediciones DER.
- OBSERVATORIO JUDICIAL (2022), *Judicialización de la política y activismo judicial, una clarificación conceptual*, Informe N° 42, 24 de mayo. Disponible en <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2022/05/Informe-N%C2%B042-Judicializacion-y-activismo-judicial.pdf> (pp. 1-15) Revisado con fecha 28.11.2024
- PLAZA REVECO, Rafael (2021). "El derecho a la portabilidad eléctrica. Análisis crítico del proyecto de ley chileno que lo establece" Revista de Dere-

cho Administrativo Económico, N° 34 [julio-diciembre 2021] (pp 183-199).

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2021): *Jurisdicción contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales procedimientos aplicables*. Ediciones DER. (Pp. 57).

RAPHAEL Y TALUS, Kim (2016). *The Evolution of Energy Law and Energy Jurisprudence: Insights for Energy Analysts and Researchers*. Energy Research and Social Science (19) (pp. 1-10)

SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique (2010): *Sistema y mercado eléctrico* (Santiago: Legal Publishing).

TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Estudios Públicos, N° 139, Chile (pp. 7-65).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2007): *El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis*. (Revista Derecho Administrativo N° 52, Buenos Aires) (pp. 213-224)

VERGARA BLANCO, Alejandro (2018): *Derecho de energía: identidad y transformaciones* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile)

VERGARA BLANCO, Alejandro (2021) *El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, III: Líneas y vacilaciones durante 2020 en veinte temas de la disciplina*. Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 33 (pp. 299-344).

Normativa citada

Boletín N° 13782-08, que establece proyecto de ley sobre el derecho a la portabilidad eléctrica modificando la LGSE.

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto Supremo N° 327 de 1997 del Ministerio de Minería que aprobó el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Decreto N° 4/20018 con fuerza de ley. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1, de minería, de 1982, de la Ley General de Servicios Eléctricos y posteriores modificaciones.

DS N° 4T Ministerio de Energía de 2018 que fija peajes de distribución aplicables al servicio de transporte que presenten las empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad que se indican.

Ley N° 18.575 de bases generales de la Administración del Estado.

Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles

Resolución Exenta N° 31.746 de la SEC, de fecha 31 de enero de 2021.

Jurisprudencia citada

Andes Iron Spa con Servicio de Evaluación Ambiental (2019): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2019 (Rol N° 12.907-2018). Tercera Sala (Civil, Casación Forma y Fondo).

Compañía General de Electricidad S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2023): Corte Suprema, 8 de noviembre 2023 (Rol N° 183484-2023). Tercera Sala (Civil, apelación reclamación).

Cooperativa Regional Eléctrica Llanquihue Ltda con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2020): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 20 de abril 2020 (Rol Contencioso Administrativo N° 43-2019). (Reclamo de ilegalidad).

Cooperativa Regional Eléctrica Llanquihue Limitada en contra de la Superintendencia de Electricidad y Combustible (2020): Corte Suprema, 28 de octubre de 2020 (Rol N° 50.520-2020). Tercera Sala (Civil, apelación reclamación).

Ferrón con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2019): Corte Suprema, 22 de julio 2019 (Rol N° 8387-2019). Tercera Sala (Civil, apelación reclamación).

Sociedad Concesionaria Vespucio Norte S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo 2022 (Rol Contencioso Administrativo N° 569-2021). (Reclamo de ilegalidad).

Sociedad Punta de Lobos S.A. con SEC (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de mayo 2022 (Rol Contencioso Administrativo N° 28-2022) (Reclamo de ilegalidad).

Sociedad Punta de Lobos S.A. con SEC (2022): de la Corte Suprema, 16 de diciembre 2022 (Rol N° 19.886-2022). Tercera Sala (Civil, apelación reclamación).

Sociedad Concesionaria Vespucio Norte S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2023): Corte Suprema, 8 de mayo 2023 (Rol N° 16.661-2022). Tercera Sala (Civil, apelación reclamación).

El desigual tratamiento de la Corte Suprema en dos solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas con situaciones de hecho similares

The unequal treatment by the Supreme Court in two applications for the regularization of water use rights in comparable factual circumstances

Gonzalo Muñoz Escudero*

Se comentan dos fallos de la Corte Suprema sobre regularización de derechos de aguas, con criterios disímiles ante situaciones de hecho similares; ya que en ninguno de esos dos casos se usaban las aguas de manera ininterrumpida.

Palabras clave: Derecho de aprovechamiento de aguas, regularización, uso ininterrumpido.

Introducción

Los procedimientos de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas son aquellos que tienen por objeto que tales derechos puedan ser inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, ya sea porque nunca han estado inscritos o porque lo están a nombre de una persona que no es su actual titular¹.

Ahora bien, la inscripción conservatoria de los derechos de aprovechamiento de aguas conllevará el registro de los mismos en el Catastro Público de Aguas, a cargo de la Dirección General de Aguas, lo que podrá tener lugar en la medida que tales derechos

This commentary addresses two Supreme Court rulings on the regularization of water use rights, which applied differing criteria to comparable factual circumstances. In neither case were the waters being used continuously.

Keywords: Water use rights, regularization, continuous use.

estén perfeccionados; lo cual, a su vez, habilitará a sus titulares para efectuar ante dicho organismo diversas tramitaciones relativas a ellos (solicitud de autorización de construcción de obras hidráulicas para poder ejercerlos, traslado de ejercicio, cambio de punto de captación, entre otras)².

Sin embargo, la circunstancia de que los derechos de aprovechamiento de aguas estén inscritos en el Conservador de Bienes Raíces competente y registrados en la Dirección General de Aguas, a nombre de sus actuales titulares, es de interés no solo de éstos; si no que, también, de dicho organismo público, puesto que, en la medida que éste cuente con información fidedigna sobre el particular podrá ejercer de mejor manera las atribuciones que le confiere el Código de Aguas³.

Es por las razones anteriores, entonces, que el legislador ha establecido los procedimientos de regularización de los derechos de

* Abogado. Magister en Derecho de Aguas por la Universidad de Atacama. Profesor de Derecho de Aguas en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y en el Diplomado de Derecho de Recursos Naturales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: gonzalo.munozes@mail.udp.cl. Dirección postal: Avenida Apoquindo N° 3910, piso 10, Las Condes, Santiago de Chile. ORCID: 0009-0008-3053-9150.

¹ Según los artículos 21 y 121 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento de aguas se sujeta al estatuto jurídico de los inmuebles, razón por la cual la inscripción conservatoria de los mismos es requisito, prueba y garantía de su posesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 724, 728, 924 y 2505 del Código Civil.

Artículo recibido el 13 de diciembre de 2024 y aceptado el 16 de diciembre de 2024

² Así lo disponen el artículo 122 inciso 5° del Código de Aguas y en el artículo 33 inciso 1° del reglamento del Catastro Público de Aguas (Decreto N° 1.220 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas.

³ Entre dichas atribuciones, es posible mencionar las siguientes: planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, fiscalizar el cumplimiento de la normativa vigente, y elaborar anualmente el listado de aquellos derechos que deben pagar patente por no uso (artículos 299 letra a), 172 bis y siguientes, y 129 bis 7 inciso 1°, respectivamente).

aprovechamiento de aguas, en los artículos 1º, 2º y 5º transitorios del Código de Aguas; cada uno de los cuales se refiere a hipótesis distintas.

En particular, el artículo 2º transitorio establecía, hasta antes de su modificación por la Ley N° 21.435, de 2022, que reformó el Código de Aguas, tres casos en los cuales permitía regularizar derechos de aprovechamiento de aguas⁴:

a) Derechos de aprovechamiento inscritos que estuvieran siendo usados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas (29 de octubre de 1981);

b) Derechos de aprovechamiento no inscritos; y

c) Derechos de aprovechamiento que se extraen en forma individual de una fuente natural.

Usualmente, se aplicó el artículo 2º transitorio solo para las dos últimas hipótesis, ya que aquellos derechos de aprovechamiento de aguas que se encontraran en el primer caso pueden ser regularizados en el artículo 1º transitorio.

Ahora bien, el artículo 2º transitorio establecía tanto requisitos de fondo que debían cumplir quienes querían regularizar un derecho de aprovechamiento de aguas, como normas procedimentales, conforme a las cuales debía tramitarse la solicitud respectiva.

Entre los requisitos de fondo, cabe mencionar, en primer término, uno que es común a todos los casos de regularización de derecho de aprovechamiento, consistente en el uso efectivo de las aguas sobre las que éste recae a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas; y –en los casos específicos previstos en el artículo 2º transitorio– que el interesado hubiera cumplido cinco años de uso ininterrumpido de tal uso, contado desde que hubiese comenzado a hacerse, y que se haya efectuado libre de clandestinidad y violencia y sin reconocer dominio ajeno.

En definitiva, el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en las dos últimas hipótesis que contempla, permite regularizar derechos de aprovechamiento de aguas que Vergara denomina, correctamente, consuetudinarios; esto es, “aquellos que surgen como tales a

⁴ Las solicitudes cuya tramitación finalizó con las sentencias que ahora se comentan, fueron tramitadas estando aún vigente el texto anterior del artículo 2º transitorio.

partir de un uso costumbrista o ancestral y son reconocidos por ley (art. 7 DL 2.603 de 1979 y garantizados por la Constitución (art. 19 N° 24 inciso final))”⁵.

Por otra parte, el procedimiento era mixto, puesto que contemplaba una primera etapa ante la Dirección General de Aguas, cuya intervención llegaba hasta la elaboración del respectivo informe técnico (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 del Código de Aguas), luego de lo cual debía enviar todos los antecedentes del caso al Juzgado de Letras competente, el que debía conocer y fallar según las reglas del juicio sumario⁶.

Es debido a ese procedimiento, entonces, que la Corte Suprema, conociendo por la vía de recursos de casación en la forma y en el fondo, ha dictado sentencias en casos de solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas.

Es también, a propósito de esos pronunciamientos, que la Corte Suprema ha emitido sentencias contradictorias sobre la materia, fallando en sentido diverso frente a situaciones de hecho similares, como son los dos que se comentan en esta oportunidad⁷.

I. Dos sentencias contradictorias de la Corte Suprema ante una misma situación de hecho

Como se dijo anteriormente, tres de los requisitos que exigía el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, según su texto anterior a su modificación por la Ley N° 21.435, de 2022, son:

a) que el uso de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar en virtud de lo dispuesto en él se haya estado efectuando a la fecha

⁵ VERGARA BLANCO, A. (2018). Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. *Estudios públicos* (151 invierno 2018), 59-122.

⁶ La Ley N° 21.435, de 2022, modificó el artículo 2º transitorio, por una parte, en cuanto a los casos en los que se puede regularizar usos de aguas –ya no derechos de aprovechamiento– en virtud de lo dispuesto en él; y, por otro lado, radicó el procedimiento íntegramente en la Dirección General de Aguas, el cual contempla –en todo caso– el recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 137 del Código de Aguas); el que se podría interponer contra la resolución de la Dirección General de Aguas que se pronuncie sobre la solicitud de regularización.

⁷ Un completo análisis sobre estas contradicciones realiza Alejandro Vergara Blanco en su artículo antes citado.

de su entrada en vigencia (29 de octubre de 1981);

b) Que el usuario/regularizador haya cumplido cinco años de uso de las aguas, contados desde la fecha en que hubiere comenzado a hacerlo; y

c) Que dicho uso sea ininterrumpido.

Respecto de este último requisito, el Código de Aguas no especifica qué ha de entenderse por uso ininterrumpido de las aguas; por lo que, recurriendo al sentido natural y obvio de las palabras de la ley (como reza el artículo 20 del Código Civil), es posible constatar que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define "ininterrumpido" como "continuo, constante, incesante"⁸.

Ahora bien, la obligatoriedad de la concurrencia copulativa de los requisitos señalados ha dado lugar a diversas opiniones doctrinarias e interpretaciones jurisprudenciales.

En efecto, en cuanto a la doctrina, Neumann⁹ sostiene que:

(...) el plazo de cinco años que requiere este particular uso lo es antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, esto es, 5 años contados hacia atrás del día 29 de octubre de 1981, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de ley N° 1.122 que fijó sus texto (...) ¹⁰.

Sin embargo, esta exigencia no está contemplada en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas; por lo que, al incluirla para que pueda ser acogida una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, se está formulando una exigencia extra legal, lo cual resulta –por cierto– improcedente.

En la misma línea de Neumann, en los casos que ahora se comentan la Corte Suprema resolvió que el uso ininterrumpido de las aguas debe haber cumplido cinco años a la fecha de entrada en vigencia del Código de

Aguas¹¹; y ha hecho una contradictoria interpretación en cuanto al requisito de que tal uso sea "ininterrumpido", según quiénes sean los solicitantes de la regularización.

Se trata de los fallos pronunciados el 21 de junio y el 2 de agosto de 2024 en las causas rol N° 4.868-2024 y rol N° 5.951-2024, respectivamente.

En el primer fallo –dictado por las Ministras Ángela Vivanco y Adelita Ravanales, por el Ministro Mario Carroza (redactor) y por los Abogados Integrantes Raúl Fuentes y Juan Carlos Ferrada– se trató de una solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas presentada por la "Comunidad Indígena Diaguíta Sierra de Huachacán", a la cual se opusieron en su oportunidad la "Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes" y un particular.

El fallo citado en segundo término –dictado, también, por las Ángela Vivanco y Adelita Ravanales, por el Ministro Mario Carroza (redactor) y por los Abogados Integrantes Raúl Fuentes y Juan Carlos Ferrada (redactor)– recae en una solicitud de regularización presentada por Daniela María Pruzzo Amthor y por "Agro Esmeralda SpA", la cual no fue objeto de oposiciones.

II. Primer caso: la solicitante de regularización es una comunidad indígena. causa rol N° 4.868-2024-civil. "Junta de vigilancia Río Huasco y otro con comunidad indígena diaguíta Sierra de Huachacán"

En este caso, cabe señalar, como antecedente relevante, que el respectivo informe técnico elaborado en su oportunidad por la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama¹²⁻¹³, señaló que:

(...) este Servicio no da certeza del uso ininterrumpido de las aguas objeto de la presente solicitud de regularización, como tampoco que hayan sido utilizadas desde 5 años antes de entrar en vigencia el Código de Aguas

⁸ Real Academia Española (2023). Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario.

Edición del Tricentenario. Disponible en <https://dle.rae.es/ininterrumpido>, consultada el 21 de noviembre de 2024.

⁹ NEUMANN MANIEU, Ch. (2000). Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Vol. II / N° 1 – Enero-junio 2000), 211-266.

¹⁰ "Del procedimiento de especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas", en *Revista de Derecho Administrativo Económico - Vol. II/N° 1 - Enero-junio 2000*. Págs. 211-246.

¹¹ En idéntico sentido, véanse, por ejemplo, las sentencias dictadas en las causas roles N°s 19.686-2015 (considerando noveno) y 6.339-2015 (considerando décimo), citadas por la Dirección General de Aguas en su informe técnico elaborado en el primer caso, al cual se hace referencia más adelante.

¹² Informe técnico N° 32, de 21 de marzo de 2019.

¹³ Ante la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama, la solicitud se tramitó en el expediente administrativo NR-0303-124.

de 1981, es decir, del 29 de octubre de 1976 en adelante, del mismo modo, no consta que la titular de la regularización haya hecho uso ininterrumpido de estas aguas desde la fecha descrita recientemente. (N° 7. ANTECEDENTES COMPLEMENTARIOS).

Agrega más adelante el informe técnico citado, en el mismo sentido, que:

(...) este Servicio no da certeza tanto del uso ininterrumpido de estas aguas, ni tampoco que hayan sido utilizadas desde 5 años antes de entrar en vigencia el Código de Aguas de 1981 (...) y que (...), de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo y a lo constatado en la inspección ocular, no se cumplen los presupuestos permitan aseverar que la petición de regularización en análisis es procedente (N° s. 8.6 y 8.7, respectivamente, de las CONCLUSIONES).

Una afirmación similar se contiene en el respectivo oficio ordinario, con el que la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama¹⁴ envió los antecedentes del caso al 1° Juzgado de Letras de Vallenar¹⁵.

No obstante la opinión de la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama, la sentencia de primera instancia rechazó las oposiciones a la solicitud de "Comunidad Indígena Diaguita Sierra de Huachacan" y la acogió, invocando para ello los artículos 1° y 64 de la Ley N° 19.253, de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; el primero de los cuales reconoce –entre los principales pueblos o etnias indígenas de Chile– a los Diaguita, en tanto que el segundo de ellos considera bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por la misma ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias, pozos de agua dulce y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código de Aguas.

Es decir, ninguno de esos dos artículos se refiere ni contiene disposiciones sobre la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, por lo que no cabe citarlas como fundamento para acoger solicitudes de esa naturaleza, por mucho que éstas hayan sido presentadas por una comunidad indígena.

¹⁴ Oficio ord. N° 94, de 29 de marzo de 2019.

¹⁵ En este Tribunal, la causa se tramitó bajo el rol N° C-188-2019.

Sin embargo, la misma sentencia omite –salvo para mencionarlo como una exigencia contemplada en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas– todo pronunciamiento en cuanto al incumplimiento, por parte de la comunidad indígena solicitante, del requisito de un uso ininterrumpido de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento cuya regularización pide.

Apelada la sentencia de primera instancia por el opositor particular, ella fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Copiapó señalando, escuetamente, que fallaba en tal sentido atendido el mérito de los antecedentes, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil¹⁶.

Finalmente, la Corte Suprema, conociendo en cuenta, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el opositor particular en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó.

Para ello, tuvo en consideración el máximo tribunal, por una parte, que

(...) las alegaciones del recurrente se dirigen a discutir la procedencia de la solicitud, alegando la falta de concurrencia de los requisitos del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, atendido a que no se acreditó el uso y la ausencia de violencia y clandestinidad, cuestión que fue establecida por los sentenciadores del grado¹⁷.

Agrega el mismo fallo que:

(...) se comparte lo resuelto por los sentenciadores, en cuanto a la procedencia de acceder a la solicitud de regularización de derechos de agua, atendido a que, en virtud de los hechos acreditados, se cumplen todas las exigencias del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, en relación con los artículos 1, 63¹⁸ y 64 de la Ley N° 19.253, para proceder a regularizar e inscribir los derechos ancestrales.

¹⁶ Causa Civil rol N° 283-2023.

¹⁷ Nada dice la sentencia de la Corte Suprema acerca de que la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama señaló explícitamente que la solicitante no dio certeza del uso ininterrumpido de las aguas y que de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo y a lo constatado en la inspección ocular realizada por dicho organismo público, no se cumplen los presupuestos que permitan aseverar que la petición de regularización en análisis sea procedente.

¹⁸ Este artículo tampoco tiene relación alguna con la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas; ya que, en efecto, enumera los tipos de dominio sobre inmuebles que debe salvaguardar la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena en los procesos de saneamiento y

les de las aguas solicitados por la Comunidad Indígena. Ello, atendido a que se acreditó suficientemente un uso ancestral del recurso hídrico, utilizado –entre otros fines– para el pastoreo y la ganadería, todo inmerso en la actividad cultural y la cosmovisión del Pueblo Diaguita, ejerciéndose así una propiedad colectiva que es reconocida y radicada en la Comunidad demandante (considerando noveno).

No deja de llamar poderosamente la atención la circunstancia de que la Corte Suprema haya dado por cumplidas “todas” las exigencias del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, habiendo un informe técnico de la Dirección General de Aguas de la Región de Atacama que señaló explícitamente que la solicitante no dio certeza del uso ininterrumpido de las aguas y que de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo y a lo constatado en la inspección ocular, no se cumplen los presupuestos que permitieran aseverar que la petición de regularización en análisis era procedente.

III. Segundo caso: los solicitantes de regularización son una sociedad agrícola y una persona natural. causa rol N° 5.951–2024– civil, “agro esmeralda spa con mop/dirección general de aguas”.

En este caso, no hubo oposiciones.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la Dirección General de Aguas –esta vez de la Región de Valparaíso– señaló, en el informe técnico elaborado en su oportunidad¹⁹⁻²⁰, que:

En virtud de lo anterior²¹, podemos establecer que los derechos de aprovechamiento

constitución de la propiedad de las comunidades indígenas del norte del país.

¹⁹ Informe técnico teletrabajo N° 150, de 31 de mayo de 2021.

²⁰ Ante la Dirección General de Aguas de la Región de Valparaíso, la solicitud se tramitó en el expediente administrativo NR-0504-1.893.

²¹ Como antecedentes adicional, cabe señalar que “Lo anterior” a que alude el informe técnico en cuestión, se refiere a que los solicitantes contaban con otros derechos de aprovechamiento de aguas para el riego del mismo predio en el cual utilizaban las aguas cuyo derecho de aprovechamiento pedían regularizar. Es por ello que la Dirección la General de Aguas de la Región de Valparaíso aplicó la tabla de equivalencias entre caudales de agua y usos, que refleja las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas, aprobada por el DS MOP N° 743, de 2005. Sin embargo, la Corte Suprema ha fallado al respecto que dicha tabla “(...)”, es aplicable solo a solicitudes de ‘constitución’ de nuevos derechos

de aguas superficiales y subterráneos, que son utilizados en las propiedades, son suficientes para el abastecimiento de agua para riego de la totalidad de la superficie de riego y por consiguiente no es posible acreditar el uso ininterrumpido de la captación, la opinión del suscrito es que no procede acceder a la regularización (N° 3.4.- Análisis de los elementos del artículo 2º Transitorio del Código de Aguas; y un planteamiento en el mismo sentido se formula en el N° 4.5. del punto IV.- CONCLUSIONES).

A continuación, una afirmación similar se contiene en el respectivo oficio ordinario, con el que la Dirección General de Aguas de la Región de Valparaíso²² envió los antecedentes del caso al 2º Juzgado de Letras de Quillota²³.

Ahora bien, a diferencia del caso anterior, la sentencia de primera instancia rechazó la solicitud de regularización,

Para ello, se funda en que “(...) que la declaración prestada por los testigos no da cuenta del uso ininterrumpido que el artículo 2º transitorio del Código de Aguas exige (...)” (considerando décimo).

Recurrida de casación en la forma y apelada en subsidio la sentencia de primera instancia por los solicitantes, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el primero y confirmó la sentencia de primera instancia; basándose, para ello, en que “(...) en las propiedades de que se trata, existen derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas vigentes, utilizadas para el riego del predio y que á resultan suficientes al efecto”²⁴ (considerando octavo).

En otras palabras, las sentencias de primera y de segunda instancia –ratificando el criterio de la Dirección General de Aguas de la Región de Valparaíso– asumieron que, dado que los peticionarios contaban con otros derechos de aprovechamiento de aguas que eran suficientes para el riego del mismo predio que en el que se usaban las aguas cuyo derecho de aprovechamiento se solicitaba regularizar, el uso de éstas no era ininterrumpido.

de aprovechamiento de aguas, pero no a derechos ya existentes (...)” (sentencia de casación dictada con fecha 28 de julio de 2011 en causa rol N° 1.689-2009, considerando décimo).

²² Oficio ord. N° 779, de 30 de junio de 2021.

²³ En este Tribunal, la causa se tramitó bajo el rol N° C-997-2021.

²⁴ Causa Civil rol N° 2.997-2022.

Finalmente, la Corte Suprema, conociendo en cuenta (al igual que en el primer caso), rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por los solicitantes.

Para ello, tuvo en consideración el máximo tribunal lo siguiente:

(...) para la regularización de los derechos de aguas es fundamental el uso efectivo de las aguas, presupuesto material que hace procedente dicho mecanismo especialísimo, el que, por lo demás, se encuentra asociado a un acontecimiento de importancia que marca un punto de referencia: la entrada en vigencia del Código del ramo, es decir, el 29 de octubre de 1981. Luego, en relación con el cómputo de dicho plazo, este debe encontrarse cumplido para cuando acontece aquel hito cronológico que marca un punto de referencia en dicho proceso, por lo que su cómputo se contabiliza desde el 29 de octubre de 1981 hacia atrás (considerando décimo).

Agrega el mismo fallo que:

(...) no resulta lógico que dicho lapso se pueda completar con posterioridad al 29 de octubre de 1981, sino que, por el contrario, cobra sentido que lo que se pretende reconocer como derecho, es justamente una situación fáctica que al menos se extendió durante cinco años antes a la fecha de entrada en vigencia del Código de 1981 (mismo considerando).

Conclusiones

1. En los dos casos comentados, la Corte Suprema falló de manera contradictoria, no obstante encontrarse en ambos frente a una misma situación de hecho; cual es que el uso de las aguas sobre las que recaía el derecho de aprovechamiento que se quería regularizar no era ininterrumpido, según lo informado por la Dirección General de Aguas y, de acuerdo con lo que se desprende de las respectivas sentencias judiciales, ello tampoco fue desvirtuado en las instancias correspondientes ante los Tribunales.

2. No obstante la contradictoriedad anotada, en ambos casos, son los mismos ministros y abogados integrantes quienes integraron la sala que conoció de ambas causas y que acordó los dos fallos; cambiando solo quién quedó a cargo de la redacción de los mismos.

3. La única razón que se visualiza para que la Corte Suprema haya fallado de distinta forma en estos dos casos similares, es que en

uno de ellos quien solicitaba la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas es una comunidad indígena, en tanto que en el otro caso eran una sociedad agrícola y una persona natural.

4. Tal distinción crece de justificación y no se aviene con la igualdad de trato que deben dar los Tribunales de Justicia a quienes se encuentren en situaciones similares.

Bibliografía citada

- NEUMANN MANIEU, Ch. (2000). Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico (Vol. II / N° 1 – Enero-junio 2000)*, 211-266.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. *Edición del tricentenario*.
- VERGARA BLANCO, A. (2018). Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. *Estudios públicos (151 invierno 2018)*, 59-122.

Normativa citada

- Código de Aguas [CA]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 13 de agosto de 1981 (Chile).
- Código Civil [CC]. 14 de diciembre de 1855 (Chile).
- Ley N° 21.435 de 2022. Reforma el Código de Aguas. 6 de abril de 2022. D.O. N° 43.222.
- Decreto N° 1.220 de 1997 [Ministerio de Obras Públicas]. Aprueba reglamento del Catastro Público de Aguas.

Jurisprudencia citada

- Junta de Vigilancia Río Huasco y Otro con Comunidad Indígena Diaguita Sierra de Huachacán* (2024): Corte Suprema, 21 de junio de 2024 (Rol N° 4.868-2024). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Agroesmeralda Spa con MOP/Dirección General de Aguas* [2024]: Corte Suprema, 2 de agosto de 2024 (Rol N° 5.951-2024). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Potestades reguladoras de la Dirección General de Aguas. Dictamen de 2024 de la Contraloría General de la República

Regulatory powers of the General Directorate of Water, and opinion 2024 of the Comptroller General of the Republic

Christian Rojas Calderón*

En el presente trabajo se presenta el dictamen E529150 de la Contraloría General de la República, que objeta la juridicidad de una serie de circulares y resoluciones dictadas por el Director General de Aguas en virtud de la potestad reguladora atribuida de acuerdo al artículo 300 del Código de Aguas. Se hace seguidamente un análisis sobre el ámbito legítimo del ejercicio de dicha potestad desde el punto de vista dogmático, explicando los mecanismos de habilitación y su desarrollo legítimo. Finaliza con las conclusiones de rigor.

Palabras clave: Dictamen, Aguas, Potestad reguladora, Legitimidad.

I. Antecedentes

En medio de la vorágine de informaciones de contenido jurídico, con fecha 20 de agosto de 2024 la Contraloría General de la República (CGR) emitió el Dictamen E529150/2024, por el cual se pronunció acerca de una serie de resoluciones y circulares de la Dirección General de Aguas (DGA), informando que debían corregirse dichos actos administrativos de contenido regulatorio por excederse del marco legal –es decir, calificándolos como ilegales, a lo menos en parte–, ordenándole informar pormenorizadamente de las correcciones dispuestas realizar dentro del plazo de 30 días.

El requerimiento se basó, en general, en exceder el marco atributivo legítimo (autorizado-mandatado) para dictar resoluciones y circulares emitidas en virtud de la potestad

* Profesor Asociado de la Universidad Andrés Bello (Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas, U. de Valparaíso; Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho, P. U. Católica de Chile. Investigador Asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la U. de Barcelona. Correo electrónico: christian.rojas@unab.cl . Dirección: Quillota 980, Torre C, piso 6, Viña del Mar. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6429-312X>.

Artículo recibido el 13 de diciembre de 2024 y aceptado el 16 de diciembre de 2024.

This paper presents the opinion E529150 of the Office of the Comptroller General of the Republic, which questions the legality of a series of circulars and resolutions issued by the Director General of Water by virtue of the regulatory power attributed under Article 300 of the Water Code. An analysis is then made of the legitimate scope of the exercise of this power from the dogmatic point of view, explaining the mechanisms of authorization and its legitimate development. It ends with the necessary conclusions

Keywords: Ruling, Water, Regulatory power, Legitimacy, Legitimacy.

pertinente establecida en el artículo 300 en sus literales a) y c) del Código de Aguas (CAG), respecto del Director General de Aguas.

La misma se explica en el entendido del conjunto de potestades administrativas de las que es titular: ordenadoras de usos legítimos, fiscalizadoras, sancionadoras, promotoras; y entre ellas, las relativas a sus potestades reguladoras destinadas a hacer cumplir la legislación vigente, precisamente. En este contexto, se circunscribe el Dictamen CGR E529150 de la Contraloría General de la República, a partir del requerimiento que hacen los abogados Gonzalo Muñoz y Juan Rojas por diversas juntas de vigilancia de ríos, y Jorge Riesco por la Sociedad Nacional de Minería.

En lo que sigue, se desglosará el dictamen y se dirá algo acerca de cuál es el ámbito de ejercicio legítimo de la potestad administrativa reguladora, cuál no, y sus medios de impugnación. Igualmente se dirá algo acerca de la posibilidad de impugnar regulaciones emitidas por la DGA.

II. El dictamen

Este se descompone de 10 partes, cada una resultante de la aplicación estricta de la pri-

mera declaración. La misma, establecida en el ítem "II. Fundamento jurídico general" del dictamen, sostiene que el marco legítimo de la atribución regulatoria se encuentra establecida en el artículo 300 literales a) referida a la potestad del Director General de Aguas para dictar las normas e instrucciones, mediante circulares, que sean necesarias para la correcta aplicación de este Código, leyes y reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo, y c) referida a la potestad del mismo Director para dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios.

De acuerdo a lo sostenido por la CGR ambas atribuciones comprenden legítimamente el poder-deber de "fijar las pautas prácticas que se deben seguir para aplicar las prescripciones de las disposiciones legales y reglamentarias, a las cuales deben sujetarse íntegramente para tener validez y eficacia"; lo cual implica "que la DGA carece de facultades [debió decir potestades¹] interpretativas de efectos generales, al ejercer las referidas atribuciones debe limitarse a fijar la forma de aplicar en la práctica la normativa legal y reglamentaria, sin que por esa vía pueda alterar ese marco normativo".

Veámoslas:

- 1) Circular DGA N° 2 de 2022, y Circular DGA N° 3 de 2022.

En virtud de la primera, se instruyó normas sobre la aplicación del artículo 231 del CAg en relación a la representación de personas jurídicas en el directorio de organizaciones de usuarios; dispuso que cada comunero solo podía presentar un candidato al cargo de director en una organización de usuarios de aguas (OUAs). Ello es objetado por el ente contralor por exceder el marco legal al establecer una limitación sin fundamento, desbordando el marco legal.

En virtud de la segunda, que instruyó normas sobre aplicación del artículo 229 del CAg en relación con realización de elecciones y representación de usos prioritarios en los directorios de OUAs; establece que en caso de conformación judicial de organizaciones de usuarios exige unanimidad para que en la composición del directorio se aseguren cupos para integrantes que representen usos prio-

¹ Ello porque no es facultativo ejercerlas, sus atribuciones constituyen técnicamente potestades administrativas que son un poder-deber. Rojas (2014) 38-39.

ritarios o de interés público. Igualmente es objetado por el ente contralor por exceder el marco legal al establecer una mayor exigencia sin fundamento que respalde dicha decisión, extralimitándose del marco legal.

- 2) Resolución DGA exenta N° 135 de 2020.

Vinculada con la determinación de obras y características que deben o no ser aprobadas por la DGA, en conformidad al artículo 41 del CAg en relación con el artículo 171 del mismo código.

A este respecto la CGR objetó que no fueran indicados los fundamentos en virtud de los cuales se establecieron que las obras allí indicadas debieran contar con esa aprobación, toda vez que ello es exigencia del artículo 11 y 41 de la Ley N° 19.880 de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA) –dar razones de por qué se decide algo en el acto administrativo respectivo– lo que en este caso no se cumple, vulnerando la exigencia de motivación de toda resolución.

Cabe tener presente que con fecha 31 de julio de 2024 (es decir, antes del dictamen CGR comentado) fue emitida la Res. DGA Ex. N° 2116 que dejó sin efecto la Res. Ex. DGA N° 135 de 21 de enero de 2020, y conforme ella se determinan obras y características que deben o no deben ser aprobadas por la DGA conforme el artículo 41 del Código de Aguas. Y anoto que de la lectura de esta última –que se realizó únicamente con el objeto de adecuar la anterior a la reforma de la Ley N° 21.435 de 2022–, no se aprecia mayor diferencia con el texto de la que fuera objetada por el ente contralor; lo que hace suponer que adolecería de la misma clase de incumplimiento ya observado.

- 3) Resolución DGA exenta N° 1655 de 2022

Que corresponde al modo en que se regula uno de los casos de derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) por el solo ministerio de la ley, que corresponde al dueño del predio superficial con respecto a las aguas subterráneas que extraiga en suelo propio destinados a la bebida y usos domésticos, lo que fuera reformado –principalmente especificándolo– en virtud de la Ley N° 21.435.

Acá la CGR objeta que la resolución haya sido dictada para efectos de regular el alcance y aplicabilidad de la norma, cuando en realidad lo que ha sucedido es que la DGA apartándose de la legalidad establece definicio-

nes, requisitos y restricciones no previstos en la ley. Ilustra esto señalando ejemplos, como que solo favorecería a personas naturales, excluye usos ornamentales, la excluye para segundas viviendas, entre otras ilegalidades.

- 4) Resolución DGA exenta N° 1482 de 2022, y Resolución DGA exenta N° 414 de 2023

Referida, la primera, a requisitos, procedimiento y forma de operación en materia de autorizaciones temporales de extracción de aguas en zonas declaradas de escasez hídrica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 314 inciso 7 del CAg; y la segunda a procedimiento de liquidación y cobro a las juntas de vigilancia de los costos asociados a la redistribución de las aguas, conforme el artículo 314 CAg.

Pues bien, respecto de la primera resolución, se objeta el exceso regulatorio, al establecer requisitos y formas de operación en dicha materia que no tienen sustento legal, lo que ejemplifica en varias cuestiones (exigencia de memoria, declaraciones notariales, no tramitación de solicitudes respecto de solicitantes que hayan sido objeto de procedimientos sancionatorios, entre otros).

Respecto de la segunda resolución, no ve objeción alguna que formularle.

- 5) Resolución DGA exenta N° 415 de 2023

Que trata acerca de instructivo sobre procedimiento de fiscalización de organizaciones de usuarios de aguas.

Regulado en los artículos 283 a 293 del CAg, donde en general el órgano contralor no ve reparos que formular. Sin embargo, advierte en específico una divergencia en lo referido al plazo para responder por los gastos derivados de la fiscalización que pide enmendar.

- 6) Resolución exenta DGA N° 1.104 de 2022

Relacionada a las condiciones técnicas mínimas, obligaciones y limitaciones que deben cumplir los acuerdos de redistribución de las aguas, y procedimiento de revisión, conforme el artículo 314 del código.

Se consigna que se ha interpuesto recurso de reclamación ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en el rol N° 515 de 2023.

Y, seguidamente, el órgano contralor observa que no puede emitirse pronunciamiento conforme lo establece el artículo 6 inciso 3 de la Ley N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República (LOCGR) que establece "La Contraloría no

intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor".

Esto es, por lo demás, consistente con el inciso 3 artículo 54 de la LBPA que dispone "Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión".

- 7) Resolución DGA exenta N° 2.600 y Resolución DGA exenta N° 2.6082 de 2022

+Probablemente dos de las resoluciones de mayor impacto dictadas luego de la reforma de la Ley N° 21.435, pues se refieren a uno de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) por el ministerio de la ley que más uso tiene. Se trata en efecto, de lo que se conoce como "derecho de aguas del minero", referido a la potencialidad de uso de aguas halladas por el concesionario minero en y con ocasión de las labores de exploración, explotación y beneficio minero.

En estas resoluciones se establece el alcance y aplicabilidad del artículo 56 bis del Código de Aguas, y se determina la forma, requisitos y periodicidad con que se deberá entregar la información referida en la misma norma.

Pues bien, respecto de la primera resolución referida a la materia, es objetada de ilegalidad por el órgano contralor al extenderse a materias ajenas a las posibilidades de regulación encomendadas a la DGA, como establecer definiciones o limitar el derecho solo a las aguas necesarias; por lo cual se exceden las atribuciones reguladoras otorgadas a dicho servicio, y a mayor abundamiento, reitera que la potestad interpretativa no le ha sido encomendada, en especial respecto de este caso, pues fijó una serie de definiciones en el acto objetado.

Y respecto de la segunda resolución, si bien en principio estima que se ciñe a la regulación legal, debe entenderse complementada por el artículo 68 del CAg y 110 del Código de Minería; no obstante ello, la CGR señala que la exigencia de un Estudio Hidrogeológico que establezca el marco conceptual del sector hidrogeológico de aprovechamiento

común (SHAC), no tiene sustento normativo que permita justificar tal exigencia.

Determina, entonces, que se dejen sin efecto –“corrijan” o “rectifique” son las expresiones que usa–, en todo lo que no esté autorizado.

II. Ámbito legítimo de regulación sublegal por la Administración, en especial por la DGA

Dado este contundente dictamen de la CGR –no excepcional con respecto al ejercicio de esta potestad por la DGA, pues antes también habían objetado de legalidad otras resoluciones²–, conviene destacar algunas cuestiones fundamentales en el entendimiento y posibilidades de las potestades de que es titular cualquier Administración pública siempre que reciba el apoderamiento por las vías idóneas.

- 1) La configuración de las potestades administrativas, y entre ellas la potestad reguladora

Como señala García de Enterría “no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el Ordenamiento”³, y siguiendo el desarrollo de esta idea también se ha indicado se manera muy sencilla que la potestad es el poder de la Administración atribuido por la Constitución y las leyes; para luego puntualizar que son atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, y que presuponen una atribución previa de éste a la Administración Pública para el cumplimiento de sus cometidos, los que también están predeterminados⁴. Como sostiene De la Cuétara, es posible definir las como “una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionalizada al servicio de fines concretos y fraccionada en ‘dosis medibles’ ”⁵; o igualmente de forma más reducida, como “dosis medidas de poder público creadas por

la ley”⁶. Entonces, es posible comprenderlas como dosis medidas y competenciales de poder jurídico-administrativo establecidos en la ley; siendo entonces la atribución de la medida concreta de la competencia que ha sido otorgada al órgano titular de ella⁷.

Ahora bien, toda potestad debe ser ejercida legítimamente por el titular, es decir, en el marco de la atribución otorgada en la ley, que es el lugar y el medio a través del cual se atribuyen estos poderes, al igual que el resto de los poderes públicos. Y estos mismos, por supuesto, pueden y deben especificarse a través de los medios que el mismo sistema jurídico ha previsto, en especial a través de reglamentos de desarrollo y de ejecución de la ley pero también a través de estos otros instrumentos como circulares o resoluciones, cuya naturaleza jurídica es la de ser actos administrativos. En cuanto tales, por consiguiente, deben reunir sus condiciones de tramitación (procedimiento) y establecimiento o soporte efectivo (validez) para su vigencia.

Consecuencialmente, se encuentra prohibido innovar con respecto a lo que establece el instrumento matriz: la ley atributiva o habilitante, sobre lo que puede razonablemente desarrollarse o especificarse a partir de ella en virtud de los ámbitos mandados y habilitados por la ley precisamente. Esto es lo que ocurre con las potestades reguladoras del artículo 300 letras a y c comentadas; o sea, la ley le atribuye al Director General de Aguas el poder para dictar circulares y resoluciones en el ámbito y con el contenido autorizado que corresponde, y no en otro.

A contrario sensu, existe una prohibición *absoluta* de autoatribución de potestades, conforme la cual la autoridad administrativa por vía reglamentaria se podría autohabilitar para actuar o se autoinvertiría de una o varias potestades; lo cual es inadmisibles en tanto vulneraría el concepto mismo de potestad, puesto que consistiendo ésta en la proyección de efectos jurídicos desde la atribución de quien la ostenta a la esfera de quienes a ella están sujetos, es inadmisibles que nadie y mucho me-

² V.gr., Dictamen CGR N° 9.735, de 9 de junio de 2020, por el cual se pronunció sobre la juridicidad de la Circular DGA N° 3 de 6 de junio de 2019, por la que “Imparte instrucciones sobre la apertura de periodos de información previa”. La CGR determinó que la circular debía ser dejada sin efecto, ya que no se ajustaba a la juridicidad vigente por partida doble, pues, por una parte, la DGA excedió sus atribuciones mediante el establecimiento de normas de incidencia directamente procedimental y sancionatoria en un procedimiento reglado en el CA, y porque aquella aplicó extensivamente y sin fundamento el artículo 29 inciso 2° de la LBPA.

Más antecedentes en OBANDO (2020) 292-298.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA (2004) 30.

⁴ LINDE (2012) 270-272.

⁵ DE LA CUÉTARA (1986) 33.

⁶ DE LA CUÉTARA (2011) 40.

Agrega que la expresión “dosis medidas de poder” es muy ilustrativa de la esencia del poder jurídico-administrativo, toda vez que para someter este poder al Derecho lo primero que hay que hacer es delimitarlo, y para ello debe ser medido. Y una forma de hacerlo, es por medio de la atribución de competencias a los distintos órganos administrativos, con lo que se concreta el proceso de medición y distribución de este poder.

⁷ ROJAS (2014) 46.

nos la Administración Pública pueda investirse por sí misma de ese poder específico. Esto constituiría una manifestación de una etapa primigenia del Derecho, a lo menos pre liberal, identificado como el Derecho represivo⁸.

2) La habilitación

Los márgenes o límites de actuación de cada potestad, se encuentran establecidos en el instrumento legal atributivo, que es el elemento apoderador y configurador básico de todas las potestades administrativas, y entre ellas, la potestad reguladora.

Dado que la ley tiene carácter general y abstracto, esto hay que concretarlo, desarrollarlo y especificarlo, lo que se realiza obviamente a través de esta potestad reguladora a nivel sublegal, siendo la cúspide en este esquema, los reglamentos, y luego circulares, instrucciones, resoluciones, manuales o guías metodológicas, hasta actos administrativos concreto; todos los que deben establecerse y operar en los márgenes del ámbito legítimo o legitimado por el mismo ordenamiento para desarrollar y especificar su contenido, a fin de ejecutar la potestad y concretar su contenido materialmente⁹.

Como se sabe éstas pueden tener el más diverso contenido, dependiendo del área a que se refiera la actividad. Solo por razón de este comentario se propone una pequeña muestra clasificatoria, a saber:

2.1.) En función de su contenido, pueden identificarse: potestad reglamentaria; potestad de planificación; potestad autoorganizativa; potestad reguladora; potestad tributaria; potestad autorizatoria; potestad fiscalizadora; potestad sancionadora; potestad expropiatoria; potestad de ejecución forzosa; potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos; potestad dictaminante de la propia CGR, entre muchas otras más.

2.2.) Según el grado que incida en la esfera jurídica de los particulares, pueden distinguirse: de supremacía general, que vinculan o afectan a la totalidad de los ciudadanos; y de supremacía especial, solo afectan a un destinatario o tipo de destinatarios concretos e individualizados.

2.3.) Según su mayor o menor detalle en la ley: potestades regladas, que corres-

ponde a aquellas potestades cuyo ejercicio viene totalmente delimitado por una norma sin que quepa la posibilidad de que la Administración ejerza la atribución de otro modo; y potestades discrecionales, donde existe un margen de apreciación que la Administración debe rellenar con sus propios criterios en un instrumento general y, en todo caso, en cada decisión emitida por la Administración que la tiene conferida; siendo en consecuencia la discrecionalidad administrativa, la habilitación a la Administración para completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto o crear un supuesto de hecho normativo inexistente¹⁰.

2.4.) Según su incidencia en el ordenamiento jurídico serán: potestades innovativas, que son aquellas por las que se aprueban, modifican o se extinguen normas, por ejemplo, los reglamentos; potestades conservativas, que atribuyen a la Administración el poder para ejercer la autotutela o preservación de una relación jurídica.

3) Su desarrollo legítimo

Conforme lo dicho, su mayor o menor extensión dependerá de los términos en que ha sido autorizado el titular de la potestad para poder dictar normas sublegales, regular en el ámbito de su competencia en definitiva. Es lo que se denomina técnicamente *título de potestad* que, al mismo tiempo, contiene todas sus posibilidades de desarrollo y especificación¹¹.

De esta manera es legítimo, desarrollar y especificar los términos de las potestades a través de un conjunto de normas generadas por el mismo titular dentro de esos márgenes.

Lo que hemos apreciado en este caso –y se coincide plenamente con el órgano contralor esta vez–, es una vulneración de ese límite, lo que ha tenido una respuesta desde la CGR acogiendo los requerimientos y determinando que se corrijan dichos excesos en virtud del dictamen comentado. A su turno éste encuentra su fuerza legal precisamente en los artículos 5, 6, 9 y 19 de la LOCGR; y cabe agregar que, como señala Bermúdez, los dictámenes o informes “constituyen verdaderas interpretaciones de la ley; en ellos se fija la forma en que ésta debe ser entendida; y se transforman

⁸ NONET/SELZNICK (2009) 29-52.

⁹ Esta complejidad de normas procedentes de la Administración, se explica muy bien en ESTEVE (2024) 61-84.

¹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016) 150.

¹¹ ROJAS (2014) 74-82.

en instrucciones para los jefes de servicios y fiscales, y, por tanto, vinculantes”¹².

Solo de esta manera, el entramado –cada vez más grande y complejo– de normas constitucionales, legales, reglamentarias, ordenadoras, indicativas de conductas, etc. –que es el modo en que se encuentra constituido el sistema de fuentes del Derecho administrativo–, está en condiciones de adquirir coherencia interna entre cada uno de sus órdenes normativos, y consistencia externa para enfrentar instrumentalmente toda la realidad a la que debe aplicarse, y poder hacer operativa en los hechos la norma¹³.

Justamente lo objetado de ilegalidad por el órgano contralor, es la continua vulneración de ese desarrollo o especificación en todas las oportunidades indicadas, convirtiendo el ejercicio de dicha potestad en ilegítima, toda vez que una y otra vez excedió el margen de fijar las pautas prácticas para aplicar las disposiciones legales y reglamentarias, alterando con ello el marco regulatorio respecto del cual no puede innovar, como sí ocurrió efectivamente en las circulares y resoluciones impugnadas.

Por otro lado, se destaca la creciente centralidad que ha ido adquiriendo la necesidad de *fundamentación* o *motivación* de todos los actos administrativos que se dictan cualquiera sea su clase, en virtud de los artículos 11 y 41 de la LBPA, en el control que se hace de la discrecionalidad administrativa, ejercida en este caso por la DGA. Conforme lo anterior, al carecer ponderadamente de fundamento el acto decisional o ser esta insuficiente o ser incongruente con lo resuelto, decae en ilegal el acto, tal y como se ha determinado por la CGR en este caso.

Por último, en virtud de este contundente dictamen E529150/2024 solo procede corregirse por la DGA todo lo reprochado y –como lo dice una y otra vez el dictamen– “adoptar las medidas que corresponden a fin de ajustar su actuación al marco de atribuciones”.

Conclusiones

Al finalizar este trabajo es posible realizar las siguientes afirmaciones:

1) Se ha acogido en virtud del dictamen CGR E529150/2024 el reclamo de legalidad deducido contra varias circulares y resoluciones administrativas dictadas por la DGA desde

2020 hasta 2023, donde en general se objeta el ejercicio excesivo de la potestad reguladora establecida en el artículo 300 letra a y c por parte del Director General de Aguas.

2) En general, las objeciones realizadas por el ente contralor son de dos tipos: en primer lugar, falta de fundamentación o motivación de la decisión que se concreta sea en una circular o en una resolución administrativa, lo que constituye infracción al artículo 11 y 41 de la LBPA; y en segundo lugar, innovación regulatoria de estos instrumentos con respecto al ámbito potestativo autorizado para normar al establecer requisitos, definiciones y formas de operación que no tienen sustento legal. Ambas cuestiones son inadmisibles jurídicamente.

Adicionalmente objeta en general que, por lo anterior, se pretenda más o menos veladamente autoatribuirse potestades interpretativas, y la CGR dispone que en general se corrijan todas las objeciones realizadas.

3) Finalmente, se evalúa positivamente el dictamen de la CGR. Esto es así toda vez que en ejercicio de la función dictaminante, la CGR identifica claramente el ejercicio compatible y el incompatible con la potestad reguladora asignada, comprende de este modo la configuración de las potestades administrativas como verdaderas medidas de poder jurídico, y consigue enjuiciar adecuadamente las circulares y resoluciones de la DGA por medio de una adecuada tamización con el título de potestad correspondiente, lo que genera superar o no el estándar o medida establecido allí para el ejercicio de esta potestad reguladora.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014) *Derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (1986) *Las potestades administrativas*. Madrid: Tecnos.
- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (2011) *Fundamentos de Derecho Público*. Madrid: UDIMA.
- ESTEVE PARDO, José (2024) *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004) *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (2012) *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. Madrid: UNED-Colex.
- NONET, Philippe/ SELZNICK, Philip (2009) *Law and society in transition: toward responsive law*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- OBANDO CAMINO, Iván (2020) “Supletoriedad de la Ley N° 19.880 en el procedimiento sancionatorio de fiscalización del Código de Aguas: Comentario de jurisprudencia administrativa”. *Ius et Praxis* Año 26 N° 3, pp. 288-300. Disponible en <https://www.iusetpraxis.utralca.cl/wp-content/uploads/2021/05/Supletoriedad-de-la-Ley-N%->

¹² BERMÚDEZ (2014) 508-509.

¹³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021) 107-164.

- C2%B0-19.880-en-el-procedimiento-sancionatorio-de-fiscalizacion-del-Codigo-de-Aguas-Comentario-de-jurisprudencia-administrativa.pdf
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016) *Metodología del Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2021) *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2014) *Las potestades administrativas en el Derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.

Normativa citada

- Código de Aguas
Código de Minería
Ley N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República
Ley N° 19.880 de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado

Responsabilidad del Estado por inactividad administrativa

Cristian Román Cordero*

Introducción

Una nota característica de la responsabilidad del Estado en tanto Administrador, que la diferencia ostensiblemente de la responsabilidad civil extracontractual, radica en que si en esta última la hipótesis omisiva o, lo que es lo mismo, inactiva, es excepcionalísima; en la primera, no solo se sitúa a la par de la hipótesis activa, sino que, cada vez más, adquiere mayor protagonismo. La razón de ello radica en que mientras en el Derecho Civil rige la "lógica del egoísmo", conforme a la cual nadie está obligado a sacrificar lo propio en beneficio de otros; en el Derecho Administrativo rige el "principio de servicialidad", conforme al cual el Estado/Administración está al servicio de la persona humana, o el "principio del servicio público", conforme al cual esta última existe, se justifica y se legitima, solo en tanto y en cuanto satisface necesidades colectivas en forma regular y continua. Así, la Administración, conforme al Ordenamiento Jurídico, tiene múltiples deberes de actuación, directos o indirectos (o implícitos), lo que es aun más patente (e imperativo para ésta) en el contexto de las sociedades actuales singularizadas por múltiples e importantes riesgos, por ejemplo, alimentos, medicamentos, vías públicas, industrias peligrosas, etcétera.

Ahora bien, admitir un concepto muy amplio de la inactividad administrativa, y, consecuentemente, un régimen amplio de responsabilidad del Estado en esta materia, podría desvirtuar este instituto hasta convertirlo, en los hechos, en un seguro a cargo del erario público, y en beneficio de los terceros que materialmente han ocasionado los daños; en cuyo caso estos últimos no tendrían incentivo alguno para actuar diligentemente a fin de

evitarlos. Asimismo, admitir un concepto muy restringido de la inactividad administrativa, y, consecuentemente, un régimen de responsabilidad del Estado de imposible acceso en esta hipótesis, se traduciría en que la Administración no tendría incentivo alguno para actuar diligentemente en términos de evitar la ocurrencia de daños (ocasionados materialmente por terceros). De ahí que sea muy necesario determinar qué es la inactividad administrativa y cómo ésta interactúa con el *factor de atribución* por antonomasia de la responsabilidad del Estado en tanto Administrador como lo es la falta de servicio.

Una sentencia idónea para analizar esta cuestión es la pronunciada recientemente por la Corte Suprema¹, en relación al caso "33 mineros", que rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa fiscal. El caso, que es por todos conocido, trata sobre mineros que, hace 14 años atrás, quedaron enterrados por más de dos meses a 700 metros de profundidad por el colapso de la mina en la que trabajaban. Se estableció así que tales hechos, que por cierto les ocasionó graves daños, se debieron, en gran parte, a la inactividad administrativa por parte del Servicio Nacional de Geología y Minería en cuanto a su deber de velar por el cumplimiento de la normativa sobre seguridad minera, no obstante disponer de amplias potestades al efecto, enmarcadas en el régimen autoritario sectorial. Asimismo, se estableció que tal inactividad administrativa importaba falta de servicio; comprometiéndose, en definitiva, la responsabilidad patrimonial del Estado en tanto Administrador.

En este contexto, y a modo de plan de exposición, en una *primera parte* nos referiremos a la inactividad administrativa y a la relación entre ésta y la falta de servicio; y en una *segunda parte*, nos referiremos a dicha

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por 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>

Artículo recibido el 12 de diciembre de 2024 y aceptado el 17 de diciembre de 2024.

¹ *Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile* (2023). De fecha 26 de julio de 2023, pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señor Sergio Muñoz Gajardo, señora Ángela Vivanco Martínez, señora Adelita Ravanales Arriagada, señor Mario Carroza Espinosa y señor Jean Matus Acuña. La redacción correspondió al Ministro señor Carroza.

sentencia y la comentaremos. Finalmente, apuntaremos nuestras conclusiones y las fuentes consultadas.

I. Inactividad administrativa y falta de servicio

(A) Inactividad administrativa

Toda actuación es idónea para dar origen a la responsabilidad del Estado en tanto Administrador. Por tanto, ésta puede ser una actuación propiamente tal o una omisión (o inactividad, si se prefiere), material o jurídica, regular o irregular (lícito o ilícito, si se prefiere). Esta idea se colige, en Chile, por la falta de precisión al respecto en la Constitución²; por lo que cabe concluir que donde no distingue aquélla, no es lícito a la ley hacerlo. Y esto, además, se ha ido reconociendo por el propio legislador de dos maneras: (i).- no distinguiendo en las leyes al respecto, y (ii).- reconociendo que la responsabilidad del Estado surge por “conductas” de sus órganos, expresión ambigua, pero idónea a fin de recoger esta idea, pues comprende a todas la hipótesis antes señaladas, en especial la inactividad³. En suma, esta idea constituye lo que se ha entendido como *principio de responsabilidad del Estado*; el cual, resguardado a nivel constitucional, no obsta a que el legislador pueda definir los presupuestos que la hacen procedente, en especial el *factor de atribución*, esto es, la razón jurídica en cuya virtud el Estado ha de cargar con los costos de los daños experimentados por un tercero, y que corresponde a la llamada *regla de responsabilidad*. Pues bien, precisamente en base a este *principio de responsabilidad del Estado* hemos sostenido la inconstitucionalidad de toda ley que le reconozca irresponsabilidad⁴, en especial respecto de su

² El artículo 38 inciso 2° de la Constitución chilena establece: “Artículo 38 (inciso 2°).- Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

³ Esto se observa, en especial, en la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (el que, en todo caso, no integra la Administración), que, en su artículo 5°, inciso 1°, dispone: “Art. 5°. El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.”

⁴ Por ejemplo, en base a él, hemos cuestionado cualquier intento en orden a sostener la irresponsabilidad del Estado en relación a las conductas del Poder Judicial no expresamente cubiertas por la norma constitucional que, en Chile, regula la responsabilidad del Estado en tanto Juez (véase: ROMÁN 2015), en relación al ejercicio de la potestad constituyente (véase: ROMÁN 2023), y, en el contexto del

Administración⁵, así como toda interpretación de una ley que en ese sentido se pretenda⁶.

En este contexto, la inactividad administrativa es una hipótesis de la *actuación de la Administración*. Y esta es uno de los presupuestos de la responsabilidad del Estado en tanto Administrador; y que, como tal, junto a otros, cuando se verifiquen en un caso en particular, dan origen a ella⁷. De ahí que el rol del juez en esta materia, en esencia, consista en verificar la concurrencia de todos y cada uno de esos presupuestos; en cuyo caso acoge la demanda; y de lo contrario, la rechaza. Ahora bien: ¿Cuáles son esos presupuestos? En nuestra opinión, en el caso de la actuación irregular⁸, son: la *actuación de la Administración*, el daño, la relación causal y el *factor de atribución*, siendo este último por antonomasia la falta de servicio⁹. De esto se sigue algo muy relevante para el presente trabajo: la *actividad de la Administración* y el *factor de atribución* son presupuestos distintos; por tanto, igualmente, lo son la inactividad administrativa y la falta de servicio. En otras palabras, una inactividad administrativa puede importar o no falta de servicio. Distinción esta última muy relevante, pues: (i).- Habitualmente, se entiende que la falta de servicio comprende, sin más, a la inactividad administrativa. Vale decir, que

proyecto constitucional de 2022, en relación a la responsabilidad del Estado en tanto Administrador por actuación lícita (véase: ROMÁN 2022).

⁵ Por ejemplo, el artículo 14, inciso final, de la Ley N° 19.799, de Firma Electrónica, establece expresamente la irresponsabilidad del Estado por los daños que ocasiona el sistema, no obstante su deber de vigilancia. En efecto, en lo medular señala: “En ningún caso la responsabilidad que pueda emanar de una certificación efectuada por un prestador privado acreditado comprometerá la responsabilidad pecuniaria del Estado”.

⁶ Por ejemplo, el artículo 35 del DS 900, Ley General de Concesiones, establece que por los daños que experimenten los usuarios de las carreteras concesionadas, responsable es la concesionaria, aunque reconociendo, en forma excepcionalísima, responsabilidad del Estado, pero no por inactividad administrativa en el ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia. En efecto, en lo medular, señala: “Artículo 35°.- El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.”

⁷ Sobre la importancia de establecer los presupuestos de la responsabilidad del Estado en tanto Administrador, así como su contenido conceptual, véase: ROMÁN 2004a.

⁸ Reconocemos la existencia de otra hipótesis de responsabilidad del Estado por actuación lícita, la que siendo excepcional, tiene su propio factor de atribución: el sacrificio especial. Véase: ROMÁN 2005b.

⁹ Sobre estos presupuestos, su alcance conceptual e interacción, véase: ROMÁN 2004b.

esta última es una hipótesis de la primera. No existiendo mayores diferencias entre una y otra. (ii).- Solo cuando la inactividad administrativa importe falta de servicio, habrá responsabilidad del Estado (y siempre que concurren los restantes dos presupuestos de ésta –daño y relación de causalidad–). Y esta última idea la establece en Chile, expresamente, el artículo 38, incisos 1° y 2°, de la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, que regula la responsabilidad del Estado por “*actividad sanitaria*”, al señalar sus presupuestos: “*Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. (1) El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio*”. O sea, conforme a este precepto legal, hay inactividades administrativas que no importan falta de servicio, y que por ello no dan lugar a responsabilidad del Estado.

Conforme destacábamos, necesario es determinar el concepto de inactividad administrativa. Lisa y llanamente, porque un concepto muy amplio o muy restringido podría generar efectos adversos. En términos muy sencillos, admitir la responsabilidad del Estado en esta hipótesis en casos en los que no resultara justo, liberaría de responsabilidad a los terceros que materialmente ocasionaron el daño; no generando incentivos de comportamientos diligentes de éstos que, en lo sucesivo, los eviten. En tanto que no admitir la responsabilidad del Estado en esta hipótesis en casos en los que ésta resultara justa, no generaría incentivos de comportamientos diligentes de la Administración que, en lo sucesivo, eviten daños. Huelga recordar que, por extraño que parezca, toda responsabilidad patrimonial, incluida la responsabilidad del Estado en tanto Administrador (por actuación irregular), no pretende, como objetivo primario, otorgar indemnizaciones a quienes hayan experimentado daños a consecuencia de actuaciones u omisiones de la Administración, sino, antes bien, evitar la ocurrencia de éstos, previniéndolos. Y esto último se logra, por una parte, precisando las conductas diligentes necesarias para ese fin y, por otra, incentivándolas; todo cual se alcanza a través de las sentencias que condenan o absuelven a la Administración en esta materia, ya que ellas así “*demarcan*” cuál es el comportamiento correcto, debido y esperado de ésta.

Pensemos un caso simple: Una persona transita por una carretera concesionada. Está

en ello, cuando, de improviso, cruza un caballo contra el cual impacta sufriendo daños de consideración. En ese tramo, conforme al contrato de concesión, debía haber un cierre lateral para precisamente evitar sucesos como éste, pero lamentablemente no lo había. ¿A quién cabe responsabilidad patrimonial en este caso? Por cierto, que a la concesionaria por permitir el tránsito por la carretera en condiciones que no pueden ser calificadas de “*normalidad*”, dado que no efectuó el cierre lateral en la zona del suceso, tal como lo exigía el contrato de concesión. Mas, no podemos olvidar que hay alguien a quien le corresponde precisamente inspeccionar y vigilar el cumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones contractuales, en este caso el cierre lateral en la señalada zona: a la Administración. Se trata en Chile de un deber de actuación establecido expresamente por la ley¹⁰. Pues bien, es dable concluir que ésta no cumplió con dicho deber, pues de haberlo hecho correcta y oportunamente, en dicha zona no habría faltado el cierre lateral, y, en consecuencia, muy probablemente, el daño no hubiese ocurrido. Ahora bien, establecer una responsabilidad del Estado por inactividad administrativa muy amplia podría significar liberar de responsabilidad a la concesionaria, constituyendo al Estado en una suerte de asegurador de ésta con cargo del erario público; y sin introducir así incentivos a actuaciones diligentes, en lo sucesivo, por parte de las concesionarias. Por el contrario, establecer una responsabilidad del Estado restringida podría significar liberarlo de ésta; y sin introducir así incentivos a actuaciones diligentes, en lo sucesivo, por parte de la Administración en cuanto al ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia respecto de las obligaciones contractuales de las concesionarias¹¹.

Habiendo destacado la importancia y desafíos que impone el definir qué es inactividad administrativa, estimamos que ésta puede ser entendida como toda pasividad de la Administración que, a la vez, importe infracción de sus deberes de actuación establecidos expresamente por la ley (los que pueden ser de carácter material o jurídico).

¹⁰ En efecto, el DS N° 900, Ley General de Concesiones, en su Capítulo VIII, titulado “De la inspección y vigilancia de la Administración”, en su artículo 29, inciso 2°, señala: “*Artículo 29 (inciso 2°).- Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra*”.

¹¹ Sobre estos casos, véase: ROMÁN 2009a; Román 2007.

De este concepto es posible destacar dos cuestiones: (i).- Toda inactividad administrativa es siempre y en todo caso ilícita. En otras palabras, no hay inactividad administrativa lícita. Esto es muy relevante, pues de ello se sigue que la responsabilidad del Estado en esta hipótesis debe reconducirse como responsabilidad del Estado por actuación irregular, misma que se singulariza por requerir como factor de atribución por antonomasia a la falta de servicio. (ii).- La inactividad administrativa puede evidenciarse en relación a actuaciones materiales tales como, por ejemplo, la falta de señalización de las vías públicas¹² (por ejemplo, en los casos en que esta señalización es exigida por normas reglamentarias o técnicas); y también en actuaciones jurídicas, por ejemplo, cuando no se dicta el reglamento de una ley sin el cual ésta queda sin aplicación práctica (o con una aplicación distinta a la que tuvo en vista el legislador, si no derechamente contraria a la Constitución), ocasionando con ello daños (por ejemplo, la ley otorga beneficios a personas determinadas o fácilmente determinables, mas sin su reglamento ella queda sin aplicación práctica)¹³, o no se dicta, en tiempo y forma, el acto administrativo terminal de un procedimiento administrativo, sin que tenga cabida aplicar el silencio administrativo, ya sea positivo o negativo, u otro mecanismo que, en la esfera procedimental administrativa, resuelva esta inactividad administrativa formal singular (por ejemplo, se ha solicitado por una persona a la Administración la convalidación de su título profesional otorgado en el extranjero).

A mayor abundamiento, estimamos que preciso es comprender, además, dentro del

¹² Esta es la hipótesis más habitual de inactividad administrativa material que da origen a responsabilidad del Estado en tanto Administrador en Chile. La norma más clara en orden a establecer el deber de señalizar la vía pública se encuentra en el artículo 174, inciso 5°, de la Ley N° 18.290, de Tránsito, que dispone: "Artículo 174 (inciso 5°).- La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario."

¹³ Habitualmente, se ha entendido que por más que la ley mandate la dictación de un reglamento (necesario para la ejecución de la ley, al menos, en teoría, en el Ordenamiento Jurídico chileno), ello solo debe entenderse como una "invitación a reglamentar". Por el contrario, hemos sostenido que en tales casos hay un deber propiamente dicho de reglamentar, a tal punto que su infracción importa un ilícito constitucional, y si de tal inactividad se derivan daños, bien puede dar origen a responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, véase: ROMÁN 2008b.

concepto inactividad administrativa, aquellos casos en los que la ley no es del todo expresa respecto del deber de actuación de la Administración, aunque sí indiciaria o indicativa, y que denominamos "*germen de deber de actuación*". Esto se observa, por ejemplo, en las leyes que crean Servicios Públicos (habitualmente, llamadas por ello "*orgánicas*"), en la parte en la que efectúan la delimitación competencial general de éstos, y que algunos autores denominan "*cometidos*"; misma que se contiene habitualmente en sus primeros artículos, y antes del tratamiento específico de las funciones y atribuciones que se le otorgan. En efecto, en tal parte, en primer lugar, expone, en términos muy generales, la razón que ha justificado la creación del Servicio Público, y en segundo lugar, determina su finalidad. Por ejemplo: "Artículo 1°.- Créase el Servicio Público X, el que será descentralizado... y se vinculará con el Presidente de la República a través de , y que tendrá por *finalidad* y". Pues bien, esta declaración, en cuanto a su finalidad, es muy relevante para muchas materias, por ejemplo: (i).- Se erige como un importantísimo criterio de interpretación de dicha ley (de carácter teleológico). (ii).- Delimita la esfera de actuación de ese Servicio Público; muy relevante a efectos de coordinar su actuación con otros y, en su caso, resolver contiendas de competencias. (iii).- Establece el "*norte*" o fin hacia el cual el Servicio Público necesariamente debe dirigir el ejercicio de las funciones y atribuciones que la ley expresamente le otorga; relevante a fin de determinar la ocurrencia o no del vicio de legalidad denominado desviación de fin o de poder. (iv).- En lo que es objeto de este trabajo: puede llegar a constituir el señalado "*germen de deber de actuación*" que, junto a la concurrencia de ciertos requisitos, permitirán al juez, en un específico caso, determinar la existencia o no de inactividad administrativa.

Tales requisitos son cuatro: (i).- la especificidad de la fuente normativa, (ii).- la relevancia de los derechos concernidos, (iii).- la previsibilidad o probabilidad de la ocurrencia del daño, y (iv).- el cotejo entre los costos versus los beneficios (sociales)¹⁴.

(i).- El primero, la especificidad de la fuente normativa del "*germen de deber de actuación*", alude a la fórmula empleada por el legislador al establecer el cometido del respectivo Servicio Público. En efecto, las leyes, al momento de crear Servicios Públicos,

¹⁴ En esto seguimos parcialmente a: Duni 1986, p. 55 y ss.

establecen cometidos de distinto calibre. Así, de gran calibre son aquellos que se refieren directamente a la atención y vigilancia de personas (esto se observa, por ejemplo, en Chile, en la ley orgánica de Gendarmería¹⁵) o a contener –dentro de límites socialmente tolerables– ciertos riesgos que podrían ocasionar daños a personas o a cosas (esto se observa por ejemplo, en Chile, en la ley orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles¹⁶). Pues bien, en estos casos, cabe colegir, válidamente, deberes de actuación para la Administración en relación a tales finalidades, incluso más allá de aquellos establecidos expresamente en la ley. Con todo, a veces, el propio legislador parece querer “*aminorar*” o “*disminuir*” el cometido que el mismo le ha señalado a un Servicio Público, por ejemplo, circunscribiendo la satisfacción del mismo a la disponibilidad de recursos con los que éste efectivamente cuente, sean éstos personales, materiales o financieros (esto se observa, por ejemplo, en Chile, en la ley orgánica de los Servicios de Salud¹⁷, y que ha adquirido relevancia en relación a las acciones de amparo de

derechos fundamentales –recurso de protección– requiriendo de éstos el financiamiento de onerosos tratamientos para enfermedades de escasa ocurrencia). En suma, este requisito debe ser ponderado, caso a caso. Mas, al efecto, conveniente será considerar no solo el texto expreso de la ley, sino que también su historia fidedigna (esto es, el registro, cronológicamente ordenado, de las opiniones y discusiones que tuvieron lugar en el marco de su tramitación legislativa), y el Ordenamiento Jurídico sectorial en su conjunto (propendiendo así a una interpretación sistemática).

(ii).- El segundo, la relevancia de los derechos concernidos, alude a la necesidad de la jerarquización de los deberes de actuación de un Servicio Público, en función de aquello. Pues bien, esto pone de relieve, por una parte, el rol abstracto del legislador, al crear un Servicio Público, y por otra, el rol concreto del administrador, al gestionarlo. En efecto, es la Administración la que, con los medios –personales, materiales y financieros– disponibles (por regla general, escasos), frente a escenarios siempre cambiantes (normalidad y anormalidad –eventos naturales, eventos sociales, etcétera–), etcétera, debe gestionar y cumplir con los deberes de actuación que, en su momento, el legislador, con la abstracción que singulariza su labor, le proyectó (expresa o implícitamente). Así, en este contexto, aquélla debe priorizar (habitualmente a través de planes administrativos), en razón de múltiples razones, entre ellas, la eficiencia y eficacia, y muy especialmente la relevancia de los derechos concernidos. En suma, mientras más relevancia tenga el derecho concernido, el “*germen de deber de actuación*” tendrá más fortaleza a fin de configurar este último y, consecuentemente, en caso de su infracción, la inactividad administrativa.

(iii).- El tercero, la previsibilidad o probabilidad de la ocurrencia de daño, alude nuevamente a la situación en la que se halla la Administración, con escasos medios –personales, materiales y financieros–, frente a la realidad. Pues bien, esta última siempre aporta datos que permiten colegir la previsibilidad o probabilidad de la ocurrencia de hechos potencialmente lesivos. Por ejemplo, si por el cambio climático se producen más y mayores incendios en una determinada zona costera, con ya dos eventos importantes en los últimos tres años (dado el denominado fenómeno del “30-30-30”, vientos con más de 30 kilómetros/hora, temperatura superior a 30 grados y humedad menor de 30%), ellos, por tal motivo, en lo

¹⁵ En efecto, el artículo 1° del Decreto Ley N° 2.859-1979, Justicia, Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, establece: “Artículo 1°.- Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”

¹⁶ En efecto, el artículo 2° de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, señala: “Artículo 2°.- El objeto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles será fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas.”

¹⁷ En efecto, el artículo 18, incisos 1° y 2°, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1-2005, Salud, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, dispone: “Los establecimientos de atención primaria, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de Servicios de Salud o tengan convenios con éstos, deberán atender, en el territorio del Servicio respectivo, la población a su cargo. Estos establecimientos, tanto públicos como privados, estarán supeditados a las mismas reglas técnicas y aportes financieros por tipo de población, de servicios brindados y calidad de éstos, y serán supervisados y coordinados por el Servicio de Salud respectivo. / Los establecimientos señalados en el inciso anterior, con los recursos físicos y humanos que dispongan, prestarán atención de salud programada y de urgencia, además de las acciones de apoyo y docencia cuando correspondiere, pudiendo realizar determinadas actividades en postas, estaciones médicas u otros establecimientos autorizados, a fin de facilitar el acceso a la población.”

sucesivo, deben entenderse previsibles o probables, y a partir de un "germen de deber de actuación", bien puede entenderse que imponen a la Administración un deber de actuación que puede concretarse de distintas maneras, por ejemplo, abriendo cortafuegos en áreas boscosas, disponiendo preventivamente de medios personales y materiales a fin de hacer frente a ellos, en forma oportuna y eficaz, en caso de ocurrir, etcétera. Cabe destacar que tal deber de actuación, así configurado, sería aun más patente si la zona es o está próxima a una densamente poblada, en cuyo caso aplicaría igualmente el antes referido criterio, de la relevancia de los derechos concernidos.

(iv).- El cuarto, el cotejo entre los costos y los beneficios (sociales), alude al contraste entre ambos. Así, por ejemplo, una actuación de la Administración puede importar un costo muy menor para ésta, pero importar, a la vez, un beneficio social muy mayor; caso en el cual el deber de actuación de la Administración es más patente. Mas, puede acontecer lo contrario, esto es, que el costo de su actuación puede ser muy mayor, pero el beneficio social muy menor; caso en el cual el deber de actuación de la Administración es menos patente. Por ejemplo, la construcción de piscinas decantadoras de aluviones cordilleranos es de costo medio para ésta, mas si su beneficio social es alto, por ejemplo, si con ellas se protege a una ciudad densamente poblada, su construcción constituye un imperativo para la Administración; y, por el contrario, si su beneficio social es inexistente o bajo, por ejemplo, con ellas solo se protege el terreno baldío (rural) de un particular, su construcción no constituye un imperativo para la Administración¹⁸.

Veamos un ejemplo para ilustrar todos estos requisitos. Tiempo atrás, en Chile, personas que, en Hospitales Públicos, se habían hecho el test HIV elisa, que dieron positivo, y que no retiraron sus resultados, y personas que habían donado sangre en tales recintos, que dieron igualmente positivo, no fueron notificados por la Administración sanitaria al respecto. Pues bien, como es evidente, por esto ellas experimentaron daños, consistentes, al menos, en la "pérdida de chance", ya que al no ser notificados de dicho resultado no pudieron iniciar prontamente el respectivo tratamiento. Sobre el particular hubo discusión en orden a si la respectiva ley establecía o no el deber para la Administración de notificar el

resultado positivo del test HIV elisa, bajo el entendido que solo podía haber inactividad administrativa, y consecuente responsabilidad del Estado en tanto Administrador, si ella en forma expresa así lo establecía. Pues bien, entonces, en un trabajo académico, planteamos que así era; mas que, en todo caso, si así no fuera, ello no impediría reconocer en este caso la inactividad administrativa, y consecuente responsabilidad del Estado en tanto Administrador, toda vez que, en el contexto de un "germen de deber de actuación"¹⁹, se verificaban todos requisitos antes referidos²⁰. En efecto: (i).- Había una fuente normativa (en la ley, lo que quedaba aún más claro a la luz de su historia fidedigna²¹); (ii).- El derecho concernido era muy relevante: el derecho a la vida e integridad física y psíquica de tales personas. (iii).- La previsibilidad o probabilidad de la ocurrencia de daño era patente: en efecto, era muy previsible o probable que una persona contagiada de HIV, en caso de no tomar conocimiento del resultado positivo, no iniciara el tratamiento pertinente, con la consecuente "pérdida de chance". (iv).- Finalmente: el cotejo entre los costos y los beneficios (sociales), era muy favorable para estos últimos, pues los primeros eran muy bajos, por ejemplo, llamadas telefónicas, citaciones por correo, visitas a domicilio, etcétera; mientras que los segundos, los beneficios (sociales), invalua-

¹⁹ Este deber de actuación, en específico el deber de notificar los resultados positivos del test HIV elisa, se podía fundar ya en los primeros artículos de la Ley N° 19.779, Establece Normas Relativas al Virus de la Inmunodeficiencia Humana, que establecen: "Artículo 1°.- La prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional. / Corresponde al Estado la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población.", y "Artículo 3°.- El Estado arbitrará las acciones que sean necesarias para informar a la población acerca del virus de inmunodeficiencia humana, sus vías de transmisión, sus consecuencias, las medidas más eficaces para su prevención y tratamiento y los programas públicos existentes para dichos fines, poniendo especial énfasis en las campañas de prevención. / Tales acciones se orientarán además a difundir y promover los derechos y responsabilidades de las personas portadoras y enfermas."

²⁰ ROMÁN 2009b.

²¹ Como dato adicional cabe destacar que el reglamento de esta ley, en la parte que reconoció al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones, resultara expuesto a un posible contagio, el derecho a saber o no del resultado del test HIV elisa, fue representado por ilegal por la Contraloría General de la República.

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 4 de abril de 1989. Revista La Ley, Argentina, Tomo 1989-c, p. 514 y ss.

bles, entre otros, que tales personas iniciaran prontamente el respectivo tratamiento.

(B) Inactividad administrativa y falta de servicio

La falta de servicio, en Chile, es el factor de atribución por antonomasia en la responsabilidad del Estado en tanto Administración. Históricamente, se ha entendido que ella se verifica toda vez que la Administración no actúa, actúa mal o tardíamente. Concepto que podríamos entender hoy superado, aunque bien nos sirve para poner de relieve el problema que ahora trataremos: ¿La inactividad administrativa, por sí misma, puede dar origen a esa responsabilidad (vale decir, se erige en un factor de atribución autónomo, distinto de la falta de servicio) o bien para ello debe configurar, además, falta de servicio (vale decir, se trataría de categorías que, aunque próximas, son distintas)?

Ya hemos adelantado que, en Chile, por razones de texto legal, en específico el señalado artículo 38 de la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, cabe concluir que se trata de figuras diversas. O sea, por una parte, está la inactividad administrativa, y por otra, la falta de servicio. Y ello se ve corroborado si consideramos que la inactividad administrativa es, en sí misma, una ilegalidad; y la ilegalidad, en lo que atañe al acto administrativo ilegal, conforme ha señalado la Corte Suprema, es distinta e independiente de la falta de servicio. En sus palabras: *"no toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia cuando la misma medida hubiere podido ser adoptada por una autoridad competente"*²².

Mas: ¿Qué es falta de servicio? Al respecto podemos reconocer dos tesis. La primera tesis plantea que ella es siempre una infracción de un deber cuidado (guardando así semejanza con lo que se conoce, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, como *"culpa infraccional"*) o una infracción de un deber de actuación, esto es, una inactividad administrativa, en los términos que hemos razonado previamente. Así, para esta tesis, la falta de servicio es sinónima de inactividad

administrativa (y ésta es la infracción de un deber de actuación), razón por la cual la llamamos *falta de servicio objetiva*. La segunda tesis, plantea que la falta de servicio importa una deficiente organización o funcionamiento, *"en cuya inteligencia, deben considerarse las especiales circunstancias en las que se hallaba la Administración al producirse el daño, tales como, por ej., los medios (personales, materiales o financieros) con los que contaba, la previsibilidad de la ocurrencia del daño, la dificultad del servicio en función al tiempo y lugar, etc. (...), así ésta se asemeja a la culpa en su prístino concepto evocador del pecado jurídico"*²³, razón la cual la llamamos *falta de servicio subjetiva*.

Con todo, en la práctica, adquiere relevancia otra cuestión: el deber probatorio en relación a la falta de servicio de quien demanda al Estado por concepto de responsabilidad. Al respecto, tiempo atrás, señalamos: *"prescindiendo de esa discusión (falta de servicio-objetiva y falta de servicio-subjetiva), y teniendo presente que corresponde al administrado acreditar la falta de servicio, estimo que dicha exigencia solo está referida a la prueba de la infracción de los deberes de actuación o cuidado por parte de la Administración (inactividad), ya que de ello se presume su deficiente organización o funcionamiento. De ahí que entienda que la responsabilidad patrimonial de la Administración en ella fundada sea objetivada, ya que se presume de un elemento objetivo como es la mera infracción por aquélla de sus deberes de cuidado o actuación. Hay casos en los que el deber actuación por parte de la Administración es singularmente intenso, como acontece cuando la ley lo consagrada expresamente a fin de resguardar la vida y la integridad física o síquica de las personas, situándola en una posición de garante, en cuyo caso de la sola ocurrencia del daño que experimenta el administrado se presume la falta de servicio y se compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración, a excepción que el daño se deba exclusivamente al hecho de la víctima, de un tercero o a un caso fortuito o fuerza mayor, (...) Finalmente, ya sea que se adhiera a la tesis de la falta de servicio-objetiva o a la de la falta de servicio-subjetiva, la Administración, a fin de excusar su responsabilidad, siempre podrá acreditar la normalidad en su comportamiento, vale decir, que no ha incurrido en infracción de deber (de cuidado o actuación) alguno. Ahora para quienes adhieren a la tesis de la falta*

²² *Inmobiliaria San Andrés Limitada Ingeniería y Construcción Valmar Limitada con Ilustre Municipalidad de Villarrica* (2010).

²³ ROMÁN 2012, 45.

de servicio-subjetiva, además, podría, para idéntico propósito, demostrar la ocurrencia de circunstancias subjetivas que no harían reprochable la infracción de sus deberes (de actuar o cuidado) en las que ha incurrido, lo que en este contexto obstaría el compromiso de dicha responsabilidad, tales como, por ejemplo, la imprevisibilidad de la ocurrencia del daño, carencia de medios (personales, materiales y financieros), la graduación de falta en función de la dificultad del servicio, etcétera"²⁴⁻²⁵.

II. Sentencia y comentario

(A). Sentencia

Esta sentencia rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa fiscal. Lo hace por razones formales (en específico, contener argumentos jurídicamente contradictorios), mas efectuó un "a mayor abundamiento", en el cual se refirió a la responsabilidad del Estado por inactividad administrativa en este caso. En efecto, sobre el particular, en lo medular, constató: (i).- la existencia de un deber legal de actuación por parte del Servicio Nacional de Geología y Minería en orden a velar por la observancia de las normas sobre seguridad minera; (ii).- la infracción por aquél de dicho deber, en grado sumo, pues "conta-

²⁴ ROMÁN 2012, 45-46.

²⁵ En este sentido, el entonces abogado integrante de la Corte Suprema Arturo Prado Puga, en una prevención en una sentencia de dicha Magistratura, sostuvo: "La "falta de servicio" configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo. De este hecho se deduce la culpa de la Administración, en este caso el Municipio demandado, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por lo tanto, de una presunción simplemente legal, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil siendo esta la razón por la cual se ha pensado en un régimen de responsabilidad objetiva sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso fortuito u otra causal de justificación. Mientras esto no suceda subsistirá la responsabilidad del Estado según lo ha sostenido la doctrina más autorizada (Rodríguez Grez, Pablo, "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado", en *Actualidad Jurídica*, N° 23, Enero 2011, p. 32). (I) Quinto: Que por todo ello que puede afirmarse que la prueba del daño causalmente imputable a la Administración a o su órganos equivale a la prueba de la falta de servicio cuyo fundamento radica en la necesaria reparación del daño, y en que la falta de servicio importa un factor de atribución equivalente a la culpa siendo, en tal caso, de cargo de la Administración probar que sus agentes cumplieron con sus deberes legales y que actuaron en forma diligente." (Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Ilustre Municipalidad de Santa Cruz (2013)).

ba con amplias potestades, enmarcadas en un régimen autorizatorio que le confería la atribución de condicionar el funcionamiento de la mina (...) al cumplimiento de los requerimientos que fundadamente estimare necesarios"; y no obstante ello, formuló a la empresa minera en cuestión "reiteradas exigencias", conformándose "con compromisos documentados que, sin embargo, nunca fueron ejecutados"; y (iii).- la ocurrencia, en razón de lo anterior, de la falta de servicio (y, a su vez, de la responsabilidad patrimonial del Estado en tanto Administrador en este caso).

En efecto, en lo medular, esta sentencia sostuvo²⁶:

"SÉPTIMO: Que, siendo lo anterior suficiente para determinar el necesario rechazo del recurso de nulidad sustancial, esta Corte Suprema estima necesario precisar, a mayor abundamiento, que la actividad minera, de manera especial, está sujeta a un régimen de autorizaciones administrativas encomendadas al Servicio Nacional de Geología y Minería.

En este sentido, cabe hacer notar que el artículo 2º, numeral 8º del Decreto Ley N° 3.525, pone de cargo del SERNAGEOMIN "velar porque se cumplan los reglamentos de policía y seguridad minera y aplicar las sanciones respectivas a sus infractores; proponer la dictación de normas que tiendan a mejorar las condiciones de seguridad en las actividades mineras de acuerdo con los avances técnicos y científicos; y requerir información sobre los programas y cursos de capacitación e informar a los trabajadores que se desempeñan en la industria extractiva".

A su turno, el Decreto Supremo N° 132 de 2002, del Ministerio de Minería, que aprueba el Reglamento de Seguridad Minera actualmente en vigor, contiene múltiples aprobaciones o autorizaciones específicas que deben ser otorgadas por el SERNAGEOMIN al empresario minero para que éste pueda explotar el yacimiento de su propiedad. En particular, es dable resaltar el contenido del artículo 22 de este Reglamento, enunciado que indica: "Previo al inicio de sus operaciones, la empresa minera presentará al Servicio, para su aprobación, el método de explotación o cualquier modificación mayor al método aceptado, con el cual originalmente se haya proyectado la explotación de la mina y el tratamiento de sus minerales... Las Empresas Mineras deberán enviar, a petición del Servicio, una descripción de sus faenas, incluyendo

²⁶ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2023).

datos o estimaciones acerca de las reservas de minerales clasificadas, capacidades instaladas y proyectos de ampliación”.

A su vez, en lo relacionado directamente con la controversia de marras, el artículo 25 del Reglamento, expresa: “Sin perjuicio de la existencia de los Reglamentos de Orden, Higiene y Seguridad exigidos por la legislación del país, las Empresas Mineras deberán elaborar, desarrollar y mantener reglamentos internos específicos de las operaciones críticas, que garanticen la integridad física de los trabajadores, el cuidado de las instalaciones, equipos, maquinarias y del medio ambiente”. Acto seguido, su artículo 26 dice: “Las empresas mineras deberán elaborar y mantener un sistema documentado de procedimientos de operación que garanticen el cumplimiento de los reglamentos indicados en el artículo precedente”. Finalmente, debe enfatizarse que, tan dependiente es la actividad minera de las autorizaciones del SERNAGEOMIN, que el artículo 24 del Reglamento ordena que “ninguna empresa minera podrá electrificar su mina sin contar con la autorización previa del Servicio.

OCTAVO: Que, como surge de la lectura de los enunciados transcritos, el Servicio Nacional de Geología y Minería debía cumplir con una obligación legal precisa y determinada: velar por el cumplimiento del reglamento de seguridad minera y, en especial, por la integridad física de los trabajadores que este último cuerpo normativo garantiza. Para satisfacer tal objetivo, el órgano administrativo en cuestión contaba con amplias potestades, enmarcadas en un régimen autorizador que le confería la atribución de condicionar el funcionamiento de la mina “San José” al cumplimiento de los requerimientos que fundamentamente estimare necesarios.

En ese contexto, el SERNAGEOMIN formuló reiteradas exigencias a la Compañía Minera San Esteban Primera S.A., tales como la necesidad de comprobar la estabilidad geomecánica de la mina, su fortificación, la implementación de un sistema de ventilación adecuado, y el escaleramiento de las chimeneas, conformándose, la autoridad, con compromisos documentados que, sin embargo, nunca fueron ejecutados.

NOVENO: Que, en las anotadas condiciones, es posible sostener que el Estado de Chile incurrió en falta de servicio, por cuanto uno de sus órganos incumplió la obligación legal antes identificada, permitiendo el desarrollo de la actividad minera en que se desenca-

denaron los acontecimientos materia de autos, pues, de haber cumplido el SERNAGEOMIN su rol precautorio y de fiscalización, la explotación de la mina “San José” –o su reanudación– jamás habría sido autorizada.”

Cabe destacar que tales razonamientos, en lo que atañen a la inactividad administrativa y a la falta de servicio, son concordantes con aquellos contenidos, en lo pertinente, en las sentencias, recaídas en esta causa, pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago²⁷ y el 9° Juzgado Civil de Santiago²⁸.

²⁷ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2021). En efecto, en lo medular, esta sentencia sostuvo:

“Décimo tercero: Que, en definitiva, no solo se cuestiona la intervención de los órganos llamados a supervigilar el cumplimiento de la normativa sectorial, sino que existe una actuación que evidenció una negligencia y falta de cuidado en el cumplimiento de las labores que a cada una de ellas competía.

De esta forma es el Estado el que adopta diversos mecanismos de fiscalización a través de organismos públicos creados por ley con las facultades para llevar a cabo esa tarea.

En el caso de autos, se evidenció una falta de fiscalización de las faenas mineras; una falta de control de los actos administrativos emanados de sus funcionarios; una falta de rigurosidad en la coordinación entre las autoridades laboral, sanitaria y el Sernageomin para la reapertura de la mina; y, se comprobó que la mutualidad verificó el aumento de la tasa de siniestralidad de la empresa por incumplimiento de las normas de seguridad laboral, información que no se coordinó con los demás órganos estatales. (Conclusiones en Informe de la Comisión Investigadora de Energía y Minería de la Cámara de Diputados).

Décimo sexto: Que, lo expresado, deja en evidencia que los órganos del Estado han faltado a su deber de protección, actuando de manera negligente en el cumplimiento de sus funciones, lo que lleva a estos sentenciadores a concluir que es el Fisco de Chile, el que debe responder por la falta de servicio alegada y acreditada, por lo que el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por él, será mantenido.

Misma decisión, se adopta en cuanto a la alegación formulada por el Sernageomin, en cuanto a la responsabilidad que le cabría al empleador en los hechos que motivaron el derrumbe en la mina de su propiedad.

Décimo séptimo: Que, dilucidado lo anterior, y analizados los antecedentes y pruebas aportadas al proceso, se coincide con la sentenciadora en cuanto a la existencia de la falta de servicio alegada, quedando circunscrita la responsabilidad al Fisco de Chile, el que habrá de responder por los perjuicios ocasionados a los actores, por lo que será acogida la demanda dirigida en su contra, como se dirá.

En efecto, se ha acreditado el actuar negligente de los órganos del Estado, la existencia del daño causado y la relación de causalidad entre ellos. Así, en este último aspecto, no se debe desconocer que, si los órganos de la administración del Estado hubieran cumplido con su obligación legal de la forma en que fue previsto (como ha sido observado y concluido en la investigaciones realizadas como consecuencia del accidente de autos), en atención a la actividad de riesgo realizada por la empresa minera y la falta de condiciones de seguridad evidentes desde años antes del accidente, los 33 trabajadores no hubiesen terminado enterrados vivos en dicho yacimiento.”

²⁸ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2018). En efecto, en lo medular, esta sentencia sostuvo:

(B) Comentario

La sentencia que comentamos razona distinguiendo, por una parte, la inactividad administrativa y, por otra, la falta de servicio.

(i) *Inactividad administrativa*

En relación a la inactividad administrativa, la sentencia que comentamos la entiende en los mismos términos que hemos propuesto en este trabajo, vale decir, como la infracción por parte de la Administración de un deber de actuación establecido expresamente por la ley.

En efecto, en cuanto al *deber de actuación*, el transcrito Considerando Séptimo se exhibe citando normas legales (y reglamentarias) que establecen, directa e indirectamente, el deber de actuación del Servicio Nacional de Geología y Minería en orden a velar por el cumplimiento de las normas de seguridad minera. Entre ellas, destacamos la primera norma que la sentencia cita, esto es, el artículo 2º, número 8, del Decreto Ley N° 3.525, Crea el Servicio Nacional de Geología y Minería, vale decir, su "ley orgánica", que dispone que a éste corresponde "velar porque se cumplan los reglamentos de policía y seguridad minera y aplicar las sanciones respectivas a sus infractores"; precepto legal que, conforme se observa, le fija el "cometido institucional" en esta materia.

Ahora bien, tal deber de actuación (amplio, por cierto), conforme señala la sentencia, se concretiza en las "amplias potestades, enmarcadas en un régimen autorizatorio que le confería la atribución de condicionar el funcionamiento de la mina (...) al cumplimiento de los requerimientos que fundadamente estimare necesarios"; aludiendo así, a lo menos, a las potestades de control/fiscalización de dicho Servicio. En este sentido, cabe tener presente

"QUINCUGÉSIMO CUARTO: Que el artículo 1698 del Código Civil establece que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas"; de manera que habiendo recaído el peso de la prueba en quien alega los hechos que constituyen la falta de servicio, éstos han sido demostrados puesto que la conducta razonable de la demandada era precisamente cumplir con sus deberes de fiscalización y seguimiento de las medidas tomadas, coordinándose con los demás entes a quienes la ley le encomienda las conductas de protección, de acuerdo no solamente a las normas específicas contenidas en los instrumentos legales y reglamentarios reseñados en los considerandos séptimo a vigésimo, sino también en el artículo 5º de la Ley N° 18.575.- que Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado respecto de la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública; así como actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, con agilidad y expedición."

lo señalado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en este caso, al respecto: "se evidenció una falta de fiscalización de las faenas mineras; una falta de control de los actos administrativos emanados de sus funcionarios; una falta de rigurosidad en la coordinación entre las autoridades laboral, sanitaria y el Sernageomin para la reapertura de la mina"²⁹.

En suma, a la luz de lo anterior, cabe concluir que dicho Servicio sí tiene un deber legal de actuación en orden a controlar/fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad minera. Mas si así no se estimara, y no habiendo dudas en cuanto a que sí hay al menos un "germen de deber de actuación", al aplicar los criterios que hemos desarrollado previamente (la especificidad de la fuente normativa, la relevancia de los derechos concernidos, la previsibilidad o probabilidad de la ocurrencia del daño y el cotejo entre los costos y los beneficios (sociales)), no cabría sino que dar por verificada la existencia de dicho deber.

Asimismo, huelga destacar que, en base a los mismos criterios, se constata, igualmente, la intensidad de dicho deber legal. A este respecto, bastaría solo considerar los dos primeros criterios antes referidos: (i).- En cuanto a la especificidad de la fuente normativa, no solo porque el marco normativo que la sentencia transcribe en muy nítido al respecto, sino también por el hecho que la sentencia releva que se trata de "potestades, enmarcadas en un régimen autorizatorio". O sea, un régimen en el cual las empresas mineras quedan estrechamente vinculadas a la Administración, en lo que técnicamente se denomina una "relación de sujeción especial", mas, igualmente ésta a aquellas, en orden a ejercer las potestades de que el Ordenamiento Jurídico le otorga, no solo a fin de que las actividades de aquéllas realicen se conformen a éste, conciliando con el interés general, sino, en cuanto a las normas de seguridad minera, a fin de servir un rol de garante (respecto de los trabajadores mineros). (ii).- En cuanto a la relevancia de los derechos concernidos, y en correspondencia con lo antes señalado, pues, conforme observa la sentencia, la normativa de seguridad minera, cuyo control/fiscalización se encomienda al Servicio, tiene por finalidad resguardar "la integridad física de los trabajadores que este último cuerpo

²⁹ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2021), c. 13º. Citando las conclusiones del Informe de la Comisión Investigadora de Energía y Minería de la Cámara de Diputados.

normativo garantiza", si no su vida, remarcando así el rol de garante antes apuntado.

De esta forma, constatado que el Ordenamiento Jurídico ha situado a dicho Servicio en una posición de garante, en lo que atañe al control/fiscalización de la normativa de seguridad minera, no resulta extraño que la Corte de Apelaciones de Santiago, en este caso, conceptuara a tal deber de actuación como un "deber de protección". En efecto, en lo medular, sostuvo: "Que, lo expresado, deja en evidencia que los órganos del Estado han faltado a su deber de protección, actuando de manera negligente en el cumplimiento de sus funciones, lo que lleva a estos sentenciados a concluir que es el Fisco de Chile, el que debe responder por la falta de servicio alegada y acreditada..."³⁰.

En cuanto a la infracción de dicho deber de actuación, hay un pequeño matiz que establece la sentencia y que es muy importante relevar. Esta no entiende radicada tal infracción en la ausencia –pura y simple– de control/fiscalización por parte del señalado Servicio a la mina en cuestión, pues la hubo, sino que, en ese contexto, en haber formulado "reiteradas exigencias" a la empresa, "tales como la necesidad de comprobar la estabilidad geomecánica de la mina, su fortificación, la implementación de un sistema de ventilación adecuado, y el escaleramiento de las chimeneas", y haberse conformado "con compromisos documentados que, sin embargo, nunca fueron ejecutados". O sea, radica la infracción de tal deber de actuación en este caso, vale decir, la inactividad administrativa, en el hecho de no haber efectuado el "seguimiento" de tales "exigencias". Idea esta última que destacó, igualmente, la sentencia del 9º Juzgado Civil de Santiago, en cuanto señaló: "la conducta razonable de la demandada", que no realizó, "era precisamente cumplir con sus deberes de fiscalización y seguimiento de las medidas tomadas"³¹.

En otras palabras, a la luz de esta sentencia, el deber de actuación en orden a controlar/fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad minera, exige por parte del Servicio, en primer lugar, controlar/fiscalizar, y en segundo lugar, una vez hecho aquello, y establecido, en ese contexto, "exigencias" a la empresa minera, controlar/fiscalizar, con posterioridad, la ejecución de las mismas, vale decir, efectuar el "seguimiento" de las mismas

(no bastando al efecto, por cierto, "compromisos documentados").

(ii).- Falta de servicio

Conforme señalábamos, hay dos visiones sobre la falta de servicio. Una *objetiva* que la asimila a la infracción de un deber de cuidado o actuación; y siendo esta última inactividad administrativa, en tanto ésta se verifique cabría entender que se verifica la falta de servicio. Otra *subjetiva* que distingue, por una parte, la infracción del deber de cuidado o actuación, y por otra, la falta de servicio; así, en relación a la inactividad administrativa, una vez ésta se verifique, no necesariamente cabría entender que se verifica la falta de servicio; esta última sería, en esencia, una mala organización o mal funcionamiento del Servicio; por tanto, admite diversas circunstancias que harían a la inactividad administrativa no reprochable, como, por ejemplo, la imprevisibilidad del hecho, la falta de medios –personales, materiales o financieros–, la graduación de la falta en función de la dificultad del servicio, etcétera. Y a esta última visión de la falta de servicio, subjetiva, se agrega una "variante", la cual entiende que la ocurrencia de la inactividad administrativa hace presumir la falta de servicio, en cuyo caso corresponde, a la Administración el desvirtuarla (lo que podría hacer en base a las señaladas circunstancias).

Ahora bien: ¿A cuál de estas visiones de la falta de servicio adhiere la sentencia que comentamos?

En una primera lectura, rápida, pareciera que adhiere a la visión objetiva, pues haría sinónimas la inactividad administrativa y la falta de servicio. Esto podría colegirse del encabezado del Considerando Noveno, en cuanto señala: "Que, en las anotadas condiciones, es posible sostener que el Estado de Chile incurrió en falta de servicio, por cuanto uno de sus órganos incumplió la obligación legal antes identificada, permitiendo el desarrollo de la actividad minera en que se desencadenaron los acontecimientos materia de autos".

Mas en una segunda lectura, detenida, pareciera que no es así, sino que por el contrario, que adhiere a la visión subjetiva. Distinguiendo así entre inactividad administrativa y falta de servicio. Y esto pareciera colegirse del mismo Considerando antes citado, en tanto emplea la expresión "en las anotadas condiciones". En efecto, son las "anotadas condiciones" las que permiten entender que la inactividad administrativa efectivamente importa

³⁰ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2021), c. 16º.

³¹ Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2018). c. 54º.

falta de servicio; de lo contrario, sin ellas, no obstante haber inactividad administrativa, podría no haber falta de servicio.

Ahora bien: ¿Cuáles son esas "anotadas condiciones"? A nuestro juicio, a la luz de la sentencia, entendemos que esas "anotadas condiciones" son tres: (i).- La posición de garante en la que el Ordenamiento Jurídico sitúa al Servicio, en lo que atañe al control/fiscalización de la normativa sobre seguridad minera, al referir que detenta "potestades, enmarcadas en un régimen autorizatorio" y que le corresponde velar "por la integridad física de los trabajadores", si no por la vida de estos; a lo cual nos hemos referido previamente. (ii).- El hecho que la inactividad administrativa en este caso se refiere, no a la falta de control/fiscalización, pues lo hubo, sino que a la falta de control/fiscalización posterior, en "seguimiento", en relación a la ejecución de las "exigencias" efectuadas en ese contexto. No bastando al efecto, ni reemplazándola, los "compromisos documentados" por parte de la empresa minera (máxime si se tiene presente la finalidad protectora de dicha normativa, conforme se ha apuntado). (iii).- El hecho que tales "exigencias" relevaban, en sí, la disconformidad de la mina con las normas de seguridad minera, lo que hacía previsible o probable, en mayor o menor medida, para el Servicio, conocedor del alcance de las mismas, la ocurrencia de hechos como los que tuvieron lugar; de suerte tal que la inactividad administrativa en la que éste incurrió, en relación al control/fiscalización, "en seguimiento", de tales "exigencias", permitió "el desarrollo de la actividad minera en que se desencadenaron los acontecimientos materia de autos".

Pues bien, tales "anotadas condiciones" ponen de relieve, por una parte, la existencia en este caso de la inactividad administrativa (de la falta, si se quiere), y por otra, la entidad de la misma, vale decir, que ésta reviste el carácter de gravedad (de falta grave, si se quiere). Así, cabe concluir que la sentencia, a fin ponderar la ocurrencia de la falta de servicio, puso el énfasis no en la mera infracción del deber de actuación (como es lo propio de la visión objetiva de la falta de servicio), sino que en la mala organización o mal funcionamiento del Servicio (como es lo propio de la visión subjetiva de la falta de servicio); dirigiéndole de esta forma derechamente un reproche, y grave, conforme se ha observado.

¿Por qué habrá razonado así? Probablemente, porque tuvo en vista uno de los capítulos del recurso de casación deducido por la

defensa fiscal que, en relación a la falta de servicio, planteó, expresamente, la falta de recursos (personales) e, implícitamente, la dificultad de la actividad administrativa en cuestión. Se trata de dos circunstancias que podrían ser consideradas, en el marco de la visión subjetiva de la falta de servicio, a fin de descartar el reproche sobre la mala organización o mal funcionamiento del Servicio, y, consecuentemente, la ocurrencia de este factor de atribución.

En efecto, dicho capítulo del recurso de casación es sintetizado por la sentencia de la siguiente manera:

"PRIMERO: Que, en un primer capítulo, (...) resaltando que en la propia demanda se reconoce que el SERNAGEOMIN estuvo preocupado de la fiscalización de la mina y del yacimiento. En este sentido, se acreditó que, entre el año 2002 y julio de 2010, el SERNAGEOMIN llevó a cabo 22 visitas inspectivas al yacimiento "San José", imponiendo medidas correctivas de toda índole, transcribiendo el detalle de las instrucciones más importantes que fueron impartidas a su propietario.

Debido a aquello, insiste en que el SERNAGEOMIN hizo mucho, pese a que contaba solo con 21 funcionarios en la zona, cuatro de ellos inspectores de seguridad minera, y reitera que el rol cautelar del Estado en materia de seguridad minera es secundario, no de ejecución directa, aclarando que, en el caso concreto, tal deber se llevó a cabo de manera seria, rigurosa y profesional, sin que sea dable desconfiar de los informes y declaraciones hechas por la empresa controlada, única responsable por su negligencia".

En síntesis, plantea que el Servicio ha sido diligente, habida consideración los escasos recursos (personales) con lo que cuenta, y la dificultad intrínseca del control/fiscalización en estas materias.

Analicemos a continuación estas dos circunstancias, y si eran atendibles en el caso en estudio.

– La *falta de recursos* (en este caso, personales). Pues bien, aplicando esta circunstancia, la Corte Suprema en otro caso señaló³²:

"27. Que de lo señalado se desprende que el Estado de Chile, tanto a través de sus autoridades administrativas como por medio de los órganos policiales, han actuado dentro de lo que es dable esperar atendidas las par-

³² *Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile* (2010).

ticulares circunstancias del conflicto en la zona y los medios humanos y materiales con que se ha contado, poniendo de su parte todos los medios disponibles para evitar los perjuicios sufridos por la demandante, lo que incluso ha sido reconocido por el propio demandante en diversas instancias tanto judiciales como policiales y administrativas. Así las cosas y por lo dicho en las reflexiones anteriores, no se encuentra probado el no funcionamiento del servicio, puesto que además no concurre el elemento esencial ya señalado en el considerando 23 de esta sentencia, en los términos allí indicados y de acuerdo con lo sostenido por la doctrina administrativa (Hugo Caldera Delgado. El acto administrativo, pág. 120);"

Mas, en el caso en estudio, esta circunstancia no era atendible, pues ella debe ponderarse en función de la actuación y el contexto específicos. Así, conforme se ha observado, el deber de actuación cuya infracción configura la inactividad administrativa en este caso, es la no realización del control/fiscalización de "seguimiento" respecto de la ejecución de las "exigencias" planteadas a la empresa minera, hipótesis ésta en la que el número de posibles fiscalizados (que se hallan en esa misma situación) es reducida, resultando, por tanto, a lo menos extraño sostener que el contingente del Servicio disponible al efecto sea insuficiente; máxime cuando esas "exigencias" permiten a éste, en conformidad a su conocimiento experto sobre estas materias, determinar la previsibilidad o probabilidad de eventos como los que tuvieron lugar, y, consecuentemente, advertir la relevancia de tales controles/fiscalizaciones de "seguimiento", así como también priorizarlos.

– La dificultad de la actividad administrativa (en este caso, la fiscalizadora). Pues bien, aplicando esta circunstancia, la Corte Suprema en otro caso señaló³³.

"Sexto: Que, por lo demás, en esta materia se debe precisar que no toda falta es sinónimo de falta de servicio, que consiste precisamente en aquella falta que es susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado. La falta misma que puede constituir la admite graduaciones y, en algunos casos, la falta de servicio sólo existe cuanto la falta cometida ha revestido ciertas características de gravedad. Esta distinción es de enorme importancia tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En efecto, en el Código Civil, toda falta, incluso ligera, basta para comprometer la responsabilidad propia, según los términos de su artículo 2314, y por el hecho ajeno, según el artículo 2320. En relación con ciertas actividades administrativas, en cambio, el derecho administrativo, particularmente el francés, en que se inspiró nuestro legislador al regular la materia, se subordina la responsabilidad del Estado y por lo tanto la "falta de servicio", a la existencia de una falta grave.

Así, es incorrecto señalar que se está ante una falta de servicio grave, puesto que para que exista falta de servicio, justamente la falta ha de ser grave. (...)

Séptimo: (...) Es precisamente la dificultad de la actividad del Ministerio Público, al igual que las otras actividades donde se aplica la distinción, lo que hace que ciertas faltas puedan ser excusables. La no existencia de la distinción entre falta grave y simple, podría impedir que el Ministerio Público actuara eficaz y prontamente, para no poner en riesgo la responsabilidad del Estado."

Mas, y entendiendo que la actividad administrativa de control/fiscalización tiene el carácter de actividad de difícil realización, razón por la cual respecto de ella solo habrá falta de servicio en cuanto tenga el carácter de grave, en el caso en estudio, estimamos que sí alcanza el carácter de falta grave. Y ello se colige, nítidamente, de las "anotadas condiciones" a las que se refiere la sentencia, y que abordamos con anterioridad.

En suma, coincidiendo con lo establecido por la sentencia que comentamos, estimamos que en este caso efectivamente sí hubo inactividad administrativa y falta de servicio.

Conclusión

A modo de conclusión, podemos señalar:

(A).- La inactividad administrativa es la pasividad de la Administración que, a la vez, importa infracción de sus deberes de actuación establecidos expresamente por la ley. Así, toda inactividad administrativa es siempre y en todo caso ilícita. Con todo, cabe comprender, además, aquellos casos en los que la ley no es del todo expresa al respecto, aunque sí indicaría, en lo que se ha denominado "germen de deber de actuación"; en cuyo caso cabe considerar cuatro requisitos a fin de determinar la existencia del mismo: (i).- la especificidad de la fuente normativa, (ii).- la relevancia de los derechos concernidos, (iii).- la previ-

³³ Zarricueta Toro con Fisco de Chile (2021).

sibilidad o probabilidad de la ocurrencia del daño, y (iv).- el cotejo entre los costos versus los beneficios (sociales).

(B).- Siendo, en Chile, la falta de servicio el factor de atribución por antonomasia de la Responsabilidad del Estado en tanto Administrador, preciso es responder la siguiente pregunta: ¿La inactividad administrativa por sí misma puede dar origen a esa responsabilidad (vale decir, se erige en un factor de atribución autónomo, distinto de la falta de servicio) o bien para ello debe configurar, además, falta de servicio (vale decir, se trataría de categorías que, aunque próximas, son distintas)? Se trata, conforme se observa, de posiciones opuestas: a la primera bien podríamos calificarla como *objetiva* u *objetivada* (toda vez que para comprometer tal responsabilidad, bastaría constatar la infracción del deber de actuación), en tanto que a la segunda, como *subjetiva* (toda vez que para ello no bastaría constatar la infracción del deber de actuación, sino que, además, configurar la falta de servicio; en cuyo caso el juez bien podría considerar diversas situaciones subjetivas de la Administración como, por ejemplo, los medios materiales, personales y financieros con los que efectivamente dispuso). Con todo, hay una posición ecléctica, la que considera que la inactividad administrativa permite presumir la falta de servicio, correspondiéndole, en este caso, a la Administración el desvirtuarla, por ejemplo, probando que actuó con normalidad, esto es, que lo hizo con todos los medios disponibles con la finalidad de evitar el hecho lesivo.

Bibliografía citada

- DUNI, G. (1986), *Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale*. Guiffre.
- MAURER, H. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Verlag C. H. Beck.
- ROMÁN CORDERO, C. (11/08/2023). *Responsabilidad del Estado-constituyente*. Diario Constitucional. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/responsabilidad-del-estado-constituyente/>
- ROMÁN CORDERO, C. (13/06/2022). *Borrador y Responsabilidad del Estado-Administrador*. Diario Constitucional. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/borrador-y-responsabilidad-del-estado-administrador/>
- ROMÁN CORDERO, C. (2016). Seguel Cares contra Fisco de Chile. En J. FERRADA BÓRQUEZ, J. BERMÚDEZ SOTO y O. URRUTIA SILVA [Coord.], *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en Homenaje a Pedro Pierry Arrau* (449-476), P. Universidad Católica de Valparaíso y Universidad de Valparaíso.
- ROMÁN CORDERO, C. (2015). Responsabilidad patrimonial del Estado por conductas del Poder Judicial. En Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Poder Judicial. Libro en Homenaje al Profesor Paulino Varas* (273-293). Editorial Jurídica de Chile.
- ROMÁN CORDERO, C. (2012). Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio (= responsabilidad objetivada). *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (1), 25-51.
- Román Cordero, C. (2009a). Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: "paga Moya". En *Responsabilidad extracontractual del Estado* (255-280). Editorial Metropolitana.
- ROMÁN CORDERO, C. (2009b). HIV+: El deber de notificar al portador. (Y su infracción como hipótesis de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria). *Gaceta Jurídica* (346), 14-24.
- ROMÁN CORDERO, C. (2009c). Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado: 150 años de doctrina. En *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina* (429-455). Editorial Jurídica de Chile.
- ROMÁN CORDERO, C. (2009d). La responsabilidad del Estado Administración: ¿Una "perinola jurisprudencial"?". *Revista de Derecho Público* (71), 310-317.
- ROMÁN CORDERO, C. (2009e). Pasado, presente y futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo* (6), 605-643.
- ROMÁN CORDERO, C. (2008a). Libro IV. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. En R. Pantoja Bauzá [Coord.], *Derecho Administrativo Chileno* (733-845). Editorial Porrúa.
- Román Cordero, C. (2008b). El poder In-ejecutivo. *Revista de Derecho Público* (70), 337-358.
- ROMÁN CORDERO, C. (2007). Responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por el usuario de carretera concesionada, por inactividad en el ejercicio de sus facultades de inspección y fiscalización En *Contencioso Administrativo* (357-377). Editorial Porrúa.
- ROMÁN CORDERO, C. (2005a). Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado, *Revista de Derecho Público* (67), 402-423.
- ROMÁN CORDERO, C. (2005b). La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. En *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público* (509-537), Editorial Lexis Nexis.
- ROMÁN CORDERO, C. (2004a). La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos. *Revista de Derecho Público* (66), 405-417.
- ROMÁN CORDERO, C. (2004b). *Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Estado* [Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile].

Normas citada

- Constitución Política de la República de Chile, 21 de octubre de 1980 (Chile).
- Código Civil, 14 de diciembre de 1855.
- Ley N° 19.966 de 2004. Establece un Régimen de Garantías en Salud. 25 de agosto de 2004.
- 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.

Ley N° 19.799 de 2022, Sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma, 25 de marzo de 2002.

Ley N° 19.779 de 2001. Establece Normas Relativas al Virus de la Inmuno Deficiencia Humana y Crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas. 4 de diciembre de 2001.

Ley N° 19.640 de 1999. Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. 8 de octubre de 1999.

Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985.

Ley N° 18.290 de 1984. Ley de Tránsito. 23 de enero de 1984.

Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Ley N° 1-2005, Salud, 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.

Decreto N° 900 de 1996 [Ministerio de Obras Públicas]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. 31 de octubre de 1996.

Decreto Ley N° 3.525-1980 [Ministerio de Minería]. Crea el Servicio Nacional de Geología y Minería, 26 de noviembre de 1980.

Decreto Ley N° 2.859-1979 [Ministerio de Justicia]. Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, 12 de septiembre de 1979.

Jurisprudencia citada

Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2023): Corte Suprema, 27 de julio de 2023 (Rol N° 63.193-2021). Tercera Sala [Recurso de casación].

Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2021 (Rol N° 12.685-2018). Segunda Sala [Recurso de apelación].

Urzúa Iribarren y otros con Fisco de Chile (2018): 9° Juzgado Civil de Santiago, 24 de agosto de 2018 (Rol N° C17.229-2011).

Luchsinger Mackay con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema, 5 de agosto de 2021 (Rol N° 82-2021). Tercera Sala [Recurso de casación].

Zarricueta Toro con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema, 27 de enero de 2021 (Rol N° 14.741-2020). Tercera Sala [Recurso de casación].

Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T Limitada con Ilustre Municipalidad de Santa Cruz (2013): Corte Suprema, 2 de enero de 2013 (Rol N° 7.086-2010). Tercera Sala [Recurso de casación].

Inmobiliaria San Andrés Limitada Ingeniería y Construcción Valmar Limitada con Ilustre Municipalidad de Villarrica (2010): Corte Suprema, 2 de agosto de 2010 (Rol N° 7.522-2008). Tercera Sala [Recurso de casación].

Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile (2010): Corte Suprema, 19 de enero de 2010 (Rol N° 3.172-2008). Tercera Sala [Recurso de casación].

Loper Bright: Su impacto para el futuro del Derecho administrativo

Pablo Méndez*

El caso *Loper Bright*, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en junio de 2024, revocó la doctrina *Chevron*, asestando un golpe al Derecho Administrativo y captando la atención de culturas jurídicas a nivel global. Este artículo analiza el impacto de dicha decisión desde la perspectiva del futuro de esta área del Derecho. Revisa el trasfondo normativo del caso, abarcando el desarrollo de las agencias reguladoras y la Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense, y ofreciendo una explicación detallada de la doctrina *Chevron* y los fundamentos de su revocación. Finalmente, se evalúan las implicancias de *Loper Bright* en el modelo del Derecho Administrativo estadounidense, concluyendo que, aunque representa un desafío importante, no supone su fin, sino un reflejo de los vaivenes políticos y constitucionales característicos del sistema jurídico en este país.

Palabras clave: *Loper Bright*, *Chevron*, Deferencia administrativa, Contencioso-administrativo.

Introducción

El pasado 28 de junio de 2024, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó la sentencia en el caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo, Secretary of Commerce*. Una decisión que está muy lejos de haber pasado desapercibida, incluso en culturas jurídicas alejadas de tales discusiones, como la chilena. Las líneas que siguen tienen por finalidad ofrecer algunas reflexiones sobre esta importante decisión.

Ello implica (1) poner *Loper Bright* en perspectiva normativa, incluyendo una referencia obligada, aunque somera, al desarrollo de las agencias reguladoras y a la Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense; (2) explicar en qué consiste *Chevron*: la decisión de 1984 que ahora es revocada, y por qué ella fue tan importante para el Derecho Administrativo estadounidense; (3) para luego analizar la decisión de *Loper Bright*. Tras ello (4) se ofrecerán algunas reflexiones.

* Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LL.M., New York University; Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso.

Artículo recibido el 10 de diciembre de 2024 y aceptado el 11 de diciembre de 2024.

The *Loper Bright* case, decided by the United States Supreme Court in June 2024, overturned the *Chevron* doctrine, delivering a blow to the Administrative State and capturing the attention of legal cultures worldwide. This article examines the impact of that decision from the perspective of the future of the Administrative State, reviewing the case's normative background, including the development of regulatory agencies and the U.S. Administrative Procedure Act, and providing a detailed explanation of the *Chevron* doctrine and the rationale behind its reversal. Finally, it evaluates the implications of *Loper Bright* for the U.S. Administrative State model, concluding that while it represents a significant challenge, it does not signify its demise but rather reflects the political and constitutional fluctuations inherent to the U.S. legal system.

Keywords: *Loper Bright*, *Chevron*, Administrative deference, Judicial review of administrative actions

I. El trasfondo normativo en juego

La historia con la que quiero comenzar es bastante conocida. Durante el *New Deal* (1933-1938), el gobierno federal de los Estados Unidos pasó a implementar una serie de programas y reformas destinados a abordar los desafíos económicos y sociales derivados de la depresión de los últimos años. Una de las características claves de este esfuerzo consistió en el establecimiento de agencias reguladoras independientes, a las que el Congreso encargaría la implementación de cada una de estas políticas. Se trataría, pues, de agencias con un grado significativo de autonomía respecto de los otros poderes del Estado –y, más especialmente, del propio Ejecutivo–. Esto les permitiría operar con una mejor flexibilidad y capacidad de respuesta a las necesidades cambiantes de la contingencia social, al estar alejadas de las agencias departamentales más típicas¹.

Los años siguientes evidenciarían la aparición de una serie de organismos, comisiones

¹ Desde luego, este no fue un fenómeno nuevo. La *Interstate Commerce Commission* (de 1887) y otras agencias anteriores a 1930 dieron origen al modelo de agencias reguladoras independientes que explotaría finalmente durante el *New Deal*.

y agencias de este estilo.² La *Federal Communications Commission* fue instaurada en 1934 como una comisión independiente que unificaría las potestades regulatorias sobre la industria de la radio, el telégrafo y el teléfono que estaban dispersas en ese entonces (las primeras, en la *Federal Radio Commission* creada en 1927, y las otras dos en la *Interstate Commerce Commission* a partir de 1910). Finalmente, la *Securities and Exchange Commission* se creó en 1934 tras una serie de escándalos en la bolsa de comercio, apoyada por una serie de parlamentarios de diversas tendencias bajo la idea de una agencia independiente que contrapesara al Ejecutivo.³ Para el año 1937, las agencias llegaban a más de 100 según el Comité Brownlow.⁴ El modelo de las agencias independientes y expertas pasaría a dominar el Derecho Administrativo durante las décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial⁵.

El modelo de organismos administrativos instaurado durante esta época es bien característico: es una administración aislada e independiente de las facciones y procesos políticos; inmersa en un área de especialización sofisticada, y dotada de amplia discrecionalidad; y con una preeminencia del poder federal frente a unos Estados federados débiles e ineficaces a la hora de resolver los grandes problemas sociales⁶. Este modelo decaería hacia la década de los 70 y el nacimiento de la "regulación social" o "de riesgos" (i.e. productos riesgosos, medio ambiente, etc.), los que evidenciarían la creación de agencias "ejecutivas" o "departamentales": agencias que no serían independientes sino que sometidas al poder del Presidente como parte del Ejecutivo.

Con todo, volviendo a las agencias independientes, la disputa constitucional sobre su legitimidad pasó rápidamente al terreno de la discusión legal y a la necesidad de imponer límites a sus actividades cotidianas. En 1941, el Comité sobre Procedimiento Administrativo liderado por el Fiscal General (*Attorney General's Committee on Administrative Procedure*) emitió un duro informe criticando las prácticas

regulatorias de las agencias. Esto daría paso a una fuerte campaña por regularizar sus procedimientos y su control judicial que terminaría con la promulgación, en junio de 1946, de la Ley de Procedimiento Administrativo (o "APA", por sus siglas en inglés).⁷ De esta forma, esta ley respondería a una suerte de consenso político entre partidarios y críticos del *New Deal*, tras una serie de borradores de proyectos de ley discutidos. Los oponentes buscaban imponer fuertes límites a la labor que ejecutaban las agencias, principalmente la *National Labor Relations Board* (NLRB) y la *Securities and Exchange Commission* (SEC). La Ley de Procedimiento Administrativo tendría así la aptitud de determinar el resultado de las políticas y regulaciones dictadas por las agencias⁸.

La nueva ley destacaría por imponer diversas obligaciones sobre las agencias (indistintamente de su clase: independientes o ejecutivas); obligaciones que se mantendrán hasta el día de hoy. Entre ellas: (i) seguir un determinado procedimiento para la dictación de actos administrativos, incluyendo un trámite de información al público; (ii) regulación del trámite de audiencia en estos procedimientos; (iii) imposición de límites al ejercicio de ciertas potestades administrativas, y; (iv) revisión judicial contra actos ilegales dictados por la Administración. En este último aspecto, el régimen se puede resumir de la siguiente forma. La Ley de Procedimiento Administrativo obliga a los tribunales a anular el acto administrativo que fuese "arbitrario, caprichoso, un abuso de discrecionalidad, o de cualquier otra forma contrario al Derecho"⁹, incluyendo aquellos actos inconstitucionales¹⁰, que exceden las potestades o competencias legales de la agencia¹¹, que sean producto de algún procedimiento irregular¹².

Una pregunta válida a la luz de la normativa legal en cuestión es el grado de deferencia que debe guardar el tribunal contencioso-administrativo respecto de las conclusiones alcanzadas por las agencias. Por una parte, respecto a las cuestiones legales, la Ley establece que el tribunal revisor "decidirá todas

² SOLANES 2016, 47 ("los reformadores del New Deal después, tomaron la versión funcional del principio de separación de poderes y llevaron a cabo una reasignación de funciones con una apuesta decidida por una nueva fórmula institucional: la administración independiente").

³ BERNSTEIN 1955, 53.

⁴ Informe Brownlow, 46.

⁵ WOLL 1977, 48-49.

⁶ SUNSTEIN (1987): "Constitutionalism after the New Deal", 441-443.

⁷ BERNSTEIN 1955, 67-69.

⁸ SHEPHERD 1996 (describiendo la historia de los antecedentes de la Ley de Procedimiento Administrativo, que se remonta al año 1929).

⁹ Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(2)(A).

¹⁰ Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(2)(B).

¹¹ Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(2)(C).

¹² Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(2)(D).

las cuestiones pertinentes de derecho, interpretará las disposiciones constitucionales y legales, y determinará el sentido y aplicabilidad de los términos de un acto administrativo”.¹³ Por otro lado, el tribunal podrá anular actos administrativos en caso de que no se apoye en pruebas sustanciales o que no esté justificado en los hechos, en situaciones especiales¹⁴.

Con todo, la APA no establecía en su texto expreso el grado de deferencia que los tribunales debían guardar en el marco de los procedimientos contencioso-administrativos. Durante la década siguiente, la Corte suprema resolvió cuatro casos pronunciándose acerca de la expresión “decidirá todas las cuestiones de derecho relevantes”, sin sugerir en ningún caso que tales palabras prohibían una deferencia a las interpretaciones de las agencias¹⁵.

El primer criterio fijado por la Corte Suprema se dio en el caso “*Skidmore*” (1944).¹⁶ Siete trabajadores de una planta de envasado de la empresa Swift & Company demandaron a la empresa horas extras y otros rubros patrimoniales. Ellos tenían una jornada diurna, pero además tenían un acuerdo de palabra para permanecer algunas noches en un salón de bomberos, varios días a la semana, para responder a las alarmas contra incendios que surgieran en esta jornada extra. El salón estaba acondicionado con calefacción, dormitorios, una mesa de billar, una mesa de dominó y radio. Y salvo el tiempo de respuesta a las alarmas, en este tiempo los trabajadores podían destinar su tiempo libremente dentro del salón de bomberos.

La Corte Suprema debía determinar si el tiempo que los demandantes destinan al salón de bomberos constituía jornada de trabajo en el marco de la Ley de Normas Razonables de Trabajo (“*Fair Labor Standards Act*”) de 1938. La agencia (*Bureau of Labor Standards*) tenía un criterio que acompañó en el juicio en cuestión. Sin embargo, la Corte Suprema desarrolló un test (conocido luego como el “test *Skidmore*”) para determinar caso a caso la deferencia que debe entregarse a las interpretaciones de una agencia administrativa:

“Consideramos que las resoluciones, interpretaciones y opiniones del Administrador

en virtud de esta Ley, si bien no controlan a los tribunales en virtud de su autoridad, constituyen un conjunto de experiencia y juicio informado al que los tribunales y los litigantes pueden recurrir adecuadamente en busca de orientación. El peso de tal juicio en un caso particular dependerá de la minuciosidad evidente en su investigación, la validez de su razonamiento, su coherencia con pronunciamientos anteriores y posteriores, y todos aquellos factores que le dan poder para persuadir, si carece de poder para controlar”¹⁷.

En síntesis, la Corte Suprema estableció cuatro criterios en *Skidmore*: (1) la minuciosidad evidente de la investigación que hace la agencia y que queda plasmada, en definitiva, en el expediente administrativo; (2) la validez del razonamiento de la agencia ofrecido en el acto administrativo; (3) la coherencia externa de tal razonamiento, con pronunciamientos de la misma agencia, anteriores y posteriores y (4) en general, cualquier otro factor que pueda entregarle persuasión a tal razonamiento.

II. La deferencia *Chevron* (1984)

Este marco normativo sufrió una adición crucial varias décadas más tarde en el año 1984, cuando la Corte Suprema dictó *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*.¹⁸ El caso consistía en la revisión judicial de una interpretación que la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*) había realizado de la Ley del Aire Limpio (*Clean Air Act*). En términos simples, esta ley (tras las modificaciones incorporadas en 1977) establecía que una empresa debía tramitar una autorización en caso que quisiera implementar una “nueva fuente” industrial o modificara una existente, a menos que el incremento estuviese por debajo de ciertos límites fijados en la misma ley. Qué se consideraba “fuente” para efectos de esta autorización, era algo que el cuerpo normativo no respondía.

La pregunta en *Chevron* era si la expresión “fuente” –establecida en la Ley del Aire Limpio– significaba una sola construcción, como un edificio o una chimenea (tal como alegaban los grupos ambientalistas), o si denotaba un complejo industrial o una planta en su conjunto (como sostenía la Administración). Esta última concepción entregaba mayor flexibilidad, creando una suerte de “burbuja”

¹³ Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(1).

¹⁴ Ley de Procedimiento Administrativo (Estados Unidos), artículo 706(2)(E)-(F).

¹⁵ SUNSTEIN 2019, 1642, 1656 (sosteniendo que el artículo en cuestión de la APA “no tiene un sentido público claro”).

¹⁶ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

¹⁷ 323 U.S. 140 (1944).

¹⁸ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

sobre el complejo industrial, permitiendo que la empresa construyese nuevas instalaciones y eliminase otras, siempre que no superase al final los límites establecidos en la ley.¹⁹ Se trataba entonces de una situación que en el derecho continental podríamos calificar de “concepto jurídico indeterminado”.²⁰ Finalmente, fue esta última concepción la que luego adoptó la Agencia de Protección Ambiental durante el Gobierno de Reagan, y que terminó siendo impugnada en los tribunales.

Para decidir el caso, la Corte estableció un test con la finalidad de determinar cuándo y bajo qué requisitos los tribunales federales deben guardar deferencia a esta clase de interpretaciones que realizan las agencias. En una mayoría redactada por el Juez STEVENS, la Corte formuló un test en dos pasos (*two step approach*); un test que no se encuentra amparado en el texto expreso de la ley. El primer paso del tribunal revisor consiste en determinar si la ley en cuestión es ambigua. En palabras de la Corte:

Cuando un tribunal revisa la interpretación que una agencia hace de la ley que administra, se enfrenta a dos cuestiones. Primero, siempre está la cuestión de si el Congreso se ha pronunciado directamente sobre la cuestión precisa en discusión. Si la intención del Congreso es clara, ahí termina la discusión, ya que el tribunal, al igual que la agencia, debe dar efecto a la intención expresada sin ambigüedad por el Congreso.

El segundo paso opera entonces solo si la ley es ambigua, y en tal caso, los tribunales deben determinar si la interpretación de la agencia es “razonable”, no si es la “correcta”:

si el tribunal determina que el Congreso no ha abordado directamente la cuestión precisa en discusión, el tribunal no se limita a imponer su propia interpretación de la ley, como sería necesario en ausencia de una interpretación administrativa. Más bien, si la ley no dice nada o es ambigua con respecto a la discusión específica, la pregunta para el tribunal es si la respuesta de la agencia se basa en una interpretación permisible de la ley.²¹

La verdad sea dicha, cuando *Chevron* apareció en el mundo jurídico no se esperaba que alcanzara un impacto como el que ter-

minó generando. Su impacto apareció en los siguientes lustros, cuando el test en cuestión comenzó a ser invocada en tribunales, estudiada por profesores y estudiantes, y comentada en diversas revistas especializadas. Hoy es una de las sentencias más citadas: sobre 17.000 citas en litigios judiciales y más de 22.000 citas en trabajos académicos²².

No es de extrañar, entonces, que *Chevron* genere apasionados debates en el Derecho Público estadounidense. Tampoco deben sorprender los constantes embates contra esta doctrina, que provienen no solo del mundo académico sino también del judicial.

Por una parte, hay algunos profesores que plantean que esta decisión importa un sesgo inconstitucional en favor de la Administración y en contra del particular, cuestión que en último término violaría el Artículo III de la Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo.²³ La primera infracción se generaría toda vez que la norma constitucional requiere a los jueces que ejerzan un juicio independiente que les permitiría incluso resolver ambigüedades. Pero además, *Chevron* iría abiertamente en contra de la APA, que exige que los tribunales sean quienes deciden las cuestiones de derecho.²⁴ En fin, EPSTEIN plantearía como gran crítica a la doctrina establecida en esta decisión, que ella ignora el hecho de que los funcionarios no son “ángeles” y pueden estar interesados a ampliar sus potestades –interpretando las leyes– en lugar de comportarse como expertos desinteresados e imparciales.²⁵

Por otra parte, varios de los jueces de la Corte Suprema ya habían ido manifestado su incomodidad con *Chevron*. Estas inconformidades fueron evidenciándose lentamente en varios fallos u opiniones de los últimos lustros. En 2013, en el caso *City of Arlington v. FCC*, los Jueces ROBERTS, KENNEDY y ALITO dirían en

²² ESTEVE 2024, 12 (señalando que “El tema que abordaba –unas cuestiones técnicas de derecho medioambiental que afectaban a ciertos grupos industriales– no había suscitado ningún interés en la opinión pública y muy escaso en los círculos académicos más atentos a estas materias”).

²³ Cfr., por ejemplo, HAMBURGER 2016; GINSBURG/MENASHI 2016, 497-507.

²⁴ Ley de Procedimiento Administrativo (EE.UU.), art. 706 (“[E]l tribunal revisor decidirá todas las cuestiones de derecho pertinentes, interpretará las disposiciones legales y constitucionales, y determinará el significado o aplicabilidad de los términos de un acto administrativo”).

²⁵ EPSTEIN 2008, 505-508 (señalando que “la deferencia hacia las agencias administrativas ignora el peligro de que los buenos burócratas estén más decididos a ampliar su poder que a comportarse como expertos desinteresados cuya primera lealtad es el Estado de Derecho”).

¹⁹ SUNSTEIN 2019, 1622-1623.

²⁰ En este sentido ESTEVE 2024, 13.

²¹ *Chevron*, 467 U.S. 842-843 (1984).

su disidencia que los tribunales no lograrían desempeñar sus deberes legales y constitucionales si guardan una deferencia a las conclusiones jurisdiccionales que puede hacer una agencia.²⁶ Luego, en 2015, el voto de mayoría en *King v. Burwell* plantearía que *Chevron* no se aplicaría en la interpretación de leyes ambiguas, fundando su opinión en que el asunto era una cuestión de profunda "significancia política y económica".²⁷ El Juez KAVANAUGH, por su parte, se había referido a este fallo como una "invención atextual de las cortes" y que "no es más que un traspaso de potestades desde el Congreso al Ejecutivo orquestado judicialmente".²⁸ El año 2018, en *Pereira v. Sessions*, el Juez Presidente KENNEDY escribió un voto concurrente por la preocupación con que la Corte Suprema estaba aplicando y entendiendo *Chevron*, señalando expresamente que "parece necesario y apropiado reconsiderar, en un caso apropiado, las premisas que subyacen a *Chevron* y cómo los tribunales han implementado tal decisión".²⁹

Como las propias críticas lo anticiparían, la Corte se encargó de revocar por completo la doctrina en el fallo *Loper Bright*, de 2024. Así, "la de *Chevron* es la crónica de una muerte anunciada".³⁰

III. El estándar de revisión *Loper Bright* (2024)

El caso en cuestión versa sobre la Ley Magnuson-Stevens sobre Conservación y Gestión de la Pesca (*Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act* o "MSA", por sus siglas en inglés). Esta ley es "administrada" (en la terminología usada por la propia Corte Suprema) por el Servicio Nacional de Pesquerías Marinas (*National Marine Fisheries Service* o "NMFS", por sus siglas en inglés). El Servicio tiene potestades para aprobar planes

de gestión pesquera mediante reglamentos; planes que contienen medidas, condiciones y restricciones que se consideren como necesarios para el control y gestión de la pesquería. De hecho, los planes también pueden requerir que los buques lleven a bordo "inspectores" (*fishery observers*) para fiscalizar la conservación y gestión de la industria pesquera; básicamente privados que ejercen funciones públicas³¹.

El problema es que la Ley Magnuson-Stevens no contiene normas expresas sobre quién debe soportar los costos asociados a los inspectores requeridos por los planes promulgados por la NMFS (i.e. si deben ser pagados por el armador regulado o por la Administración). En un momento determinado, el NMFS promulgó un reglamento ordenando que los armadores debían pagar por estas actividades; costos que podían reducir considerablemente los ingresos anuales de las empresas reguladas.

Tres compañías pesqueras de arenque del Atlántico impugnaron la nueva modificación, en febrero de 2020. El Tribunal de Distrito dictó sentencia en favor de la Administración; la Corte del Circuito de D.C. confirmó la decisión de primera instancia aplicando la doctrina *Chevron*, estimando que la interpretación de la NMFS era una interpretación "razonable" de la Ley Magnuson-Stevens.

La Corte Suprema, entonces, tenía que determinar si *Chevron* debe confirmarse o revocarse para efectos de estas decisiones. Y la respuesta fue clara: La Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense obliga a los tribunales a ejercer un criterio independiente en la revisión judicial, y no obliga a los tribunales a guardar deferencia a la interpretación de las leyes que una agencia hace, simplemente por el hecho de que tal norma es ambigua. Para ello, el argumento puede resumirse como sigue.

Primero, el artículo III de la Constitución estadounidense le entrega al Poder Judicial la potestad de juzgar "casos" y "controversias". Tempranamente en *Marbury v. Madison*, la Corte Suprema estableció que el Poder Judicial es quién tiene la competencia y deber de decir cuál es el Derecho. Ello no implica que los criterios de agencias administrativas no puedan informar el criterio del tribunal, quién

²⁶ *City of Arlington v. FCC*, 569 U.S. 290 (2013).

²⁷ *King v. Burwell*, 576 U.S. 473 (2015).

²⁸ KAVANAUGH 2016, 2150 (agregando que "cuando el Poder Ejecutivo elige una interpretación débil (pero defendible) de una ley, y luego los tribunales guardan deferencia, tenemos una situación en la que todos los actores relevantes pueden estar de acuerdo en que la interpretación legal de la agencia no es la mejor, y sin embargo esa interpretación tiene fuerza de ley. Increíble").

²⁹ *Pereira v. Sessions*, 585 U.S. 198, 221 (2018) (señalando que "la deferencia reflexiva exhibida en algunos de estos casos [en que se aplicaba *Chevron*] es preocupante. Y cuando la deferencia se aplica a otras cuestiones de interpretación legal, como la interpretación que hace una agencia de las disposiciones legales que se refieren al ámbito de su propia competencia, es aún más preocupante").

³⁰ ESTEVE 2024, 19.

³¹ Los denominados "*fishery observers*" son privados independientes especialistas en ciencias ambientales que trabajan como inspectores a bordo de plataformas pesqueras, incluyendo buques, plantas procesadoras y otros. Ellos recopilan información sobre las capturas para determinar el cumplimiento de las normas pesqueras.

puede guardarles “respeto” a tal opinión administrativa. Esta doctrina se habría mantenido durante la expansión de agencias reguladoras independientes propia del *New Deal*, con ciertos matices para las determinaciones de hechos alcanzadas por dichos organismos.³²

Segundo, tal doctrina no habría sido modificada por la dictación de la APA; al contrario, la habría mantenido. La APA establece que son los tribunales, y no las agencias, quienes decidirán “todas las cuestiones de derecho relevantes” sin establecer ningún estándar de deferencia hacia la Administración. Ello implica que las interpretaciones de leyes que hacen las agencias no merecen deferencia *per se*.³³

Tercero, la doctrina *Chevron* no es consistente con la APA, y la jurisprudencia subsecuente de esta misma Corte Suprema dictada a su alero tampoco ha buscado conciliar tal doctrina con dicha ley.³⁴ Ello es evidente respecto de las ambigüedades legales: las agencias no tienen competencia para resolverlas; los tribunales sí. Por lo mismo, no hay necesidad de fingir que las ambigüedades de una ley son delegaciones de competencias a las agencias administrativas para que ellas sean quienes las resuelvan.³⁵ Por ello, la Corte Suprema *Chevron* es erróneo: pues introdujo modificaciones en el contencioso-administrativo sin ley expresa³⁶.

La lápida que *Loper Bright* pone es expresa y evidente:

“*Chevron* queda anulada. Los tribunales deben ejercer su criterio independiente para decidir si una agencia ha actuado dentro de sus potestades legales, como exige la APA. Una atención cuidadosa al criterio del Poder Ejecutivo puede ayudar a informar tal decisión. Y cuando una ley concreta delega autoridad a una agencia en forma coherente con los límites constitucionales, los tribunales deben respetar la delegación, garantizando al mismo tiempo que la agencia actúe dentro de tales límites. Pero los tribunales no están obligados ni facultados, de acuerdo a la APA, para guardar deferencia a una interpretación de una ley por parte de una agencia simplemente por el hecho de que tal ley es ambigua”³⁷.

³² *Loper Bright*, slip opinion, pp. 7-13.

³³ *Loper Bright*, slip opinion, 13-18.

³⁴ *Loper Bright*, slip opinion, 18-20.

³⁵ *Loper Bright*, slip opinion, 21-26.

³⁶ *Loper Bright*, slip opinion, 29-35.

³⁷ *Loper Bright*, slip opinion, 43.

IV. Algunas reflexiones sobre el fallo

Primero que todo, es imposible no tomar nota del contexto jurisprudencial en que *Loper Bright* ha sido dictada. La Corte Suprema de Estados Unidos se había dedicado los últimos años a establecer límites a las agencias administrativas. En “*Alabama Association of Realtors*” (2021), por ejemplo, estableció que la Administración carecía de facultades para decretar una moratoria en el desalojo de inquilinos en el contexto del COVID-19, al no contar con una potestad expresa para ello. Y tal delegación no podía entenderse comprendida en forma implícita en las potestades sanitarias de la agencia en cuestión (*Centers for Disease Control and Prevention*).³⁸ Algo similar ocurrió en el caso “*National Federation of Independent Business*” (2022), donde la Corte estableció que la agencia en cuestión (la *Occupational Safety and Health Administration*) carecía de potestades para dictar una orden de vacunación o testeo de COVID-19 a los trabajadores, pues tales potestades debían ser primero entregadas por el Congreso.³⁹ En fin, en “*West Virginia*” (2022), la Corte volvió sobre un tema similar para concluir que la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*) carecía de habilitación legislativa para dictar normas con el fin de limitar las emisiones de dióxido de carbono.⁴⁰

A ello debemos sumar que al día siguiente de *Loper Bright*, la misma Corte dictaría la decisión *SEC v. Jarkesy* (2024).⁴¹ En este fallo, la Corte Suprema señaló que la imposición de sanciones administrativas por parte de este organismo debe materializarse únicamente en un juicio civil (*jury trial*), estando imposibilitado de tramitar procedimientos administrativos con este fin. Solo de esta forma se garantizaría la Séptima Enmienda y el “derecho a un juicio por jurados” que la misma asegura.

Por lo mismo, hasta antes de *Loper Bright*, no era ninguna novedad que *Chevron* estaba seriamente en peligro. “Se veía venir”.⁴² No solo por las constantes críticas contra este fallo que la cultura jurídica estadounidense había manifestado de manera creciente en los últimos lustros. La composición de la actual Corte Suprema también es relevante. No es

³⁸ *Alabama Association of Realtors v. U.S. Department of Health & Human Services*, 594 U.S. ____ (2021)

³⁹ *National Federation of Independent Business v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022)

⁴⁰ *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. ____ (2022).

⁴¹ *SEC v. Jarkesy*, Docket No. 22-859 (2024).

⁴² ESTEVE 2024, 19.

casualidad que los seis jueces que suscriben el voto de mayoría –ROBERT, THOMAS, ALITO, GORSUCH, KAVANAUGH y BARRETT– fueron nombrados precisamente por Presidentes del partido republicano; mientras que los tres disidentes –KAGAN, SOTOMAYOR Y JACKSON– fueron nombrados por Presidentes del partido demócrata.⁴³

Desde luego, también hay que conceder que el caso usado para revocar *Chevron* no fue elegido al azar. Fue delicadamente escogido. El caso envuelve a empresas familiares de pesca de arenques a las que la autoridad administrativa les impone obligación de llevar a bordo y pagar por inspectores (*fishery observers*), cuyos costos tienen la potencialidad de mermar los márgenes de utilidad esperables en la industria. “Ciertamente la administración, la agencia [...] ofreció la peor imagen de la intervención administrativa de bajo vuelo y en buena medida abusiva”⁴⁴.

Segundo, el nuevo estándar de revisión en el contencioso-administrativo. La derogación del test *Chevron* plantea la interrogante sobre cuál es el estándar de deferencia que los jueces deben observar en el contencioso-administrativo. Claramente por los términos en que esta decisión está redactada, será muy difícil hablar de “deferencia *Loper Bright*”. De hecho, el fallo termina señalando que “Una atención cuidadosa al criterio del Poder Ejecutivo puede ayudar a informar tal decisión”. Los tiempos que vienen dirán si tal “atención cuidadosa” debe cumplirse mirando a *Skidmore* como el nuevo test de deferencia, un test que desde luego es más exigente que el de *Chevron*.

Tercero, debe tomarse nota que la Corte no declara que la deferencia *Chevron* sea contraria al artículo III de la Constitución. De hecho, el juez THOMAS escribió una prevención de cuatro páginas para explicar por qué, además, en su opinión, *Chevron* es inconstitucional y viola el principio de separación de poderes. Por su parte, el juez GORSUCH también escribió una prevención de 31 páginas para explicar la historia de la deferencia judicial dentro de la separación de poderes. Esta es una cuestión

muy importante para el evento que el Congreso federal decida a futuro modificar la propia APA para darle consagración legal al test de deferencia (uno que se asemeje a *Chevron* o cualquier otro).

Por todo lo dicho, *Loper Bright* es un golpe que debilitan el Derecho Administrativo, qué duda cabe; pero cuyas consecuencias reales no es posible avizorar por el momento. Adrian VERMEULE ha señalado que gran parte de la “Deferencia *Chevron*” podría “ser recreada bajo una etiqueta diferente”, lo cual daría paso a una “Delegación *Loper Bright*”⁴⁵. Por su parte, Cass SUNSTEIN ha expresado preliminarmente que la decisión podría incluso generar “un incremento importante de las divisiones ideológicas en los tribunales inferiores”, debido a que en su opinión: (a) *Loper Bright* ha mantenido el precedente del caso *Skidmore* (que establecía una primitiva deferencia a las agencias), (b) *Loper Bright* también reconoce que el Congreso puede delegar una potestad interpretativa a las agencias y; (c) la revocación de *Chevron* puede llevar a un aumento de litigación contras las agencias⁴⁶.

Es evidente que *Loper Bright* es un golpe al Derecho Administrativo. Pero decir que es un golpe de muerte o que elimina uno de los pilares del mismo es un exceso de retórica. La historia del Derecho Administrativo estadounidense está escrita con frecuentes vaivenes políticos y constitucionales. El mejor ejemplo fue el gran momento constitucional que se dio para el New Deal. Cuál será el siguiente giro es cuestión del mañana.

Bibliografía citada

- BERNSTEIN, M. (1955). *Regulating Business by Independent Commission* (Estados Unidos: Princeton University Press).
- EPSTEIN, R. (2008). “Why the Modern Administrative State is inconsistent with the Rule of Law”, *New York University Journal of Law & Liberty* 3, pp. 491-515.
- ESTEVE, J. (2024): “*Loper Bright*: una conmoción que es veía venir. La Supreme court de EE.UU. revoca la doctrina *Chevron*”, *Cuadernos de Derecho Regulatorio* 2, pp. 11-27.

⁴³ En efecto, el Presidente G.H.W. Bush (R) nominó a Clarence Thomas (1991); el Presidente G.W. Bush (R) nominó al Juez Presidente Roberts (2005) y a Samuel Alito (2006); mientras que el Presidente Trump (R) nominó a los jueces Neil Gorsuch (2017), Brett Kavanaugh (2018) y Amy Coney Barrett (2020). Por su parte, las juezas Sonia Sotomayor (2009) y Elena Kagan (2010) fueron nombradas por el Presidente Obama (D); mientras que la Jueza Ketanji Brown Jackson (2022) fue nominada por el Presidente Biden (D).

⁴⁴ ESTEVE 2024, 26.

⁴⁵ VERMEULE 2024.

⁴⁶ SUNSTEIN 2024, 3 (aunque se trata de un borrador de trabajo no publicado aún, entrega una reflexión interesante que merece ser compartida acá: “una proyección de los efectos de *Loper Bright* es todavía más desafiante. Supongamos que las interpretaciones de las agencias fueron confirmadas el 70% de las veces entre 2013 a 2023, y que ellas fueron confirmadas el 55% de las veces entre 2025 a 2035. ¿Es *Loper Bright* responsable de esa variación 15%? No necesariamente”).

- GINSBURG, D. y MENASHI, S. (2016): "Our illiberal administrative law", *New York University Journal of Law & Liberty* 10, pp. 475-521.
- HAMBURGER, P. (2016). "Chevron bias", *The George Washington Law Review* 84, pp. 1187-1251.
- KAVANAUGH, B. (2016): "Fixing statutory interpretation", *Harvard Law Review* 129, pp. 2118-2163.
- SHEPHERD, G. (1996). "Fierce compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics", *Northwestern University Law Review* 90, pp. 1557-1601.
- SOLANES, J. (2016). *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español*. (España: Congreso de los Diputados).
- SUNSTEIN, C. (2024). "The consequences of *Loper Bright*". (1 de julio de 2024). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4881501> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4881501>
- SUNSTEIN, C. (2019). "Chevron as law". *The Georgetown Law Journal* 107, pp. 1613-1683.
- VERMEULE, A. (2024). "Chevron by any other name", *The New Digest* (28 de junio de 2024), Disponible en: <https://thenewdigest.substack.com/p/chevron-by-any-other-name>
- WOLL, P. (1977). *American Bureaucracy* (Estados Unidos: Norton).

Corte Suprema de los Estados Unidos

Loper bright enterprises et al., V. Raimondo, secretary of commerce, et al.*

Certiorari contra la Corte de Apelaciones de EE.UU. Para el circuito del distrito de Columbia [28 De junio, 2024]

Pablo Méndez

Voto de Mayoría

El JUEZ ROBERTS redactó la opinión de la Corte.

Desde nuestra decisión en el caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*,¹ a veces hemos exigido a los tribunales el ser deferentes a las interpretaciones «permisibles» que las agencias administrativas hacen de las leyes que ellas administran, incluso cuando un tribunal revisor interpreta la disposición legal de manera diferente. En estos casos, decidimos si tal doctrina debe ser revocada.

I

Nuestra doctrina *Chevron* exige que los tribunales utilicen un esquema de dos pasos para interpretar las leyes administradas por los agencias federales. Después de determinar que un caso satisface las diversas condiciones previas que hemos establecido para que se aplique *Chevron*, un tribunal revisor debe evaluar primero «si el Congreso se ha pronunciado correctamente sobre la materia precisa en cuestión».² Si, y sólo si, la intención del Congreso es «clara», ese es el final de la discusión.³ Pero si el tribunal determina que «la ley no dice nada o es ambigua con respecto

* Traducción libre de Pablo Méndez, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. NdT N°1: Para facilitar la comprensión de lectores en castellano, las notas se han incluido a pie de página y no en el cuerpo del documento, como la Corte Suprema de EE.UU. lo hace en su versión original. NdT N° 2: Las notas al pie del texto original están expresadas en negrita y entre corchetes, para mantener la misma numeración del texto en inglés.

¹ 467 U.S. 837 (1984).

² *Id.* en 842.

³ *Ibid.*

Artículo recibido el 10 de diciembre de 2024 y aceptado el 11 de diciembre de 2024

a la cuestión específica», el tribunal debe, en el segundo paso de *Chevron*, ser deferente a la interpretación de la agencia si «se basa en una interpretación permisible del estatuto».⁴ En cada uno de los casos que nos ocupan, los tribunales revisores aplicaron el esquema de *Chevron* para resolver a favor de la Administración diversas impugnaciones a un mismo reglamento [*rule*] de una agencia.

A

Antes de 1976, los buques extranjeros no regulados dominaban la pesca en las aguas internacionales frente a la costa de EE.UU., que quedaba a sólo 12 millas náuticas de la costa.⁵ El Congreso promulgó la Ley Magnuson-Stevens sobre Conservación y Gestión de la Pesca [*Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act*] (“MSA” por sus siglas en inglés), reconociendo el exceso de pesca resultante y la necesidad de una buena gestión de las fuentes de pesca.⁶ La MSA y posteriores enmiendas ampliaron la jurisdicción de Estados Unidos a 200 millas náuticas más allá del mar territorial estadounidense y reivindicaron «la autoridad exclusiva de gestión pesquera sobre todos los peces» dentro de esa zona, conocida como «zona económica exclusiva».⁷ El Servicio Nacional de Pesquerías Marinas [*National Marine Fisheries Service*] (“NMFS”, por sus siglas en inglés) administra la MSA por delegación del Secretario de Comercio.

La MSA estableció ocho consejos regionales de gestión pesquera compuestos por representantes de los Estados ribereños, las

⁴ *Id.* en 843.

⁵ Véase, por ejemplo, S. Rep. N° 94-459, pp. 2-3 (1975).

⁶ Véase 90 Stat. 331 (codificada en su versión modificada en 16 U. S. C. §1801 y siguientes).

⁷ §1811(a); véase la Proclamación Presidencial N° 5030, 3 CFR 22 (1983 Comp.); §§101, 102, 90 Stat. 336.

partes interesadas en la pesca y el NMFS.⁸ Los consejos elaboran planes de gestión pesquera que el NMFS aprueba y promulga como reglamentos [*regulations*] definitivos.⁹ Al servicio de los objetivos de conservación y gestión de la pesca que establece la ley,¹⁰ la MSA exige que se incluyan en estos planes determinadas disposiciones, como «un mecanismo para especificar los límites anuales de capturas... a un nivel tal que no se produzca sobrepesca».¹¹ Los planes también pueden incluir normas discrecionales adicionales.¹² Por ejemplo, los planes pueden «prohibir, limitar, condicionar o exigir el uso de determinados tipos y cantidades de artes, buques o equipos de pesca»,¹³ «reservar una parte de la captura biológica admisible de la pesquería para su uso en investigación científica»,¹⁴ y «establecer otras medidas, requisitos o condiciones y restricciones que se consideren necesarios y adecuados para el control y la gestión de la pesquería».¹⁵

Para lo que aquí interesa, un plan también puede requerir que «uno o más inspectores [*observers*] se lleven a bordo» de los buques nacionales «con el fin de recopilar los datos necesarios para la conservación y gestión de la pesquería».¹⁶ La MSA especifica tres grupos que deben cubrir los costes asociados a los inspectores: (1) los buques pesqueros extranjeros que faenan en la zona económica exclusiva (que *deben* llevar inspectores),¹⁷ (2) buques que participen en determinados programas de acceso limitado, que imponen cuotas que permiten a los pescadores capturar únicamente cantidades específicas del total admisible de capturas de una pesquería;¹⁸ y (3) buques dentro de la jurisdicción del Consejo del Pacífico Norte, donde operan muchas de las empresas pesqueras comerciales más grandes y prósperas del país.¹⁹ En los dos últimos casos, el MSA limita expresamente las tasas correspondientes al dos o el tres por ciento del valor de la pesca capturada en los buques.²⁰ Y, en general, autoriza al Secretario a imponer «sanciones» cuando «algún pago

exigido por los servicios de inspección prestados a (o contratados por) un propietario u operador... no se haya enterado».²¹

La MSA no contiene disposiciones similares sobre si se puede exigir a los pescadores de arenque del Atlántico que soporten los costos asociados a los inspectores requeridos por un plan. Y en cierto momento, el NMFS financió íntegramente la cobertura de inspectores que el Consejo de Gestión Pesquera de Nueva Inglaterra exigía en su plan para la pesquería de arenque del Atlántico.²² En 2013, sin embargo, el consejo propuso modificar sus planes de gestión de la pesca para exigir a los pescadores que pagasen por los inspectores, en caso que el financiamiento federal no estuviese disponible. Varios años después, el NMFS promulgó un Reglamento [*Rule*] aprobando la modificación.²³

En lo que respecta a la pesquería de arenque del Atlántico, el Reglamento creó un programa financiado por la industria cuyo objetivo es garantizar la cobertura del 50% de las expediciones realizados por buques con determinados tipos de permisos. En virtud de dicho programa, los representantes de los buques deben «declararse en» una pesquería antes de iniciar una expedición, notificando al NMFS el viaje y anunciando las especies que el buque pretende capturar. Si el NMFS determina que es necesario un inspector, pero se niega a asignar uno pagado por la Administración, el buque debe contratar y pagar a un inspector externo certificado por la misma. El NMFS estimó que el coste de dicho inspector ascendería a \$710 diarios, lo que reduciría los ingresos anuales del armador hasta en un 20%²⁴.

B

Los recurrentes Loper Bright Enterprises, Inc., H&L Axelsson, Inc., Lund Marr Trawlers LLC y Scombus One LLC son empresas familiares que operan en la pesquería de arenque del Atlántico. En febrero de 2020, impugnaron el Reglamento dictado bajo la MSA²⁵, que incorpora la Ley de Procedimiento Administrativo (“APA” por sus siglas en inglés)²⁶. En la parte pertinente, alegaron que la MSA no autoriza al NMFS a obligarles a pagar por los inspectores

⁸ Véase 16 U.S.C. §§1852(a), (b).

⁹ Véanse §§1852(h), 1854(a).

¹⁰ Véase §1851(a).

¹¹ Véase §1853(a)(15).

¹² Véase §1853(b).

¹³ §1853(b)(4).

¹⁴ §1853(b)(11).

¹⁵ §1853(b)(14).

¹⁶ §1853(b)(8).

¹⁷ Véanse §§1821(h)(1)(A), (h)(4), (h)(6).

¹⁸ Véanse §§1802(26), 1853a(c)(1)(H), (e)(2), 1854(d)(2).

¹⁹ Véase §1862(a).

²⁰ Véanse §§1854(d)(2)(B), 1862(b)(2)(E).

²¹ §1858(g)(1)(D).

²² Véase 79 Fed. Reg. 8792 (2014).

²³ Véase 85 Fed. Reg. 7414 (2020).

²⁴ Véase *id.* en 7417-7418.

²⁵ 16 U.S.C. §1855(f).

²⁶ 5 U.S.C. §551 y siguientes.

exigidos por un plan de gestión pesquera. El Tribunal de Distrito emitió sentencia sumaria [*summary judgment*] en favor de la Administración. Concluyó que la MSA sí autorizaba el Reglamento, pero señaló que incluso si los «argumentos de estos demandantes fueran suficientes para plantear una ambigüedad en el texto legal», la deferencia a la interpretación de la agencia estaría justificada en virtud de *Chevron*²⁷.

Una sala dividida de la Corte del Circuito de D.C. confirmó la decisión²⁸. El voto de mayoría abordó varias disposiciones del MSA y concluyó que no era «totalmente inequívoco» que el NMFS pueda exigir a los pescadores de arenque del Atlántico que paguen por los inspectores²⁹. Dado que quedaba «alguna duda» sobre la intención del Congreso³⁰, el tribunal procedió al segundo paso de *Chevron* y consideró que la interpretación de la agencia era una interpretación «razonable» de la MSA³¹. En su voto disidente, el juez Walker concluyó que el silencio del Congreso sobre los inspectores financiados por la industria para la pesquería de arenque del Atlántico –junto con la disposición expresa de tales inspectores en otras pesquerías y en buques extranjeros– indicaba inequívocamente que el NMFS carecía de potestades para «exigir a los pescadores [de arenque del Atlántico] que paguen los salarios de los inspectores en el mar».³²

C

Los recurrentes *Relentless Inc.*, *Huntress Inc.* y *Seafreeze Fleet LLC* son propietarias de dos buques que faenan en la pesquería de arenque del Atlántico: el F/V *Relentless* y el F/V *Persistence*. [1] Estos buques utilizan equipo de arrastre de fondo de malla pequeña y pueden congelar el pescado en el mar, por lo que pueden capturar más especies de peces y realizar viajes más largos que otros buques (de unos 10 a 14 días, frente a los 2 a 4 días más habituales). En consecuencia, en cada expedición suelen declararse por varias pesquerías para poder capturar todo lo que el océano les ofrece. Si tales buques se declaran en la pesquería de arenque atlántico para una expedición deter-

minada, deben llevar un inspector para tal expedición en caso de que el NMFS seleccionare dicha expedición para cobertura, incluso si acaban capturando menos arenque que otros buques, o ningún arenque en absoluto.

Este grupo de recurrentes, al igual que los del caso del Circuito de D.C., presentó una demanda impugnando el Reglamento por no estar autorizado por la MSA. El Tribunal de Distrito, al igual que el del Circuito de D.C., guardó deferencia a la interpretación del NMFS en virtud de *Chevron* y, por tanto, concedió el sentencia sumaria [*summary judgment*] en favor de la Administración³³.

La Corte del Primer Circuito confirmó³⁴. Se basó en la «norma por defecto» de que las empresas reguladas deben asumir los costos de cumplimiento, así como en la disposición sobre sanciones del MSA, la sección 1858(g) (1)(D).³⁵ Y rechazó el argumento de los recurrentes de que la autorización legal expresa de tres programas de financiación del sector demostraba que el NMFS carecía de la amplia potestad implícita en la que se amparaba para implantar un programa de este tipo para la pesquería de arenque del Atlántico³⁶. Finalmente, la corte concluyó que «[l]a interpretación que hace la agencia de su potestad para exigir monitores en el mar pagados por los propietarios de los buques regulados no “excede los límites de lo permisible”»³⁷. Al llegar a esa conclusión, la Corte del Primer Circuito declaró que estaba aplicando el esquema de dos pasos de *Chevron*³⁸. Pero no explicó qué aspectos de su análisis eran relevantes para cada uno de los dos pasos de *Chevron*. Del mismo modo, se negó a decidir si el resultado era «producto del paso uno o del paso dos de *Chevron*»³⁹.

Concedimos certiorari en ambos casos, limitado a la cuestión de si *Chevron* debe ser anulado o aclarado⁴⁰. [2]

²⁷ 544 F. Supp. 3d 82, 107 (DC 2021); véase *id.*, en 103-107.

²⁸ Véase 45 F. 4th 359 (2022).

²⁹ *Id.* en 366.

³⁰ *Id.* en 369.

³¹ 45 F. 4th, en 370.

³² *Id.* en 375.

[Nota al pie N° 1] Para los marineros de agua dulce, «F/V» es simplemente la designación de un buque pesquero [*fishery vessel*].

³³ Véase 561 F. Supp. 3d 226, 234-238 (RI 2021).

³⁴ Véase 62 F. 4th 621 (2023).

³⁵ Véase *id.* en 629-631.

³⁶ Véase *id.* en 631-633.

³⁷ *Id.* en 633-634 (citando *Barnhart v. Walton*, 535 U. S. 212, 218 (2002); alteración en el original).

³⁸ 62 F. 4th, en 628.

³⁹ *Id.*, en 634.

[Nota al pie N° 2] Ambas demandas también planteaban cuestiones relativas a la coherencia de la norma con el MSA. Véase Petición de Cert. en No. 22-451, p. i; Petición de Cert. en No. 22-1219, p. ii. No concedimos el certiorari con respecto a esas cuestiones y, por lo tanto, no las abordamos.

⁴⁰ Véase 01 U. S. ____ (2023); 598 U. S. ____ (2023).

II

A

El Artículo III de la Constitución le entrega al Poder Judicial Federal la responsabilidad y el poder de resolver «Casos» y «Controversias»: disputas concretas con consecuencias para las partes implicadas. Los Redactores de la Constitución [*Framers*] comprendieron que las leyes que los jueces aplicarían necesariamente para resolver esas disputas no siempre serían claras. Ellos, conscientes de los límites del lenguaje humano y de la previsión, anticiparon que «[t]odas las leyes nuevas, aunque redactadas con la mayor habilidad técnica y aprobadas con la deliberación más completa y madura», serían «más o menos oscuras y equívocas, hasta que su significado» se resolviera «mediante una serie de discusiones y adjudicaciones particulares».⁴¹

Los Redactores de la Constitución también previeron que la «interpretación final de las leyes» sería «competencia propia y peculiar de los tribunales».⁴² A diferencia de los poderes políticos, los tribunales no ejercerían «ni la Fuerza ni la Voluntad, sino simplemente su criterio».⁴³ Para asegurar la «administración constante, recta e imparcial de las leyes», los Redactores estructuraron la Constitución para permitir que los jueces ejercieran ese criterio independiente de la influencia de los poderes políticos del Estado.⁴⁴

Esta Corte adoptó desde el principio la concepción de la función judicial de los Redactores de la Constitución. En la decisión fundacional *Marbury v. Madison*, el Presidente del Corte Suprema, el Juez Marshall declaró en un pasaje famoso que «[e]s enfáticamente competencia y deber del área judicial decir cuál es el derecho»⁴⁵. Y en las décadas siguientes, la Corte consideró que «interpretar las leyes, en última instancia», era un «deber solemne» del Poder Judicial.⁴⁶ Cuando se cuestionaba el significado de una ley, la función judicial era «interpretar la ley del Congreso para determinar los derechos de las partes».⁴⁷

⁴¹ El *Federalista* N° 37, p. 236 (J. Cooke ed. 1961) (J. Madison).

⁴² *Id.*, núm. 78, en 525 (A. Hamilton).

⁴³ *Id.*, en 523.

⁴⁴ *Id.*, en 522; véase *id.*, en 522-524; *Stern v. Marshall*, 564 U. S. 462, 484 (2011).

⁴⁵ 1 Cranch 137, 177 (1803).

⁴⁶ *United States v. Dickson*, 15 Pet. 141, 162 (1841) (Juez Story, por la Corte).

⁴⁷ *Decatur v. Paulding*, 14 Pet. 497, 515 (1840).

Sin embargo, la Corte también reconoció desde un comienzo que el ejercicio de un criterio independiente a menudo incluía el debido respeto a las interpretaciones que el Poder Ejecutivo hacía de las leyes federales. Por ejemplo, en *Edwards' Lessee v. Darby*,⁴⁸ la Corte explicó que «[e]n la interpretación de una ley dudosa y ambigua, la interpretación contemporánea de aquellos que fueron llamados a actuar bajo la ley, y fueron designados para llevar sus disposiciones a efecto, tiene derecho a un gran respeto».⁴⁹

Dicho respeto se consideraba especialmente justificado cuando una interpretación del Poder Ejecutivo era aproximadamente contemporánea a la promulgación de la ley y se mantenía constante a lo largo del tiempo.⁵⁰ Esto se debe a que «la "práctica del gobierno" de larga data» —como cualquier otra ayuda interpretativa— «puede informar la determinación [de un tribunal] de "cuál es la ley"».⁵¹ Esta Corte también otorgó «la más respetuosa consideración» a las interpretaciones del Poder Ejecutivo, simplemente porque «[l]os funcionarios en cuestión [eran] por lo general personas capaces y expertas en la materia», quienes eran «[n]o pocas veces... los redactores de las mismas leyes que posteriormente [debían] interpretar».⁵²

«Respeto», sin embargo, era sólo eso. Las opiniones del Poder Ejecutivo pueden informar el criterio del Poder Judicial, pero no lo sustituyen. Independientemente del respeto que mereciera una interpretación del Poder Ejecutivo, un juez «ciertamente no está obligado a adoptar la interpretación dada por el jefe de un departamento ejecutivo».⁵³ De lo contrario, el criterio judicial no sería independiente en absoluto. Como dijo el Juez STORY, «en los casos en que el propio criterio [de un tribunal]... difiere del de otros altos funcionarios», el tribunal «no tiene libertad para rendirse o renunciar de él».⁵⁴

⁴⁸ 12 Wheat. 206 (1827).

⁴⁹ *Id.* en 210; véase también *United States v. Vowell*, 5 Cranch 368, 372 (1809) (Juez MARSHALL, por la Corte).

⁵⁰ Ver *Dickson*, 15 Pet., en 161; *United States v. Alabama Great Southern R. Co.*, 142 U.S. 615, 621 (1892); *National Lead Co. v. United States*, 252 U.S. 140, 145-146 (1920).

⁵¹ *NLRB v. Noel Canning*, 573 U.S. 513, 525 (2014) (citando en primer lugar *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 401 (1819); luego citando a *Marbury*, 1 Cranch, en 177).

⁵² *United States v. Moore*, 95 U.S. 760, 763 (1878); véase también *Jacobs v. Prichard*, 223 U. S. 200, 214 (1912).

⁵³ *Decatur*, 14 Pet., en 515; véase también *Burnet v. Chicago Portrait Co.*, 285 U. S. 1, 16 (1932).

⁵⁴ *Dickson*, 15 Pet., en 162.

B

El New Deal marcó el comienzo de una «rápida expansión del proceso administrativo».⁵⁵ Pero a medida que proliferaban nuevas agencias con nuevas potestades, la Corte siguió adhiriendo al entendimiento tradicional de que las cuestiones de derecho debían ser decididas por los tribunales, ejerciendo un criterio independiente.

Durante este período, esta Corte a menudo trataba las determinaciones de hecho de la agencia como vinculantes para los tribunales, siempre que hubiera «pruebas para respaldar dichas conclusiones».⁵⁶ «Cuando la propia legislatura actúa dentro del amplio campo de la discreción legislativa», razonó la Corte, «sus determinaciones son concluyentes».⁵⁷ Por lo tanto, el Congreso podía «designar a un agente para actuar dentro de esa esfera de autoridad legislativa» y «dotar a dicho agente de una potestad para realizar determinaciones de hecho que fuesen concluyentes, siempre que se cumplan los requisitos del debido proceso que sean especialmente aplicables a tal agencia, tales como respetar una audiencia justa y no actuar arbitrariamente, sino que sobre la base de pruebas».⁵⁸

Pero esta Corte no extendió una deferencia similar a las resoluciones de las agencias sobre cuestiones de *derecho*. En cambio, en repetidas ocasiones dejó claro que «la interpretación del significado de las leyes, aplicada a controversias justiciables», era «una función exclusivamente judicial».⁵⁹ La Corte entendió, en palabras del Juez BRANDEIS, que «[l]a supremacía del derecho requiere que exista la oportunidad de que algún tribunal decida si se aplicó una norma jurídica errónea».⁶⁰ También siguió señalando, como lo había hecho durante mucho tiempo, que el criterio informado por el Poder Ejecutivo, especialmente en la forma de una interpretación emitida contemporáneamente con la promulgación de la ley, podría estar dotada de un «gran mérito».⁶¹

Tal vez lo más notable en ese sentido, en *Skidmore v. Swift & Co.* (1944),⁶² esta Corte explicó que las «interpretaciones y opiniones» de la agencia correspondiente, «hechas en cumplimiento de una obligación oficial» y «basadas en... experiencia especializada», «constitu[ían] un conjunto de experiencia y criterio informado al que los tribunales y litigantes [podían] recurrir apropiadamente en busca de orientación», incluso en cuestiones de derecho.⁶³ «El peso de tal criterio en un caso particular», la Corte observó, «dependería de la minuciosidad evidente en su consideración, la validez de su razonamiento, su consistencia con pronunciamientos anteriores y posteriores, y todos aquellos factores que le dan poder para persuadir, si carece de poder para controlar».⁶⁴

En ocasiones, sin duda, esta Corte aplicó una revisión deferente tras concluir que una ley en particular entregaba potestades a una agencia para decidir cómo un concepto legal indeterminado [*broad statutory term*] se aplicaba a hechos específicos constatados por la agencia. Por ejemplo, en *Gray v. Powell* (1941),⁶⁵ el Tribunal guardó deferencia a una conclusión administrativa según la cual un ferrocarril carbonero que tenía acuerdos con varias minas de carbón no era un «productor» de carbón en virtud de la Ley del Carbón Bituminoso [*Bituminous Coal Act*] de 1937. El Congreso había otorgado «específicamente» a la agencia la potestad para adoptar esa determinación.⁶⁶ Por lo tanto, el Tribunal razonó que «[c]uando se ha entregado una determinación a una agencia, como ocurre aquí, se respetará tal delegación y se dejará intacta la conclusión administrativa» siempre que la decisión de la agencia constituyese «un ejercicio sensato de criterio».⁶⁷ Del mismo modo, en *NLRB v. Hearst Publications, Inc.* (1944),⁶⁸ esta Corte mostró deferencia a la determinación de la Junta Nacional de Relaciones Laborales [*National Labor Relations Board*] de que los repartidores de periódicos eran «trabajadores» en el sentido de la Ley Nacional de Relaciones Laborales [*National Labor Relations Act*]. A juicio la Corte, la Ley había «asignado principalmente» a dicha Junta la tarea de establecer una «limitación definitiva en torno al término

⁵⁵ *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U. S. 632, 644 (1950).

⁵⁶ *Joseph Stock Yards Co. v. United States*, 298 U.S. 38, 51 (1936).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.* (énfasis añadido).

⁵⁹ *United States v. American Trucking Assns, Inc.*, 310 U.S. 534, 544 (1940); véase también *Social Security Bd. v. Nierotko*, 327 U.S. 358, 369 (1946); *Medo Photo Supply Corp. v. NLRB*, 321 U.S. 678, 681-682, n. 1 (1944).

⁶⁰ *Joseph Stock Yards*, 298 U. S., en 84 (voto de prevención).

⁶¹ *American Trucking Assns*, 310 U.S., en 549.

⁶² 323 U.S. 134 (1944)

⁶³ *Idem*, en 139-140.

⁶⁴ *Idem*, en 140.

⁶⁵ 314 U.S. 402 (1941).

⁶⁶ *Idem*, en 411.

⁶⁷ *Idem*, en 412-413.

⁶⁸ 322 U.S. 111 (1944).

“trabajador”». ⁶⁹ En consecuencia, el Tribunal consideró que su propio papel se «limitaba» a evaluar si la determinación de la Junta tenía una «justificación en el expediente» y una base jurídica razonable». ⁷⁰

Sin embargo, esa revisión deferente se limitó a determinaciones basadas en hechos como las que se cuestionaron en *Gray* y *Hearst Publications*. Ni *Gray* ni *Hearst Publications* pretendían remodelar el antiguo enfoque judicial de las cuestiones de derecho. En *Gray*, tras mostrar deferencia a la determinación de la agencia de que una empresa concreta no era un «productor» de carbón, esta Corte pasó a discernir, basándose en su propia lectura del texto, si otro término legal –«otra enajenación» de carbón– abarcaba una transacción que carecía de transferencia de titularidad. ⁷¹ La Corte evidentemente no percibió ninguna base para la deferencia a la agencia con respecto a esa cuestión puramente legal. Y en *Hearst*, esta Corte proclamó que «[s]in duda las cuestiones de interpretación de la ley... deben ser resueltas por los tribunales, dando el peso apropiado al criterio de aquellos cuya obligación especial es aplicar la ley cuestionada». ⁷² Así pues, al menos en lo que respecta a las cuestiones que consideraba que implicaban una «interpretación legal», la Corte no alteró la regla tradicional. Simplemente consideró que debería aplicarse un enfoque diferente cuando la aplicación de un término legal estuviera suficientemente entrelazada con la determinación de los hechos por parte de una agencia.

En cualquier caso, la Corte distaba mucho de ser coherente a la hora de revisar con deferencia incluso tales determinaciones legales basadas en hechos. A menudo, la Corte simplemente interpretaba y aplicaba la ley que tenía ante sí. ⁷³ En un ejemplo ilustrativo, la Corte rechazó la determinación del Administrador de Precios de los EE.UU. [*U.S. Price Administrator*] de que un almacén concreto era un «servicio público» [*public utility*] con derecho a estar exento de la Regulación General

de Precios Máximos del Administrador [*General Maximum Price Regulation*]. A pesar de la sorprendente semejanza de esa determinación administrativa con las que desencadenaron la deferencia en *Gray* y *Hearst Publications*, la Corte se negó a «aceptar la opinión del Administrador en deferencia a la construcción administrativa». ⁷⁴ La opinión del Administrador, explicó la Corte, «apenas se había consolidado o ampliado en una práctica administrativa establecida», y por lo tanto no «pesaba más que las consideraciones» que la Corte había «establecido en cuanto a la correcta interpretación de la ley». ⁷⁵

Por tanto, nada en la era del *New Deal* o antes de ella se parecía a la regla de deferencia que la Corte empezaría a aplicar décadas más tarde a todas las variedades de interpretaciones de las leyes por parte de las agencias. Al contrario, sólo cinco años después de *Gray* y dos tras *Hearst Publications*, el Congreso codificó la norma contraria en la Ley de Procedimiento Administrativo: la concepción tradicional de que los tribunales deben «decidir todas las cuestiones de derecho pertinentes» ⁷⁶⁻⁷⁷. [3]

⁷⁴ *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U. S. 144, 156 (1944).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ 5 U.S.C. §706.

⁷⁷ [Nota al pie N° 3] El voto disidente saca a relucir *Gray*, *Hearst Publications* y –para «embellecer lo perfecto», en su opinión– otras tres decisiones de 1940, alegando que ellas reflejan la tradición histórica relevante de la revisión judicial. *Post*, en 21-22, y n. 6 (opinión de la Jueza KAGAN). Pero no tiene ninguna respuesta sustancial al hecho de que los mismos casos *Gray* y *Hearst Publications* respaldaron, implícitamente en un caso y explícitamente en el siguiente, la regla tradicional de que «las cuestiones de interpretación legal... son para que los tribunales resuelvan, dando el peso apropiado» –no deferencia absoluta– «al criterio de aquellos cuyo deber especial es administrar la ley cuestionado». *Hearst Publications*, 322 U.S., en 130-131. Y no reconoce las profundas raíces que esta norma tiene en la tradición judicial de nuestro país, en la limitada medida en que se compromete con esa tradición. Véase *post*, en 20-21, n. 5. En cambio, al igual que la Administración, se esfuerza por equiparar el «respeto» o «peso» que tradicionalmente se concede a las interpretaciones del Poder Ejecutivo con la deferencia vinculante. Véase *ibidem*; Escrito de los Demandados en el asunto N° 22-1219, pp. 21-24. Esa supuesta equivalencia es una ficción. Los casos a los que alude el voto disidente establecen que una «interpretación contemporánea» compartida «no sólo... por los tribunales» sino también por «los departamentos» podría ser «controladora», *Schell's Executors v. Fauché*, 138 U. S. 562, 572 (1891) (énfasis añadido), y que los tribunales podrían «inclinarse a favor» de una interpretación «contemporánea» y «continuada» del Poder Ejecutivo como prueba sólida del significado de una ley, *United States v. Alabama Great Southern R. Co.*, 142 U. S. 615, 621 (1892). No establecen que las interpretaciones del Poder Ejecutivo de estatutos ambiguos –por inconsistentes, tardías o defectuosas que sean– vinculen siempre a los

⁶⁹ *Idem*, en 130.

⁷⁰ *Idem*, en 131.

⁷¹ Véase 314 U.S., en 416-417.

⁷² 322 U.S., en 130-131.

⁷³ Ver K. Davis, *Administrative Law* §248, p. 893 (1951) (“La única afirmación que se puede hacer con confianza sobre la aplicabilidad de la doctrina de *Gray v. Powell* es que a veces la Corte Suprema la aplica y a veces no”); B. Schwartz, *Gray vs. Powell and the Scope of Review*, 54 Mich. L. Rev. 1, 68 (1955) (señalando un «número vergonzosamente grande de decisiones de la Corte Suprema que no se adhieren a la doctrina de *Gray v. Powell*»).

C

En 1946, el Congreso promulgó la Ley de Procedimiento Administrativo ("APA", por sus siglas en inglés) «para controlar a los funcionarios administrativos [*administrators*] cuyo celo podría haberles llevado a excesos no previstos en la legislación por la que se crearon sus cargos»⁷⁸. Fue la culminación de un «replanteamiento global de la posición de las agencias en un régimen de poderes separados y divididos»⁷⁹.

Además de establecer procedimientos para dictación de actos administrativos, la APA delinea los contornos básicos de la revisión judicial de dichos actos. En lo que aquí interesa, el Artículo 706 ordena que «[e]n la medida necesaria para la decisión y cuando ello se presente, el tribunal revisor decidirá todas las cuestiones de derecho pertinentes, interpretará las disposiciones constitucionales y legales, y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos de un acto administrativo»⁸⁰. Además, exige que los tribunales «declaren ilegales y anulen los actos, conclusiones y determinaciones de la agencia que no sean conformes a derecho»⁸¹.

De este modo, la APA codifica para los casos de las agencias una proposición trivial, pero elemental, reflejada por la práctica judicial que se remonta a *Marbury*: que los tribunales deciden las cuestiones de derecho aplicando su propio criterio. La APA especifica que los tribunales, y no las agencias, decidirán «todas las cuestiones de derecho pertinentes» que surjan al revisar un acto administrativo⁸², –incluso las relativas a leyes ambiguas– y anularán cualquier acto inconsistente con la ley, tal como ellos la interpreten. Y no prescribe ningún criterio de deferencia para que los tribunales respondan a esas cuestiones jurídicas. Esta omisión es reveladora, porque el mismo Artículo 706 sí exige que la revisión judicial sea deferente cuando verse sobre la formulación de políticas y la determinación de hechos por parte de las agencias⁸³.

tribunales. En realidad, un juez nunca estuvo «obligado a adoptar la interpretación dada por el jefe de un departamento». *Decatur v. Paulding*, 14 Pet. 497, 515 (1840).

⁷⁸ *Morton Salt*, 338 U.S., en 644.

⁷⁹ *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667, 670-671 (1986).

⁸⁰ 5 U.S.C. §706.

⁸¹ §706(2)(A).

⁸² §706 (énfasis añadido).

⁸³ Véase §706(2)(A) (el acto administrativo será anulado si es «arbitrario, caprichoso, [o] un abuso de discrecionalidad»); y §706(2)(E) (la determinación de hechos de la

En una ley diseñada para «servir como la carta fundamental del Estado Administrativo»⁸⁴, el Congreso seguramente habría articulado un estándar igualmente deferente aplicable a las cuestiones de derecho, si es que hubiese tenido la intención de apartarse del entendimiento previo a la APA de que la decisión de tales cuestiones era «exclusivamente una función judicial»⁸⁵. Pero nada en la APA insinúa un cambio tan drástico. Por el contrario, al ordenar a los tribunales a «interpretar las disposiciones constitucionales y legales» sin diferenciar entre ambas, el Artículo 706 deja claro que las interpretaciones de las leyes por parte de las agencias –al igual que las interpretaciones de la Constitución por parte de las agencias– no merecen deferencia. En virtud de la APA, «sigue siendo responsabilidad del tribunal decidir si la ley significa lo que la agencia está diciendo que significa»⁸⁶⁻⁸⁷. [4]

El texto de la APA significa lo que dice. Y una mirada a su historia no hace sino subrayar ese tenor literal. Según los informes de la Cámara de Representantes y del Senado sobre la legislación, el Artículo 706 «establece que las cuestiones de derecho deben ser decididas en última instancia por los tribunales y no por los organismos»⁸⁸. Algunos de los partidarios más destacados de la legislación expresaron la misma opinión.⁸⁹ Incluso el Departamento de Justicia –una agencia con todos los incentivos

agencia en procedimientos formales debe anularse si «no está respaldada por evidencia sustancial»).

⁸⁴ *Kisor v. Wilkie*, 588 U. S. 558, 580 (2019) (opinión de empate [*plurality opinion*]) (se omiten las comillas internas)

⁸⁵ *American Trucking Assns*, 310 U. S., en 544.

⁸⁶ *Pérez v. Mortgage Bankers Assn.*, 575 U. S. 92, 109 (2015) (prevención del Juez SCALIA).

⁸⁷ [Nota el Pie N° 4] El voto disidente observa que el Artículo 706 no dice expresamente que los tribunales deban decidir las cuestiones legales utilizando «un estándar de revisión *de novo*». *Post*, en 16. Eso es cierto. Pero las leyes sólo pueden entenderse de forma razonable «revisando el texto en su contexto». *Pulsifer v. United States*, 601 U. S. 124, 133 (2024). Desde el comienzo de nuestra República, los tribunales han «decidido... cuestiones de derecho» e «interpretado disposiciones constitucionales y legales» aplicando su propio criterio jurídico. Artículo §706. Dejando a un lado su errónea confianza en *Gray* y *Hearst Publications*, la disidencia no niega ni podría negar esa tradición. Sin embargo, insiste en que para codificar esa tradición, el Congreso tenía que rechazar expresamente un tipo de deferencia que los tribunales nunca habían aplicado antes y que no aplicarían durante varias décadas. No lo hizo. «La noción de que algunas cosas ‘se dan por supuestas’ se aplica a la legislación igual que a la vida cotidiana». *Bond v. United States*, 572 U. S. 844, 857 (2014).

⁸⁸ H. R. Rep. N° 1980, 79° Congreso, 2ª sesión, 44 (1946) (énfasis añadido); de acuerdo, S. Rep. N° 752, 79° Congreso, 1ª sesión, 28 (1945).

⁸⁹ Véase 92 Cong. Rec. 5654 (1946) (declaración del Rep. Walter); P. McCarran, *Improving «Administrative Justice»*:

para apoyar una visión de la APA favorable al Poder Ejecutivo— opinó después de su promulgación que el Artículo 706 simplemente «reafirmaba el Derecho existente en cuanto al alcance de la revisión judicial».⁹⁰ Esa «Derecho existente», como lo hemos descrito, se adhería a la concepción tradicional de la función judicial.⁹¹

Varios comentaristas respetados sostuvieron en aquella época que la APA exigía que los tribunales revisores ejercieran un juicio independiente sobre las cuestiones de derecho. El profesor John Dickinson, por ejemplo, interpretó que la APA «impone un claro mandato de que todas [las cuestiones de derecho] deben ser decididas por el propio Tribunal revisor, y en el ejercicio de su propio juicio independiente».⁹² El Profesor Bernard Schwartz hizo notar que el Artículo 706 «parecería... ser meramente una reafirmación legislativa del conocido principio de revisión de que las cuestiones de derecho corresponden al tribunal revisor, dejando al mismo tiempo a los tribunales la tarea de determinar en cada caso qué son cuestiones de derecho».⁹³ Y el profesor Louis Jaffe, que había servido en varias agencias en el advenimiento del New Deal, pensaba que el Artículo 706 deja en manos del «tribunal» revisor «decidir como una “cuestión de derecho” si hay “discreción” en las premisas», es decir, si la ley en cuestión delega una potestad discrecional particular a una agencia.⁹⁴

En resumen, la APA incorpora la concepción tradicional de la función judicial, según la cual los tribunales deben ejercer un criterio independiente para determinar el significado de las disposiciones legales. En el ejercicio de dicho criterio, sin embargo, los tribunales pueden —como han hecho desde el principio— buscar ayuda en las interpretaciones de los responsables de la aplicación de determinadas leyes. Dichas interpretaciones «constituyen un cuerpo de experiencia y criterio informado al que los tribunales y los litigantes pueden recurrir adecuadamente en busca de orientación» de conformidad con la APA.⁹⁵ Y las interpreta-

ciones emitidas al mismo tiempo que la ley en cuestión, y que han permanecido coherentes a lo largo del tiempo, pueden ser especialmente útiles para determinar el significado de la ley.⁹⁶

En un caso que implique a una agencia, por supuesto, el significado de la ley bien puede ser que la agencia esté autorizada a ejercer cierto grado de discrecionalidad. El Congreso ha promulgado a menudo este tipo de leyes. Por ejemplo, algunas leyes «delegan expresamente» en una agencia la autoridad para dar significado a un término legal concreto.⁹⁷⁹⁸[5] Otros facultan a un organismo a prescribir normas para «completar los detalles» de un régimen legal,⁹⁹ o para regular dentro de los límites impuestos por un término o frase que «deja a las agencias con flexibilidad»,¹⁰⁰ tales como «apropiado» o «razonable.»¹⁰¹

Cuando la mejor interpretación de una ley es que ella delega autoridad discrecional en un organismo, la función del tribunal revisor en virtud de la APA es, como siempre, interpretar independientemente la ley y hacer efectiva la voluntad del Congreso dentro de los límites constitucionales. El tribunal cumple esa función reconociendo las delegaciones constitucionales, «fijando los límites de la autoridad delegada»,¹⁰² y garantizar que el organismo haya «tomado decisiones razonadas» dentro

⁹⁶ Véase *ibíd.*; *American Trucking Assns*, 310 U.S., en 549.

⁹⁷ *Batterton v. Francis*, 432 U.S. 416, 425 (1977) (énfasis suprimido)

⁹⁸ [Nota al Pie N° 5] Véase, por ejemplo, 29 U.S.C. §213(a) (15) (exime de las disposiciones de la *Fair Labor Standards Act* a «cualquier empleado contratado de forma ocasional en el servicio doméstico para prestar servicios de compañía a personas que (por razones de edad o enfermedad) no puedan valerse por sí mismas (*tal y como se definen y delimitan estos términos en la normativa del Secretario*)» (énfasis añadido)); 42 U.S.C. §5846(a)(2) (exige la notificación a la Comisión Reguladora Nuclear cuando una instalación o actividad autorizada o regulada en virtud de la Ley de Energía Atómica «contenga un defecto que pueda crear un riesgo sustancial para la seguridad, según se define en la normativa que promulgue la Comisión» (énfasis añadido)).

⁹⁹ *Wayman v. Southard*, 10 Wheat. 1, 43 (1825)

¹⁰⁰ *Michigan v. EPA*, 576 U.S. 743, 752 (2015)

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, 33 U.S.C. §1312(a) (que exige el establecimiento de limitaciones de efluentes «[c]uando, a juicio del Administrador [de la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA)]..., los vertidos de contaminantes procedentes de una fuente puntual o de un grupo de fuentes puntuales... interfieran en la consecución o el mantenimiento de la calidad del agua... que garantice» diversos resultados, como la «protección de la salud pública» y el «abastecimiento público de agua»); 42 U.S.C. §7412(n)(1)(A) (ordena a la EPA que regule las centrales eléctricas «si el Administrador considera que dicha regulación es adecuada y necesaria»).

¹⁰² *H. Monaghan, Marbury and the Administrative State*, 83 Colum. L. Rev. 1, 27 (1983)

Hearings and Evidence; Scope of Judicial Review, 32 A.B.A. J. 827, 831 (1946).

⁹⁰ Dept. of Justice, Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act 108 (1947); véase también *Kisor*, 588 U. S., en 582 (opinión de empate) (lo mismo).

⁹¹ Ver *supra*, Sección II.A.

⁹² Administrative Procedure Act: Scope and Grounds of Broadened Judicial Review, 33 A.B.A. J. 434, 516 (1947).

⁹³ Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act, 19 Ford. L. Rev. 73, 84-85 (1950).

⁹⁴ *Judicial Control of Administrative Action* 570 (1965).

⁹⁵ *Skidmore*, 323 U. S., en 140.

de esos límites.¹⁰³ Al hacerlo, un tribunal mantiene la concepción tradicional de la función judicial que adopta la APA.¹⁰⁴[6]

III

La deferencia que *Chevron* exige a los tribunales que revisan los actos de una agencia no puede cuadrar con la APA.

A

En las décadas transcurridas entre la promulgación de la APA y la decisión de esta Corte en el caso *Chevron*, los tribunales generalmente continuaron revisando las interpretaciones de las leyes por parte de las agencias mediante un examen independiente de cada ley para determinar su significado.¹⁰⁵ Como uno de los primeros proponentes (y más tarde crítico) de *Chevron* relató, los tribunales durante este período identificaron así las delegaciones de autoridad discrecional a las agencias «ley por ley».¹⁰⁶

La sentencia *Chevron*, dictada en 1984 por un quórum mínimo de seis jueces, supuso un marcado alejamiento del planteamiento tradicional. La cuestión en el caso era si un reglamento [*regulation*] de la EPA «que permitía a los Estados tratar todos los dispositivos emisores de contaminación de una misma agrupación industrial como si estuvieran encerrados en una única “burbuja”» era coherente con el término «fuente estacionaria» utilizado en la Ley de Aire Limpio.¹⁰⁷ Para responder a esa cuestión de interpretación de la ley, la Corte articuló y aplicó un enfoque en dos fases, que ahora es familiar, ampliamente aplicable a la revisión de la actuación de los organismos.

¹⁰³ *Michigan*, 576 U.S., en 750 (citando *Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359, 374 (1998)); véase también *Motor Vehicle Mfrs. Assn. of United States, Inc. v. State Farm Mut. Auto mobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

¹⁰⁴ [Nota al Pie N° 6] Véase, por ejemplo, 33 U. S. C. §1312(a) (que exige el establecimiento de limitaciones de los efluentes «[c]uando, a juicio del Administrador [de la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA)]... las descargas de contaminantes procedentes de una fuente puntual o de un grupo de fuentes puntuales... interfieran en la consecución o el mantenimiento de la calidad del agua... que garantizará» diversos resultados, como la “protección de la salud pública” y “el abastecimiento público de agua”); 42 U.S.C. §7412(n)(1)(A) (que ordena a la EPA regular las centrales eléctricas “si el Administrador considera que dicha regulación es adecuada y necesaria”).

¹⁰⁵ Cf. T. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 *Yale L. J.* 969, 972-975 (1992).

¹⁰⁶ A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 *Duke L. J.* 511, 516.A.

¹⁰⁷ 467 U.S., en 840.

El primer paso consistía en discernir «si el Congreso se había pronunciado correctamente sobre la cuestión precisa en cuestión».¹⁰⁸ La Corte explicó que «[s]i la intención del Congreso es clara, ese es el final de la cuestión»,¹⁰⁹ y los tribunales debían por tanto «rechazar las interpretaciones administrativas que sean contrarias a la clara intención del Congreso».¹¹⁰ Para discernir dicha intención, señaló el Tribunal, un revisor debe «rechazar las interpretaciones administrativas que sean contrarias a la clara intención del Congreso». Para discernir dicha intención, señaló el Tribunal, un tribunal revisor debía «emplear las herramientas tradicionales de interpretación legal».¹¹¹

Sin mencionar la APA ni reconocer ningún cambio doctrinal, la Corte articuló un segundo paso aplicable cuando «el Congreso no ha abordado directamente la cuestión precisa en cuestión».¹¹² En tal caso —es decir, un caso en el que «la ley [era] silenciosa o ambigua respecto a la cuestión específica» en cuestión— un tribunal revisor no podía «simplemente imponer su propia interpretación del estatuto, como sería necesario en ausencia de una interpretación administrativa».¹¹³ En su lugar, un tribunal debía dejar de lado las herramientas interpretativas tradicionales y guardar deferencia a la agencia si ésta había ofrecido «una interpretación permisible de la ley»,¹¹⁴ incluso si no era «la interpretación que el tribunal habría alcanzado si la cuestión se hubiera planteado inicialmente en un procedimiento judicial».¹¹⁵ Tal directiva estaba justificada, según el Tribunal, por el entendimiento de que la administración de las leyes «requiere la formulación de políticas» para llenar «lagunas» legales; por la larga tradición judicial de conceder un «peso considerable» a las interpretaciones del Poder Ejecutivo; y por una serie de otras consideraciones, incluyendo la complejidad del esquema regulatorio, la consideración «detallada y razonada» de la EPA, la naturaleza política del juicio supuestamente requerido, y la responsabilidad indirecta de la agencia ante el pueblo a través del Presidente.¹¹⁶

¹⁰⁸ *Idem*, en 842.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, en 843, n. 9.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Id.* en 843.

¹¹³ *Ibid.* (nota a pie de página omitida).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, n. 11.

¹¹⁶ *Idem*, en 843, 844, y n. 14, 865.

Empleando este nuevo test, la Corte concluyó que el Congreso no había abordado la cuestión en cuestión con el «nivel de especificidad» necesario y que la interpretación de la EPA «merecía deferencia».¹¹⁷ No importaba que el Congreso, a juicio del Tribunal, no hubiera abordado la cuestión con claridad,¹¹⁸ o que «la agencia haya cambiado de vez en cuando su interpretación».¹¹⁹ La última interpretación de la EPA era una interpretación admisible de la Ley de Aire Limpio, por lo que, según la nueva regla de la Corte, esa interpretación era la que prevalecía.

Inicialmente, *Chevron* «parecía destinada a la oscuridad».¹²⁰ Al principio, el Tribunal no la trató como la decisión decisiva en la que estaba destinada a convertirse; apenas se citaba en casos que implicaban cuestiones legales sobre la autoridad de la agencia. Pero al cabo de pocos años, tanto esta Corte como las cortes de apelaciones invocaban habitualmente su enfoque de dos fases como norma rectora en tales casos.¹²¹ A medida que la Corte lo hacía, revisaba las justificaciones de dicha doctrina. Finalmente, la Corte decidió que *Chevron* se basaba en «la presunción de que el Congreso, cuando deja ambigüedad en una ley destinada a ser aplicada por una agencia, entiende que tal ambigüedad será resuelta, en primer lugar, por la agencia, y desea que dicha agencia (y no los tribunales) posea el grado de discreción que la ambigüedad permita».¹²²

B

Ni *Chevron* ni ninguna decisión posterior de esta Corte intentaron reconciliar su marco con la APA. La «ley de deferencia» que este Tribunal ha construido sobre la base establecida en *Chevron* ha sido, en cambio, «ajena al diseño original» de la APA.¹²³

1

Chevron desafía el mandato de la APA de que «el tribunal revisor» —y no la agencia cuyo acto administrativo revisa— debe «decidir todas las

cuestiones relevantes de derecho» e «interpretar las disposiciones legales».¹²⁴ Requiere que un tribunal *ignore*, no que siga, «la lectura a la que el tribunal habría llegado» si hubiera ejercido su criterio independiente como requiere la APA.¹²⁵ Y aunque ejercer un criterio independiente es coherente con el «respeto» que históricamente se ha concedido a las interpretaciones del Poder Ejecutivo,¹²⁶ *Chevron* insiste en mucho más. Exige que los tribunales concedan mecánicamente deferencia *vinculante* a las interpretaciones de los agencias, incluidas aquellas que han sido incoherentes a lo largo del tiempo.¹²⁷ Peor aún, obliga a los tribunales a hacerlo incluso cuando un precedente judicial preexistente sostiene que la ley significa otra cosa, a menos que el tribunal anterior también dijera que la ley es «inequívoca».¹²⁸ Ese régimen es la antítesis del enfoque tradicional que prescribe la APA. Al preocuparse por la posibilidad de «permitir» que una interpretación judicial de una ley «se superponga sobre la de una agencia» en una disputa ante un tribunal,¹²⁹ *Chevron* pone patas arriba el sistema legal de revisión judicial de actos administrativos.

Chevron no puede conciliarse con la APA presumiendo que las ambigüedades legales son delegaciones implícitas a los organismos, como sostienen el Gobierno y el voto disidente.¹³⁰ Las presunciones tienen su lugar en la interpretación legal, pero sólo en la medida en que se aproximen a la realidad. La presunción de *Chevron* no lo hace, porque «[u]na ambigüedad simplemente no es una delegación de poder de interpretación de la ley. *Chevron* confunde ambas cosas».¹³¹ Como señaló el propio *Chevron*, las ambigüedades pueden ser el resultado de la incapacidad del Congreso para responder claramente a la pregunta en cuestión, o de no haber siquiera «considerado la cuestión» con la precisión necesaria.¹³² En ningún caso una ambigüedad refleja necesariamente la intención del Congreso de que sea una agencia, y no un tribunal, quien resuelva

¹¹⁷ *Idem*, en 865.

¹¹⁸ Véase *ibid.*

¹¹⁹ *Id.*, en 863.

¹²⁰ T. Merrill, *The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark*, 66 *Admin. L. Rev.* 253, 276 (2014).

¹²¹ Véase *idem*, en 276-277.

¹²² *Smiley v. Citibank (South Dakota)*, N. A., 517 U. S. 735, 740-741 (1996); véase también, por ejemplo, *Cuozzo Speed Technologies, LLC v. Lee*, 579 U. S. 261, 276-277 (2016); *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U. S. 302, 315 (2014); *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services*, 545 U. S. 967, 982 (2005).

¹²³ Pérez, 575 U.S., en 109 (prevención del Juez SCALIA).

¹²⁴ §706 (énfasis añadido).

¹²⁵ *Chevron*, 467 U.S., en 843, n. 11.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, *Edwards' Lessee*, 12 *Wheat*, en 210; *Skidmore*, 323 U. S., en 140.

¹²⁷ Véase 467 U.S., en 863.

¹²⁸ *Brand X*, 545 U.S., en 982.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Véase el Escrito de los Demandados en el Asunto N° 22-1219, pp. 13, 37-38; *post*, en 4-15 (opinión de la Jueza KAGAN).

¹³¹ C. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 *Harv. L. Rev.* 405, 445 (1989).

¹³² 467 U.S., en 865.

la cuestión interpretativa resultante. Y muchas o quizás la mayoría de las ambigüedades legales pueden ser involuntarias. Como reconocieron los Redactores de la Constitución [*Framers*], las ambigüedades se derivarán inevitablemente de «la complejidad de los objetos,... la imperfección de las facultades humanas» y el simple hecho de que «ningún lenguaje es tan copioso como para proporcionar palabras y frases para cada idea compleja».¹³³

Los tribunales, después de todo, se enfrentan rutinariamente a ambigüedades legales en casos que no tienen nada que ver con *Chevron*: casos que no implican interpretaciones de agencias o delegaciones de potestades. Por supuesto, cuando un tribunal se enfrenta a una ambigüedad legal en un caso de este tipo, la ambigüedad no es una delegación a nadie, y el tribunal no queda eximido de su obligación de interpretar la ley de forma independiente. Los tribunales en esa situación no se dan por vencidos porque «las instrucciones del Congreso» supuestamente «se han agotado», dejando un «vacío» legal.¹³⁴ En cambio, los tribunales entienden que estas leyes, por impenetrables que sean, deben tener un único y mejor significado. Ese es el sentido de tener estatutos escritos; «el significado de cada estatuto se fija en el momento de su promulgación».¹³⁵ Por lo tanto, en lugar de declarar que la lectura de una parte en particular es «permisible» en tal caso, los tribunales utilizan todas las herramientas a su disposición para determinar la mejor lectura del estatuto y resolver la ambigüedad.

Sin embargo, en un caso de agencia – como en cualquier otro– incluso si algunos jueces pueden (o no) considerar ambigua la ley, hay una mejor interpretación para todos aquellos casos: «la lectura que habría hecho el tribunal» si no hubiera agencia de por medio.¹³⁶ Por lo tanto, no tiene sentido hablar de una interpretación «permisible» que no sea la aquella que el tribunal, tras aplicar todas las herramientas interpretativas pertinentes, considere la mejor. En el asunto de la interpretación legal, si no es la mejor, no es permisible.

Quizá lo más importante es que la presunción de *Chevron* es errónea porque las agencias no tienen una competencia especial para resolver las ambigüedades legales. Los

tribunales sí. Como se ha señalado, los Redactores de la Constitución [*Framers*] previeron que los tribunales se enfrentarían a menudo a ambigüedades legales y esperaban que los tribunales las resolvieran ejerciendo un criterio jurídico independiente. E incluso el propio *Chevron* reafirmó que «el poder judicial es la autoridad final en cuestiones de interpretación legal» y reconoció que «en ausencia de una interpretación administrativa», es «necesario» que un tribunal «imponga su propia interpretación de la ley».¹³⁷ Sin embargo, *Chevron* cometió un grave error al concluir que la investigación es fundamentalmente diferente sólo porque está en juego una interpretación administrativa. La finalidad misma de las herramientas tradicionales de interpretación de la ley –las herramientas que los tribunales utilizan a diario– es resolver las ambigüedades de la ley. Esto no es menos cierto cuando la ambigüedad se refiere al alcance de la potestad una agencia: quizás es la ocasión en la que la abdicación en favor de la agencia es la *menos* apropiada.

2

El Gobierno responde que, por lo general, el Congreso debe tener la intención de que las agencias resuelvan las ambigüedades legales porque las agencias tienen experiencia en la materia en relación con las leyes que administran; porque la deferencia a los organismos promueve la construcción uniforme de la ley federal; y porque la resolución de ambigüedades legales puede implicar la formulación de políticas que es mejor dejar a los actores políticos, en lugar de los tribunales.¹³⁸ El voto disidente ofrece más de lo mismo.¹³⁹ Pero ninguna de estas consideraciones justifica la amplia presunción de *Chevron* de la intención de Congreso.

Comenzando con la experticia, recientemente señalamos que las cuestiones interpretativas que surgen en relación con un esquema regulatorio a menudo «pueden caer más naturalmente en la jurisdicción de un juez» que en la de un organismo.¹⁴⁰ Por lo tanto, observamos que «[c]uando la agencia no tiene experiencia comparativa para resolver una ambigüedad regulatoria, el Congreso presumiblemente no le otorgaría esa autoridad».¹⁴¹

¹³³ El Federalista N° 37, en 236.

¹³⁴ *Post*, en 2 (opinión de la Jueza KAGAN).

¹³⁵ *Wisconsin Central Ltd. v. United States*, 585 U. S. 274, 284 (2018) (énfasis suprimido).

¹³⁶ *Chevron*, 467 U.S., en 843, n. 11.

¹³⁷ *Idem*, en 843, y n. 9.

¹³⁸ Véase Escrito de los Demandados en el asunto N° 22-1219, pp. 16-19.

¹³⁹ Véase *post*, en 9-14.

¹⁴⁰ *Kisor*, 588 U.S., en 578 (opinión del Tribunal).

¹⁴¹ *Ibid.*

Sin embargo, la amplia regla de deferencia de *Chevron* exige que los tribunales presuman justo lo contrario. En virtud de esa regla, las ambigüedades de cualquier tipo generan deferencia. De hecho, el Gobierno y, aparentemente, el voto disidente siguen defendiendo la proposición de que *Chevron* se aplicaría incluso en casos que tienen poco que ver con la experiencia técnica de una agencia en la materia.¹⁴²

Pero incluso cuando una ambigüedad afecta a una cuestión técnica, de ello no se deduce que el Congreso haya retirado a los tribunales la potestad de interpretar autoritativamente la ley y se la haya otorgado a la agencia. El Congreso espera que los tribunales se ocupen de las cuestiones técnicas. «[M]uchos casos sobre leyes» requieren que «los tribunales [interpreten] la masa de detalles técnicos que constituyen la dieta ordinaria del derecho»,¹⁴³ y los tribunales lo hicieron sin problemas en casos de agencias antes de *Chevron*.¹⁴⁴ Después de todo, los tribunales no deciden estas cuestiones a ciegas. Las partes y los *amici* en tales casos están inmersos en la materia, y los tribunales revisores tienen el beneficio de sus perspectivas. En un caso particular de una agencia, el tribunal llevará a cabo su tarea con el «cuerpo de experiencia y criterio informado» de la agencia, entre otra información a su disposición.¹⁴⁵ Y aunque la interpretación de una ley por parte de una agencia «no puede vincular a un tribunal», puede ser especialmente informativa «en la medida en que se base en premisas fácticas dentro de la experticia [de la agencia]». ¹⁴⁶ Dicha experticia siempre ha sido uno de los factores que pueden dar a una interpretación del Poder Ejecutivo un particular «poder de persuasión, si carece de poder de control». ¹⁴⁷

Por estas razones, es innecesario delegar en las agencias la competencia interpretativa definitiva para garantizar que la resolución de las ambigüedades de la ley esté bien fundamentada en los conocimientos sobre la materia. Por lo tanto, la mejor presunción es

que el Congreso espera que los tribunales hagan su trabajo ordinario de interpretación de las leyes, con el debido respeto a las opiniones del Poder Ejecutivo. Y en la medida en que el Congreso y el Poder Ejecutivo puedan estar en desacuerdo con la forma en que los tribunales han llevado a cabo ese trabajo en un caso particular, son, por supuesto, siempre libres de actuar mediante la revisión de la ley.

El deseo de una interpretación uniforme de la legislación federal tampoco justifica *Chevron*. Dadas las incoherencias en la forma en que los jueces aplican *Chevron*,¹⁴⁸ no está claro hasta qué punto la doctrina en su conjunto (en contraposición a su segundo paso altamente deferente) promueve realmente dicha uniformidad. En cualquier caso, de poco sirve imponer una interpretación uniforme de una ley si esa interpretación es errónea. No vemos ninguna razón para suponer que el Congreso prefiere la uniformidad por la interpretación correcta de las leyes que promulga.

La opinión de que la interpretación de disposiciones legales ambiguas equivale a la formulación de políticas adecuadas para los actores políticos y no para los tribunales es especialmente equivocada, ya que se basa en un profundo error de concepto de la función judicial. Es razonable suponer que el Congreso tiene la intención de dejar la formulación de políticas a los actores políticos. Pero la resolución de las ambigüedades legales implica la interpretación jurídica. Esa tarea no se convierte de repente en formulación de políticas sólo porque un tribunal tenga una «agencia a la que recurrir». ¹⁴⁹ Los tribunales interpretan las leyes, sin importar el contexto, basándose en las herramientas tradicionales de construcción legal, no en preferencias políticas individuales. De hecho, los Redactores de la Constitución [*Framers*] garantizaron que los jueces federales pudieran ejercer su criterio libres de la influencia de los poderes políticos.¹⁵⁰ Debían juzgar la ley con «[l]a cabeza fría... y el corazón honesto», no teniendo en cuenta las preferencias políticas que no se habían plasmado en la ley.¹⁵¹

Esto no quiere decir que el Congreso no pueda conferir o no confiera potestad discrecional a las agencias. El Congreso puede hacerlo, con sujeción a los límites constitucionales, y a menudo así lo ha hecho. Pero para

¹⁴² Véase Escrito de los Demandados en el asunto N° 22-1219, pp. 17; *post*, en 10.

¹⁴³ *Egelhoff v. Egelhoff*, 532 U.S. 141, 161 (2001) (Breyer, J., disidente).

¹⁴⁴ véase *post*, en 30 (Juez GORSUCH, concurrente).

¹⁴⁵ *Skidmore*, 323 U.S., en 140.

¹⁴⁶ *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms v. FLRA*, 464 U.S. 89, 98, n. 8 (1983).

¹⁴⁷ *Skidmore*, 323 U.S., en 140; véase, por ejemplo, *County of Maui v. Hawaii Wildlife Fund*, 590 U.S. 165, 180 (2020); *Moore*, 95 U.S., en 763.

¹⁴⁸ Véase *infra*, Sección IV.

¹⁴⁹ *Kisor*, 588 U.S., en 575 (opinión del Tribunal).

¹⁵⁰ Véase El Federalista N° 78, en 522-525.

¹⁵¹ 1 Works of James Wilson 363 (J. Andrews ed. 1896).

mantenerse al margen de la formulación de políticas discrecionales dejadas en manos de los poderes políticos, los jueces sólo tienen que cumplir con sus obligaciones en virtud de la APA para identificar de forma independiente y respetar tales delegaciones de autoridad, vigilar los límites estatutarios externos de esas delegaciones, y garantizar que los organismos ejerzan su discreción de acuerdo con la APA. Al obligar a los tribunales a fingir que las ambigüedades son necesariamente delegaciones, *Chevron* no impide a los jueces hacer política. Les impide juzgar.

3

En realidad, la presunción justificativa de *Chevron* es, como han reconocido a menudo los miembros de este Tribunal, una ficción.¹⁵² Así que nos hemos pasado la mayor parte de cuatro décadas imponiéndole a *Chevron* una limitación tras otra, podando su presunción en el entendimiento de que «cuando hay dudas de que el Congreso tenía realmente la intención de delegar una autoridad interpretativa particular a una agencia, *Chevron* es “inaplicable”». ¹⁵³

Considérense los muchos refinamientos que hemos hecho en un esfuerzo por adaptar la presunción de *Chevron* a la realidad. Hemos dicho que *Chevron* sólo se aplica «cuando aparece que el Congreso entregó una potestad a la agencia generalmente para dictar normas con eficacia jurídica, y que la interpretación de la agencia que reclama deferencia fue promulgada en el ejercicio de dicha potestad».¹⁵⁴ En la práctica, ese requisito de umbral –a veces denominado «paso cero» de *Chevron*– limita en gran medida *Chevron* «al producto de la reglamentación [*notice-and-comment rulemaking*] o de la adjudicación formal».¹⁵⁵ Incluso cuando se utilizan esos procedimientos, la deferencia no está garantizada «si la regulación es “procesalmente defectuosa”, es decir, cuando la agencia se

ha equivocado al no seguir los procedimientos correctos al dictar la regulación».¹⁵⁶

Incluso cuando se superan esos obstáculos procesales, quedan otros de carácter sustantivo. En particular, *Chevron* no se aplica si la cuestión en cuestión es de «gran importancia económica y política».¹⁵⁷ Al contrario, en estos casos hemos esperado que el Congreso delegue dicha autoridad «expresamente»,¹⁵⁸ si es que lo hace, ya que «[l]as concesiones extraordinarias de potestad reguladora rara vez se logran a través de “palabras modestas”, “términos vagos” o “dispositivo[s] sutil[es]”». ¹⁵⁹ Tampoco hemos aplicado *Chevron* a las interpretaciones de la agencia sobre las normas de revisión judicial o contencioso-administrativo,¹⁶⁰ o a los esquemas estatutarios no administrados por la agencia que busca deferencia.¹⁶¹ Y hemos enviado señales contradictorias sobre si *Chevron* se aplica cuando una ley tiene aplicaciones penales.¹⁶²

Enfrentados a este conjunto bizantino de precondiciones y excepciones, algunos tribunales simplemente han pasado por alto *Chevron*, diciendo que no hay diferencia por una razón u otra.¹⁶³[7] E incluso cuando invocan *Chevron*, los tribunales no siempre tienen en cuenta los diversos pasos y matices de esa doctrina en evolución. En uno de los casos

¹⁵² *Encino Motorcars, LLC v. Navarro*, 579 U. S. 211, 220 (2016) (citando *Mead*, 533 U. S., en 227).

¹⁵³ *King v. Burwell*, 576 U. S. 473, 486 (2015).

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. 697, 723 (2022) (citando *Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U. S. 457, 468 (2001); alteración en el original).

¹⁵⁶ *Ver Adams Fruit Co.*, 494 U. S., en 649-650

¹⁵⁷ *Ver Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 U.S. 497, 519-520 (2018).

¹⁵⁸ Compárese *Abramski v. United States*, 573 U. S. 169, 191 (2014), con *Babbitt v. Sweet Home Chapter, Communities for Great Ore.*, 515 U. S. 687, 704, n. 18 (1995).

¹⁵⁹ [Nota al Pie N° 7] Véase, por ejemplo, *Guedes v. Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives*, 45 F. 4th 306, 313-314 (CADC 2022), derogado por *Garland v. Cargill*, 602 U.S. ____ (2024); *County of Amador v. United States Dept. of Interior*, 872 F. 3d 1012, 1021-1022 (CA9 2017); *Estrada-Rodriguez v. Lynch*, 825 F. 3d 397, 403-404 (CA8 2016); *Nielsen v. AECOM Tech. Corp.*, 762 F. 3d 214, 220 (CA2 2014); *Alaska Stock, LLC v. Houghton Mifflin Harcourt Publishing Co.*, 747 F. 3d 673, 685, n. 52 (CA9 2014); *Jurado-Delgado v. Attorney Gen. of U.S.*, 498 Fed. Appx. 107, 117 (CA3 2009); véase también D. Brooks, *Confusion in the Circuit Courts: How the Circuit Courts Are Solving the Mead-Puzzle by Avoiding It Altogether*, 85 Geo. Wash. L. Rev. 1484, 1496-1499 (2017) (documentando la evasión de *Chevron* por parte de los tribunales inferiores); A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, 122 Harv. L. Rev. 1095, 1127-1129 (2009) (lo mismo); L. Bressman, *How Mead Has Muddled Judicial Review of Agency Action*, 58 Vand. L. Rev. 1443, 1464-1466 (2005) (también).

¹⁵² Véase *Buffington v. McDonough*, 598 U. S. ____, __ (2022) (disidencia del Juez GORSUCH de la denegación de certiorari) (slip opinión, en 11); *Cuozzo*, 579 U. S., en 286 (concurrancia del Juez THOMAS); Scalia, 1989 Duke L. J., at 517; see also *post*, at 15 (opinión de la Jueza KAGAN).

¹⁵³ *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218, 230 (2001) (citando *Christensen v. Harris County*, 529 U. S. 576, 597 (2000) (disidencia del Juez Breyer)); véase también *Adams Fruit Co. v. Barrett*, 494 U. S. 638, 649 (1990).

¹⁵⁴ *Mead*, 533 U.S., en 226-227.

¹⁵⁵ 533 U.S., en 230.

que hoy nos ocupan, por ejemplo, el Primer Circuito se saltó el «paso cero»,¹⁶⁴ y se negó a «clasificar [su] conclusión como producto del paso uno o del paso dos de *Chevron*», aunque en última instancia parece haberse remitido al paso dos.¹⁶⁵

Esta Corte, por su parte, desde 2016 que no ha guardado deferencia a la interpretación de una agencia en virtud de *Chevron*.¹⁶⁶ Pero *Chevron* sigue vigente. Así que los litigantes deben seguir luchando con él, y los tribunales inferiores –obligados incluso por nuestros decedentes precedentes–¹⁶⁷ comprensiblemente siguen aplicándolo.

La experiencia de los últimos 40 años ha hecho poco por rehabilitar *Chevron*. Sólo ha dejado claro que la presunción ficticia de *Chevron* de la intención del Congreso siempre estuvo desvinculada de la exigencia de la APA en cuanto a que los tribunales ejerzan un criterio independiente en la interpretación de las leyes administradas por las agencias. En el mejor de los casos, nuestra intrincada doctrina *Chevron* no ha sido más que una distracción de la cuestión que importa: ¿La ley autoriza el acto administrativo impugnado? Y en el peor de los casos, ha obligado a los tribunales a violar la APA al ceder a una agencia la responsabilidad expresa, conferida al «tribunal revisor», de «decidir todas las cuestiones de derecho pertinentes» e «interpretar... las disposiciones legales».¹⁶⁸

IV

La única cuestión que queda es si la *stare decisis*, la doctrina que rige la adhesión judicial al precedente, nos obliga a persistir en el proyecto *Chevron*. No es así. La *stare decisis* no es un «mandato inexorable»,¹⁶⁹ y las consideraciones de *stare decisis* más relevantes aquí –«la calidad de la jurisprudencia [del precedente], la viabilidad de la norma que estableció,... y la confianza en la decisión»–¹⁷⁰ pesan a favor de dejar ir a *Chevron*.

Chevron ha demostrado ser fundamentalmente erróneo. A pesar de remodelar la

revisión judicial de los actos administrativos, ni *Chevron* ni ninguno de los casos en los que lo hemos aplicado han abordado la APA: la ley que establece cómo funciona dicha revisión. No obstante, sus defectos fueron evidentes desde el principio, lo que llevó a esta Corte a revisar sus fundamentos y a limitar continuamente su aplicación. Ha creado y mantenido una industria artesanal de académicos que intentan descifrar su fundamento y significado. Y los miembros de este Tribunal llevan mucho tiempo cuestionando sus premisas.¹⁷¹ Incluso el juez Scalia, uno de los primeros defensores de *Chevron*, llegó a dudar seriamente de que pudiera conciliarse con la APA.¹⁷² Durante toda su existencia, *Chevron* ha sido una «regla en busca de justificación»,¹⁷³ si es que alguna vez fue lo bastante coherente como para llamarla regla.

La experiencia también ha demostrado que *Chevron* es inviable. La característica definitoria de su marco es la identificación de la ambigüedad legal, que requiere deferencia en el segundo paso de la doctrina. Pero el concepto de ambigüedad siempre ha eludido una definición significativa. Como el Juez Scalia planteó el dilema apenas cinco años después de que se decidiera *Chevron*: «¿Cuán claro es claro?»¹⁷⁴

No estamos más cerca de una respuesta a esta pregunta que hace cuatro décadas. «'[A]mbigüedad' es un término que puede tener diferentes significados para diferentes jueces». ¹⁷⁵ Un juez puede ver ambigüedad en todas partes; otro puede no encontrarla nunca.¹⁷⁶ Un *Rule of Law* que está tan totalmente «en el ojo del espectador»,¹⁷⁷ invita a resultados diferentes en casos similares y por lo tanto es

¹⁶⁴ Véase 62 F. 4th, en 628.

¹⁶⁵ Id., en 634.

¹⁶⁶ Véase *Cuozzo*, 579 U. S., en 280 (la ocasión más reciente).

¹⁶⁷ Véase *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 238 (1997).

¹⁶⁸ §706 (énfasis añadido).

¹⁶⁹ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991).

¹⁷⁰ *Knick v. Township of Scott*, 588 U. S. 180, 203 (2019) (citando *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. 878, 917 (2018)).

¹⁷¹ See, e.g., *Pereira v. Sessions*, 585 U. S. 198, 219-221 (2018) (concurrancia del Juez KENNEDY); *Michigan*, 576 U. S., at 760-764 (concurrancia del juez THOMAS); *Buffington*, 598 U. S. ___ (opinión del Juez GORSUCH); B. Kavanaugh, *Fixing Statutory Interpretation*, 129 Harv. L. Rev. 2118, 2150-2154 (2016).

¹⁷² Véase *Pérez*, 575 U.S., en 109-110 (opinión concurrente en la sentencia).

¹⁷³ *Knick*, 588 U.S., en 204.

¹⁷⁴ 1989 DUKE L.J., en 521.

¹⁷⁵ *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc.*, 545 U. S. 546, 572 (2005) (voto disidente del Juez Stevens).

¹⁷⁶ Compárese L. Silberman, *Chevron—The Intersection of Law & Policy*, 58 Geo. Wash. L. Rev. 821, 822 (1990), con R. Kethledge, *Ambiguities and Agency Cases: Reflections After (Almost) Ten Years on the Bench*, 70 Vand. L. Rev. En Banc 315, 323 (2017).

¹⁷⁷ *Exxon Mobil Corp.*, 545 U. S., at 572 (voto disidente del Juez Stevens).

«arbitrario en la práctica».¹⁷⁸ Un concepto tan impresionista y maleable «no puede servir de prueba cotidiana para asignar» la potestad interpretativa entre tribunales y agencias.¹⁷⁹

El voto disidente demuestra este punto. Nos señala que un tribunal debe llegar al segundo paso de *Chevron* cuando encuentre, «al final de su trabajo interpretativo», que «el Congreso ha dejado una ambigüedad o laguna».¹⁸⁰ (El Gobierno ofrece una prueba similar)¹⁸¹. Ello no es una guía en absoluto. Una vez más, la naturaleza y el significado básicos de una ley no cambian cuando resulta que interviene una agencia. Tampoco cambia sólo porque la agencia haya llegado a ofrecer su interpretación a través del tipo de procedimientos necesarios para obtener deferencia, o porque se cumplan las demás condiciones previas para *Chevron*. La ley sigue teniendo un significado óptimo, necesariamente discernible por un tribunal que despliegue todas sus herramientas interpretativas. Así que para que la prueba del voto disidente tenga algún sentido, debe pensar que en un caso de agencia (a diferencia de cualquier otro), un tribunal debe renunciar a su «trabajo interpretativo» antes de haber identificado ese mejor significado. Pero, ¿cómo sabe un tribunal cuándo debe hacerlo? A este respecto, el voto disidente deja una laguna. Sólo protesta por el hecho de que algunas otras herramientas interpretativas –todas con pedigrís más sólidos que el de *Chevron*, y todas diseñadas para ayudar a los tribunales a identificar el significado de un texto en lugar de permitir que el Poder Ejecutivo lo desplace– también se aplican a los textos ambiguos.¹⁸² Que esto sea todo lo que se le ocurre a la disidencia, después de cuatro décadas de experiencia judicial intentando identificar la ambigüedad bajo *Chevron*, revela la futilidad del ejercicio.¹⁸³[8]

¹⁷⁸ *Gulfstream Aerospace Corp. v. Mayacamas Corp.*, 485 U. S. 271, 283 (1988).

¹⁷⁹ *Swift & Co. v. Wickham*, 382 U.S. 111, 125 (1965).

¹⁸⁰ *Post*, en 1-2.

¹⁸¹ Ver Escrito de los Demandados en el asunto N° 22-1219, pp. 7, 10, 14; Transcripción del Argumento Oral, 113-114, 116.

¹⁸² Véase *post*, en 27.

¹⁸³ [Nota al Pie N° 8] Citando un estudio empírico, el voto disidente agrega que *Chevron* “incentiva el acuerdo entre jueces”. *Post*, en 28. No es de extrañar que un estudio llegue a tal conclusión; se supone que el segundo paso de *Chevron* es receptivo a las interpretaciones de las agencias, por lo que cuando los jueces llegan a ese punto, tienden a coincidir en que la agencia gana. Eso no prueba nada sobre la supuesta facilidad o previsibilidad de identificar la ambigüedad en primer lugar.

Como *Chevron*, en su forma original de dos pasos, era tan indeterminado y amplio, nos hemos visto obligados a aclarar la doctrina una y otra vez. Nuestros intentos de hacerlo sólo han aumentado la inviabilidad de *Chevron*, transformando los dos pasos originales en un vertiginoso baile.¹⁸⁴ Y la doctrina sigue generando difíciles cuestiones de umbral que prometen complicar aún más la investigación en caso de que se mantenga *Chevron*.¹⁸⁵

Cuatro décadas después de su creación, *Chevron* se ha convertido así en un impedimento, más que en una ayuda, para cumplir la tarea judicial básica de «decir cuál es la ley».¹⁸⁶ Y su importancia no está nada clara. Los tribunales a menudo se han negado a comprometerse con la doctrina, diciendo que no hace ninguna diferencia.¹⁸⁷ Y como se ha señalado, hemos evitado guardar deferencia en virtud de *Chevron* desde 2016. Esa tendencia no es nada nuevo; durante décadas, a menudo hemos declinado invocar *Chevron* incluso en aquellos casos en los que podría parecer aplicable.¹⁸⁸ A estas alturas, todo lo que queda de *Chevron* es una cáscara decadente con audaces pretensiones.

Chevron tampoco ha sido el tipo de «norma “de fondo estable”» que fomenta una confianza significativa.¹⁸⁹ Dados nuestros constantes retoques y nuestro eventual alejamiento de *Chevron*, y su aplicación incoherente por parte de los tribunales inferiores, es difícil ver cómo alguien –incluido el Congreso– puede esperar razonablemente que un tribunal se base en *Chevron* en un caso concreto. E incluso si fuera posible predecir con exactitud cuándo aplicarán *Chevron* los tribunales, la doctrina «no proporciona “una norma clara o fácilmente aplicable, por lo que los argumentos a favor de la confianza basados en su claridad

¹⁸⁴ Véase *Adams Fruit Co.*, 494 U.S., en 649-650; *Mead*, 533 U.S., en 226-227; *King*, 576 U.S., en 486; *Encino Motorcars*, 579 U.S., en 220; *Epic Systems*, 584 U.S., en 519-520; y así sucesivamente.

¹⁸⁵ Véase, por ejemplo, *Cargill v. Garland*, 57 F. 4th 447, 465-468 (CA5 2023) (opinión plural) (¿Puede el Gobierno renunciar a confiar en *Chevron*? ¿Se aplica *Chevron* a las interpretaciones de los organismos de las leyes que imponen sanciones penales? ¿*Chevron* desplaza a la regla de clemencia?), *aff'd*, 602 U.S. ____ (2024).

¹⁸⁶ *Marbury*, 1 Cranch, en 177.

¹⁸⁷ Véase n. 7, *supra*.

¹⁸⁸ Véase W. Eskridge y L. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations From Chevron to Hamdan*, 96 Geo. L.J. 1083, 1125 (2008).

¹⁸⁹ *Post*, en 8, n. 1 (opinión de la Jueza KAGAN) (citando *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247, 261 (2010)).

están fuera de lugar”». ¹⁹⁰ Planear que *Chevron* produzca un resultado particular es apostar no solo a que la doctrina será invocada, sino también a que producirá resultados fácilmente previsibles y la estabilidad que viene con ellos. La historia ha demostrado que ninguna de las dos apuestas es una propuesta ganadora.

En lugar de salvaguardar los intereses de la confianza, *Chevron* los destruye afirmativamente. Bajo *Chevron*, una ambigüedad legal, sin importar por qué está ahí, se convierte en una licencia que autoriza a una agencia a cambiar de posición tanto como quiera, siendo la «incoherencia no explicada» «como mucho... una razón para considerar que una interpretación es... arbitraria y caprichosa». ¹⁹¹ Pero la ambigüedad legal, como hemos explicado, no es un indicador fiable de la delegación real de autoridad discrecional a las agencias. Por tanto, *Chevron* permite a las agencias cambiar su rumbo incluso cuando el Congreso no les ha otorgado potestad para hacerlo. Por su mera amplitud, *Chevron* fomenta una inestabilidad injustificada en la ley, dejando a quienes intentan planificar la actuación de los organismos en una eterna niebla de incertidumbre.

En consecuencia, *Chevron* ha socavado los propios valores del “*Rule of Law*” que la *stare decisis* pretende garantizar. ¹⁹² Y no puede ser limitada advirtiendo a los tribunales para que sean más cuidadosos, o añadiendo un nuevo lote de condiciones. Necesitaríamos una vez más «revis[ar] su base teórica... para subsanar sus deficiencias prácticas». ¹⁹³ El *stare decisis* no nos obliga a hacerlo, sobre todo porque cualquier refinamiento que pudiéramos hacer sólo apuntaría a los tribunales de vuelta a sus deberes según la APA de «decidir todas las cuestiones pertinentes de derecho» e «interpretar las disposiciones legales». ¹⁹⁴ Tampoco hay razón para esperar impotentes a que el Congreso corrija nuestro error. Esta Corte ha desechado muchos precedentes que el Congreso también podría haber anulado legislativamente. ¹⁹⁵ Y parte de la «humildad judicial», ¹⁹⁶ es admitir y en ciertos casos corregir

nuestros propios errores, especialmente cuando esos errores son graves. ¹⁹⁷

Este es uno de esos casos. *Chevron* fue un invento judicial que obligó a los jueces a hacer caso omiso de sus obligaciones legales. Y la única forma de «garantizar que la ley no cambie simplemente de forma errática, sino que se desarrolle de forma inteligible y basada en principios», ¹⁹⁸ es que dejemos atrás *Chevron*.

Al hacerlo aquello, sin embargo, no cuestionamos casos anteriores que se basaron en el marco *Chevron*. Las decisiones jurídicas [*holdings*] de aquellos casos en el sentido de que determinados actos administrativos de la agencia son legales –incluida la sentencia de la Ley del Aire Limpio del propio *Chevron*– siguen estando sujetas a *stare decisis* a pesar de nuestro cambio en la metodología interpretativa. ¹⁹⁹ La mera invocación de *Chevron* no puede constituir una «justificación especial» para anular dicha jurisprudencia, porque decir que un precedente se basó en *Chevron* es, en el mejor de los casos, «sólo un argumento de que el precedente se decidió erróneamente» ²⁰⁰. Eso no basta para justificar la anulación de un precedente legal.

* * *

La disidencia termina citando *Chevron*: «Los jueces no son expertos en la materia» ²⁰¹. Eso depende, por supuesto, de cuál sea el «campo». Si se trata de la interpretación jurídica, ésta ha sido, «enfáticamente», «la competencia y el deber del departamento judicial» durante al menos 221 años ²⁰². El resto del epígrafe de la disidencia es que los jueces «no forman parte de ninguno de los poderes políticos» ²⁰³. En efecto. Siempre se ha esperado que los jueces apliquen su «criterio» independientemente de los poderes políticos al interpretar las leyes que esos poderes promulgan ²⁰⁴. Y una de esas leyes, la APA, prohíbe a los jueces hacer caso omiso de esa responsabilidad sólo porque una agencia del

¹⁹⁰ *Janus*, 585 U. S., en 927 (citando *South Dakota v. Wayfair, Inc.*, 585 U. S. 162, 186 (2018)).

¹⁹¹ *Brand X*, 545 U.S., en 981.

¹⁹² *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U.S. 782, 798 (2014).

¹⁹³ *Montejo v. Louisiana*, 556 U. S. 778, 792 (2009).

¹⁹⁴ §706.

¹⁹⁵ Véase, por ejemplo, *Patterson v. McLean Credit Union*, 485 U.S. 617, 618 (1988) (por la corte).

¹⁹⁶ *Post*, en 3, 25 (opinión de la Jueza KAGAN).

¹⁹⁷ *Ver post*, en 8-9 (opinión del Juez GORSUCH).

¹⁹⁸ *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265 (1986).

¹⁹⁹ Véase *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442, 457 (2008).

²⁰⁰ *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U. S. 258, 266 (2014) (citando *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 443 (2000)).

²⁰¹ *Post*, en 31 (citando 467 U.S., en 865)

²⁰² *Marbury*, 1 Cranch, en 177.

²⁰³ *Post*, en 31 (citando *Chevron*, 467 U.S., en 865).

²⁰⁴ El *Federalista* N° 78, en 523.

Poder Ejecutivo considere una ley de manera diferente.

Chevron queda revocado. Los tribunales deben ejercer su criterio independiente para decidir si un organismo ha actuado dentro de sus facultades legales, como exige la APA. Una cuidadosa atención al criterio del Poder Ejecutivo puede ayudar a informar esa indagación. Y cuando una ley en particular delega autoridad a una agencia en consonancia con los límites constitucionales, los tribunales deben respetar la delegación, al tiempo que

garantiza que la agencia actúa dentro de ella. Sin embargo, los tribunales no tienen por qué someterse a la interpretación de la ley por parte de una agencia simplemente porque la ley sea ambigua.

Debido a que el la Corte de D.C. y del Primer Circuito se basaron en *Chevron* para decidir si apoyaban o no el Reglamento [*Rule*], sus sentencias son anuladas y los casos devueltos para que se proceda de acuerdo con esta opinión.

Así se ordena.

El derecho de caminos en Chile: Un panorama histórico (1842-1969)

Fernando Muñoz León*

Este trabajo examina la historia de la legalidad de los caminos en Chile durante su existencia independiente como país soberano, centrándose especialmente en el período que comprende de 1842 a 1969. En este arco temporal, distintos actores articularon un conjunto de ideas rectoras sobre los deberes del Estado y las atribuciones legales de la autoridad administrativa en materia de planificación, construcción y gestión de infraestructura vial que permitiera la conectividad entre centros poblados y entre regiones, de acuerdo a las ideas y recursos disponibles en su momento histórico. Esta revisión histórica del “derecho vial” chileno se realiza a la luz de las reflexiones e interrogantes de la historia intelectual y la historia institucional contemporáneas. En este sentido, se sostiene que la evolución de las normas e instituciones que organizaron la infraestructura vial durante el período en estudio puede dividirse en tres regímenes históricos, en función de sus hitos legislativos fundamentales, ideas rectoras, escenarios institucionales y estrategias de acción estatal: de 1842 a 1887, un período de un “estado vial mínimo” altamente descentralizado y con caminos precarios caracterizados por la incertidumbre material y jurídica; de 1887 a 1920, la aparición de un “estado vial proto-desarrollista”, decidido a reforzar su control sobre la infraestructura caminera nacional; y de 1920 a 1969, un período de “estado vial tecno-desarrollista”, que creó una red nacional de carreteras pavimentadas para la nueva tecnología de los vehículos motorizados.

Palabras clave: historia del derecho administrativo; derecho e infraestructura; derecho vial.

Introducción: El derecho vial y su historicidad

El presente trabajo pretende contribuir a la historia del derecho público chileno a través

This work examines the history of the legality of roads in Chile during its independent existence as a sovereign country, focusing specially on the period from 1842 to 1969. Within this temporal arch, different actors articulated a set of guiding ideas about the duties of the state and the legal powers of the administrative authority in terms of planning, construction and management of road infrastructure that would allow connectivity between population centers and across regions, according to the ideas and resources available at their historical time. This historical overview of Chilean “road law” is done in the light of insights and questions of contemporary intellectual history and institutional history. In this regard, it is argued that the evolution of the norms and institutions that organized road infrastructure during the period under study can be divided into three historical regimes, based on their fundamental legislative milestones, guiding ideas, institutional settings, and strategies of state action: from 1842 to 1887, a period of a decentralized “minimal road state” with precarious roads characterized by both material and juridical uncertainty; from 1887 to 1920, the emergence of a “proto-developmental road state” intent on strengthening its grip on the nationwide road infrastructure; and from 1920 to 1969, a period of a “techno-developmental road state” that created a nationwide paved road network for the new technology of motorized vehicles.

Keywords: history of administrative law; law and infrastructure; road law.

de un estudio panorámico de la legalidad de la infraestructura vial, o derecho vial, en esta nación sudamericana durante un arco histórico que va desde 1842 hasta 1969. En la primera fecha, una Ley de Caminos, Canales, Puentes y Calzadas creó el primer esquema normativo vial de la historia republicana chilena. En la segunda fecha, el tramo chileno de la Carretera Panamericana, la emblemática ruta que cruza esta delgada franja de tierra a lo largo de 3363 kilómetros desde Arica, en el árido norte, hasta Quellón, en el lluvioso y frío sur de Chiloé, terminada el año anterior tras más de dos décadas de trabajo, recibió el icónico número “5” mediante el Decreto Supremo N° 556 del Ministerio de Obras Públicas. Entre estas dos fechas, distintos actores articularon un conjunto de ideas rectoras sobre los debe-

* Investigador, Instituto de Historia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad San Sebastián, Campus Tres Pascualas, Concepción, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Yale; Doctor en Historia, Universidad de Chile. Correo postal: Lientur 1457, Concepción, Biobío, Chile. Correo electrónico: fernando.munoz@uss.cl. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2795-4325>. Este artículo, escrito en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1211873, corresponde a la versión en castellano de un trabajo previamente publicado en inglés en el *Journal of Infrastructure, Policy and Development*, vol. 8, N° 12 (2024).

Artículo recibido el 28 de noviembre de 2024 y aceptado el 06 de diciembre de 2024.

res del estado y las atribuciones legales de la autoridad administrativa en materia de planificación, construcción y gestión de infraestructura vial que permitiera la conectividad entre centros poblados y entre regiones, de acuerdo a las ideas y recursos disponibles en cada momento histórico.

En otras palabras, este trabajo consiste en un recorrido diacrónico por las instituciones y normas que rigieron la infraestructura vial chilena en el período mencionado, con el fin de contextualizar su utilización en la construcción de un espacio cultural y económico de alcance nacional a través de la promoción de conexiones viales entre distintos asentamientos poblacionales y diferentes ámbitos regionales y subregionales. Se trata de un estudio novedoso en cuanto a su objeto de estudio, el derecho público chileno de la infraestructura caminera o derecho vial, que será estudiado en perspectiva histórica.

Este trabajo se sitúa disciplinariamente en el campo de la historia del derecho público. La disciplina de la historia es una herramienta valiosa, si no indispensable, para facilitar la comprensión del derecho público contemporáneo y hacer inteligibles sus instituciones administrativas específicas. Como observó el influyente y versátil jurista alemán Lorenz von Stein, "de todos los campos del derecho, el derecho administrativo es el que más cambia", por lo que solo "la historia del derecho, elevada a ciencia, proporciona la comprensión del cambio, a veces altamente interesante, de los fenómenos que impregnan toda la vida del desarrollo legal de la administración"¹. Por supuesto, este argumento es generalizable a todo el fenómeno legal, como sugería el jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes, cuando afirmaba, respecto a la "vida del derecho", que ella no ha sido "lógica", sino "experiencia"². En este sentido, este artículo pretende ahondar en la "biografía" de un área específica del derecho público chileno, la legalidad e institucionalidad de la infraestructura vial.

En lo que resta de esta introducción presentaré, desde una perspectiva teórica, el problema de la historicidad del derecho vial como una manifestación específica de la historicidad del derecho público y de la historicidad del derecho en general. En la siguiente sección, explicitaré la metodología de este trabajo, que recurre a la historia intelectual e institucional

como referentes para el estudio histórico del derecho público. Luego, en la sección de resultados y discusión, detallaré los tres regímenes históricos del derecho vial en Chile entre 1842 y 1969, especificando sus hitos normativos y escenarios institucionales, sus ideas rectoras y sus estrategias de acción estatal. Una sección final cierra el trabajo planteando que el actual régimen del derecho vial en Chile refleja un rechazo a la tradición desarrollista iniciada a fines del siglo XIX y desplegada durante el siglo XX y se alinea con el estado subsidiario creado por la Constitución de 1980.

A primera vista, los caminos que transportan viajeros y mercancías parecen tener poco que decir sobre la historia del derecho público. Esta primera impresión se ve facilitada por el hecho de que los caminos, rutas y senderos son una de esas "estructuras de la vida cotidiana", como las llamó el historiador francés Fernand Braudel, que, consideradas en lo que él llamó la "corta duración", se vuelven invisibles por encontrarse "bajo el signo de la rutina", lo que confundimos con un signo de inmutabilidad y falta de historicidad³. De hecho, los caminos son uno de esos elementos del paisaje humano que, a primera vista, parecen sin vida y estáticos, es decir, carentes de historia, salvo en esos momentos puntuales en que una ruta se crea, se estropea, se repara o, por las razones que sean, se destruye. Si creyéramos esto, los caminos no serían importantes, ni tendrían mucho que decir sobre el derecho público y su historia.

Sin embargo, aquello que denominamos como infraestructura vial, la red de caminos que cruzan un determinado territorio, no solo tiene una historia, que, siguiendo a Braudel, es más comprensible a largo plazo, sino también una profunda conexión con el derecho público como instrumento de acción de una comunidad política determinada en un espacio territorial determinado. En efecto, en el estado de derecho moderno, dada la necesidad de conciliar los intereses públicos y los derechos privados en un marco de seguridad jurídica, los caminos están directamente definidos por la legalidad y su gestión o visión de conjunto suele ser responsabilidad de una determinada institucionalidad. En el caso de Chile, ya en 1855 el Código Civil, en su artículo 589, los incluyó dentro de la categoría de "bienes nacionales de uso público" o "bienes públicos", cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de la nación". Su regulación jurídica

¹ STEIN 1870, 11.

² HOLMES 1881, 1.

³ BRAUDEL 1984, 6.

ca y estructura institucional están actualmente contenidas en un complejo conjunto de leyes orgánicas y decretos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Estas normas básicas del derecho vial chileno incluyen un extenso marco regulatorio, cuyas bases fueron sentadas por las reformas legales de los años ochenta y noventa, que a partir de mediados de los noventa permitieron la posibilidad de concesionar a personas jurídicas privadas la construcción, conservación y administración de la infraestructura vial⁴, lo que se tradujo en importantes inversiones privadas, la liberación de recursos fiscales para la construcción de tramos viales menos rentables y la renovación de la infraestructura a los más altos estándares técnicos. En la actualidad, el estatuto jurídico de los caminos está definido por el Título III, "De los Caminos Públicos", del Decreto con Fuerza de Ley N° 850/1997 del Ministerio de Obras Públicas, que refundió la normativa orgánica del ministerio con la normativa existente sobre construcción, conservación y financiamiento vial; la concesión de la construcción y gestión de infraestructura vial está regulada por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto N° 900/1996 del Ministerio de Obras Públicas; y el uso de las vías, tanto por peatones como por automovilistas, está regulado por la Ley de Tránsito, Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2007 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Sin embargo, más allá del interés de algunos estudiosos de la regulación económica en la modalidad contemporánea de las concesiones viales⁵, la vialidad en Chile parece ser un tema relativamente olvidado tanto por historiadores como por estudiosos del derecho. La historiadora Carolina Sanhueza, autora de algunos de los pocos estudios históricos recientes sobre la historia de los caminos interurbanos chilenos, ha señalado que si bien "las vías de comunicación tienen directa vinculación con el territorio en que se desenvuelve nuestra sociedad", "[p]ocos son los que se han aventurado al estudio de estos temas en nuestro país"⁶. Por su parte, desde el derecho administrativo, el jurista Alejandro Vergara, autor de algunos de los pocos textos jurídicos existentes sobre el estatuto legal de las vías públicas chilenas⁷, afirma que este tema es "es un tema que casi no ha recibido atención en la

doctrina nacional"⁸. De hecho, la única monografía disponible sobre la legalidad vigente de los caminos públicos en Chile fue publicada por un asesor jurídico de la Dirección Nacional de Vialidad basándose, según su propio testimonio, en una tesis de pregrado de otro investigador en derecho administrativo⁹.

La conciencia de las formas en que la administración estatal, actuando a través del derecho público, participa activamente en la conformación del espacio nacional está presente en los orígenes de la teorización moderna del derecho administrativo, como lo demuestra el tratado del mencionado Lorenz von Stein. "El cuerpo del estado", afirmaba allí von Stein "es el territorio", mientras que el alma del estado "es su pueblo"¹⁰. En la confluencia de un país y su pueblo, argumentaba este influente intelectual alemán, el Estado encuentra su individualidad; "la comprensión de esta influencia mutua constituye el principio y la base de toda comprensión del desarrollo y la forma del Estado"¹¹. En la concepción del Estado de von Stein, la administración interna o doméstica del Estado es la "suma total de aquellas actividades del estado que proporcionan al individuo las condiciones para su desarrollo que no puede lograr por su propia fuerza y esfuerzo"¹². El mantenimiento de la infraestructura vial se inserta directamente en este conjunto de tareas, ya que "el camino, en el sentido más amplio de la palabra, es la primera condición previa material e incondicional para todo transporte y, por tanto, para toda productividad, de hecho para la vida colectiva en su conjunto"¹³.

De hecho, von Stein caracterizó la vialidad como un asunto definido directamente por la legalidad; en sus palabras, "en sí, no existe el camino como tal; el concepto de camino pertenece por completo al derecho administrativo"¹⁴. En su definición, el camino es "el medio de transporte local entre determinados lugares, a cuyo uso tiene derecho legalmente todo individuo para los fines de su tráfico"; y la red de caminos, o sistema vial, es "el conjunto de todas las reglas, instituciones y ordenanzas mediante los cuales se permite a los caminos cumplir su finalidad por medio

⁴ IBARRA-CORONADO 2011.

⁵ ENGEL *et al.* 2001.

⁶ SANHUEZA 2018, 20.

⁷ VERGARA 1997, VERGARA 2019a.

⁸ VERGARA 2019b.

⁹ TORRES 2015, 10.

¹⁰ STEIN 1870, 5.

¹¹ STEIN 1870, 5.

¹² STEIN 1870, 43.

¹³ STEIN 1870, 178.

¹⁴ STEIN 1870, 178.

de la legislación y la administración”¹⁵. La importancia estratégica de este tipo de infraestructura le permite, a sus ojos, convertirse en una clave heurística para comprender las transformaciones históricas tanto de la legalidad administrativa como del Estado que la utiliza; tal como él lo expresa, “el principio actual del derecho de vías terrestres es el resultado de una historia de siglos que tiene una íntima coherencia con el desarrollo del estado y de la economía social”¹⁶.

I. Metodología: La historia intelectual y la historia institucional como recursos para el estudio histórico del derecho público

Desde un punto de vista metodológico, este artículo examina la historia del derecho vial chileno a la luz de las preguntas y reflexiones de la historia intelectual y de la historia institucional, definición teórica y metodológica que busca establecer un diálogo entre la historia del derecho y estas corrientes historiográficas para beneficiarse de sus propuestas teóricas, conceptuales y metodológicas.

La historia intelectual contemporánea surge como una crítica al idealismo metodológico que, en su momento, condujo a la disciplina tratar las “ideas” como entidades eternas que actúan en la historia de manera autónoma. Esta corriente abarca una amplia variedad de enfoques. Algunos destacan el papel crucial del contexto de producción en la configuración de los discursos y “vocabularios políticos” que se emplean en la esfera pública para interpretar la acción política e institucional¹⁷. Otros se centran en desentrañar la relación entre la aparición de ciertos conceptos históricos fundamentales y los cambiantes “espacios de experiencia” y “horizontes de expectativa” que dan contenido a estos conceptos a medida que se acumulan en diferentes “estratos temporales”¹⁸. Por último, hay quienes buscan destacar la agencia de aquellas redes intelectuales intergeneracionales, cuyas interacciones altamente ritualizadas –que escenifican relaciones de discipulazgo, rivalidad o cooperación– contribuyen a la configuración de campos intelectuales específicos, moldeados por su propia temporalidad histórica¹⁹.

La historia institucional, por su parte es una perspectiva que ha surgido en la ciencia política angloamericana, en un contexto de dominio de las metodologías cuantitativas en la disciplina, como un intento de reservar espacio al estudio cualitativo del desarrollo histórico de las instituciones políticas. Una de las orientaciones existentes corresponde al enfoque del “desarrollo político”, teorizado por Karen Orren y Stephen Skowronek en *The Search for American Political Development*, texto que aboga por el estudio del desarrollo histórico de los lugares institucionales de autoridad y sus desplazamientos en el tiempo²⁰. El enfoque del “desarrollo político” se ejemplifica en estudios como *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*²¹, un estudio sobre la aparición del estado administrativo, o *The Politics Presidents Make*, una influyente indagación sobre el papel del liderazgo presidencial en la creación, transformación o preservación de regímenes políticos en la historia norteamericana. Este último ofrece una visión panorámica del desarrollo histórico de la presidencia estadounidense, postulando la coexistencia de un “tiempo secular” de las instituciones, una temporalidad de carácter lineal o progresivo que les permite su propia “densificación” en forma de acumulación de recursos y aprendizaje, y un “tiempo político” del liderazgo presidencial, de carácter cíclico, en el que algunos presidentes ejercen un papel fundacional en la creación carismática de regímenes político-constitucionales, otros se limitan a gestionar el régimen que han heredado ya sea como partidarios u opositores del mismo, y otros tienen que lidiar con regímenes en desarticulación y descomposición sin poder fundar un nuevo régimen que los sustituya²².

Un estudio de la historia del derecho vial iluminado tanto por la historia intelectual como por la historia institucional debería plantearse cuestiones tales como el modo en que el significado social, político y jurídico del concepto de “camino” cambia a lo largo del tiempo histórico, y cómo se relacionan entre sí los distintos regímenes históricos que organizan y rigen la construcción y el mantenimiento de los caminos, ya sea basándose en lo aprendido anteriormente o rechazando los principios y lógicas del régimen anterior, con el fin de describir el “tiempo secular” y el “tiempo político” de los regímenes históricos

¹⁵ STEIN 1870, 178.

¹⁶ STEIN 1870, 179.

¹⁷ POCKOCK 1971; SKINNER 1969.

¹⁸ KOSSELLECK 1993.

¹⁹ COLLINS 2002.

²⁰ ORREN Y SKOWRONEK 2004.

²¹ SKOWRONEK 1982.

²² SKOWRONEK 1993, 30.

del derecho vial. En términos más generales, debería centrarse en la historicidad de las normas e instituciones que rigen los caminos y de las ideas que las inspiran o interpretan.

II. Resultados y discusión: tres regímenes históricos del derecho vial en Chile, 1842-1969

En esta sección se hará una descripción concisa de los tres regímenes históricos de la legalidad vial que existieron en Chile entre 1842 y 1969, con una breve explicación de lo que vino antes. Lo que vino después, así como lo que ocurrió en otros países de la región en esa época, se tratará brevemente en las observaciones finales.

1. La legalidad del estado vial mínimo, 1842-1887: una gestión vial descentralizada y precaria

La historia de la planificación y gestión vial a lo largo del territorio que hoy ocupa el Estado chileno se inicia en el período prehispánico, cuando el dominio inca extendió el Qapac Ñan o Camino del Rey Poderoso, red de caminos hoy conocida como Camino del Inca, hasta la región geográfica conocida como Valle Central, caracterizada por su clima templado y fértiles valles surcados por ríos. Allí, el Camino del Inca atravesaba un pequeño centro administrativo y ceremonial inca a orillas del río Mapocho, que pasó a llamarse Santiago tras la llegada en 1541 del explorador y conquistador español Pedro de Valdivia; este antiguo trazado vial prehispánico sobrevive en la actualidad y corresponde a las calles céntricas de Independencia y Bandera²³. Asimismo, en otros casos, las acequias, rutas y caminos prehispánicos influyeron en la ocupación colonial y en el trazado vial del territorio, y fueron utilizados, renovados y complementados por las autoridades españolas en función de los escasos recursos disponibles en esta colonia lejana y pobre.

Desde el inicio del período republicano, tras la Declaración de Independencia en 1818, las autoridades nacionales se preocuparon por dotar a la naciente nación de medios legales para gestionar sus necesidades viales. La primera norma sobre caminos dictada durante el período republicano fue el decreto sobre ancho de las calles y caminos dictado por el Director Supremo Bernardo O'Higgins el 24 de noviembre de 1820. Este decreto revela

la problemática de los caminos en Chile a comienzos del siglo XIX, y también nos introduce en las clasificaciones y distinciones que existían en la época entre los distintos tipos de caminos. En su justificación, el decreto señalaba que buscaba regular "las sendas comunes que hayan (sic) que abrirse para el tránsito y comunicación de los habitantes de la República" con el propósito de "evitar la arbitrariedad con que algunos propietarios de fundos rústicos y urbanos estrechan los caminos formando edificios, paredes o cercas pasando la línea que corresponde a dichas calles, con perjuicio de otros propietarios y de la comodidad pública". Sin embargo, tal vez siguiendo la lógica del período colonial, caracterizado por la debilidad del aparato administrativo del Estado, este decreto reconocía sus límites y declaraba el respeto a los derechos adquiridos de los propietarios, afirmando que "a virtud de esta ley no podrán alterarse las antiguas sendas con perjuicio de la posesión en que hallen los propietarios". En cuanto a las categorías de caminos, este decreto distinguía tres tipos de caminos y regulaba sus anchuras respectivas: "calles de las ciudades y villas", que debían tener doce varas de ancho; "caminos vecinales entre fondos rústicos", que debían tener dieciséis varas de anchura; y "caminos generales y comunes que se dirigen a los pueblos, villas y lugares de la República", que debían tener veinte varas de ancho. Este reglamento, sin embargo, contaba con débiles medios institucionales para gestionar estas categorías; solo preveía la intervención de un oficial de la policía municipal con jurisdicción de primera instancia en los casos en que se fuera a abrir un nuevo camino que pudiera afectar a un vecino.

El asunto de los caminos hizo tan solo una modesta aparición en los debates sobre la organización constitucional del nuevo país independiente. En el proyecto de constitución redactado por Juan Egaña en 1811 y publicado por una Junta de Gobierno en 1813, se creaba un Consejo de Economía Pública para "vigilar y dirigir" una amplia gama de asuntos relacionados con la "economía, policía y progreso industrial, rural y comercial de la república", entre ellos los caminos²⁴. Las constituciones de 1818 y 1822, ambas dictadas por el Director Supremo Bernardo O'Higgins y por lo tanto derogadas cuando cayó su gobierno poco después de la promulgación de esta última, reconocían la existencia de "cabildos", una estructura de gobierno local establecida en la América española por la legislación colo-

²³ STEHBERG et al. 2016; STEHBERG Y SOTOMAYOR 2012.

²⁴ EGAÑA 1813, 45.

nial, y aunque el primero de estos dos códigos constitucionales les encomendaba a los cabildos promover el "beneficio público", ninguno de ellos enumeraba el mantenimiento de los caminos entre sus responsabilidades. Por otra parte, la utópica Constitución de 1823, también redactada por Juan Egaña, restablecía el organismo previsto en su anterior proyecto constitucional, pero esta vez con el nombre de Dirección de la Economía Nacional, institución a la que también se encomendaba la "inspección y dirección" de, entre otras cosas como el comercio y la industria, los caminos. Este texto constitucional, sin embargo, fue inmediatamente descartado por impracticable debido a sus ambiciosos objetivos y a sus exigentes regulaciones de la vida social.

La Constitución de 1828 atribuyó a las "municipalidades", denominación para los gobiernos locales que en aquella década comenzó a reemplazar rápidamente al apelativo de "cabildo", la "construcción y reparación" de "caminos, calzadas, puentes" y todas las demás "obras públicas" de carácter local. No está de más señalar, dado el rol que le cupo al intelectual español José Joaquín de Mora en la redacción del texto constitucional de 1828, que se trata de las mismas palabras que la Constitución de Cádiz de 1812 empleó en su artículo 321, numeral séptimo, para establecer las responsabilidades de los "ayuntamientos". A su vez, la Constitución de 1833, redactada por el jurista Mariano Egaña, empleó esas mismas palabras para atribuir a las municipalidades responsabilidades sobre la gestión caminera. De este modo, la letra constitucional sentaba las bases para un "estado vial mínimo" de carácter descentralizado, basado esencialmente en la actividad de los gobiernos locales para satisfacer las necesidades viales. La Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 1854 confirmó esta atribución a los gobiernos locales de la responsabilidad sobre las vías terrestres. En ella se establecía que aquellos debían "cuidar de la reparación y mejora de los caminos interiores" del territorio municipal, bien con fondos propios o con los proporcionados por la administración central.

Esta atribución al nivel local de las competencias viales no impedía que la autoridad nacional, representada por el Presidente de la República, interviniera en un asunto de tanta importancia práctica como eran los caminos que atravesaban el país permitiendo la circulación de personas y bienes. A veces esta preocupación estaba vinculada al control de los co-

merciantes y mercancías que circulaban por las rutas terrestres; otras veces se manifestaba en la necesidad de disponer de los medios legales para llevar a cabo iniciativas en esta materia. Así, en enero de 1835, el presidente José Joaquín Prieto firmó un decreto sobre caminos entre Coquimbo y Argentina que establecía "los caminos por donde únicamente debe hacerse el tráfico terrestre" entre la provincia de Coquimbo y "los pueblos situados al otro lado de los Andes", y estipulaba que las mercancías, ganado u otros "objetos de tráfico" que se encontraran fuera de las rutas establecidas serían confiscados al ingresar a Chile desde Argentina. En una ley de septiembre del mismo año, el Presidente Prieto fue autorizado por el Congreso por seis años para contratar la construcción de caminos, puentes y canales a "empresarios" a quienes se les otorgó la facultad de cobrar peajes, autorización que fue renovada por el Congreso en 1841 a petición del Presidente Manuel Bulnes. La concesión de contratos públicos a particulares fue así una de las primeras estrategias de acción estatal en la construcción de nuevos caminos en el repertorio del "estado vial mínimo".

De hecho, fue el gobierno del Presidente Manuel Bulnes el que envió un proyecto de ley sobre caminos, canales, puentes y calzadas al Congreso Nacional para su discusión en 1842. El mensaje presidencial que acompañaba al proyecto declaraba "la necesidad e importancia de buenos caminos" en la joven república, al tiempo que reconocía "la insuficiencia de los medios que posee el Gobierno para construirlos y conservarlos" y denunciaba "los abusos que se cometen en el campo por los propietarios de terrenos"²⁵. El proyecto fue rápidamente tramitado; se celebraron nueve sesiones del Senado para discutirlo entre el 13 de julio y el 7 de octubre de 1842, y otras seis en la Cámara de Diputados, entre el 10 de octubre y el 6 de diciembre del mismo año, con el mismo fin. Durante estos debates legislativos, el texto enviado por el Presidente fue aprobado casi sin modificaciones. Paralelamente, en el Congreso se discutían temas importantes, como la reglamentación oficial de pesas y medidas o la creación de una nueva "universidad nacional" que sustituyera a la de la época colonial, como lo demuestra la convocatoria del Presidente a sesiones extraordinarias del Congreso para completar la discusión de estos y otros proyectos de ley²⁶. Al mismo tiempo, los parlamentarios debieron

²⁵ Cámara de Senadores 1908a, 40.

²⁶ Ministerio del Interior 1842.

atender numerosas peticiones de particulares, entre ellas múltiples solicitudes de ciudadanía o nacionalidad de residentes extranjeros, que se sumaban a la agenda legislativa.

Así, en 1842 se promulgó la Ley de Caminos, Canales, Puentes y Calzadas, en adelante Ley de Caminos. Con ella, para emplear la terminología de James Scott²⁷, el Estado chileno inició un proceso gradual de imposición de estrategias de “legibilidad” sobre el territorio chileno que le permitieran adquirir la mayor capilaridad epistémica y administrativa posible sobre el territorio dentro de las limitaciones inherentes a su condición histórica y a las posibilidades presupuestarias, tecnológicas e institucionales de la época. Este cuerpo legislativo contenía tres capítulos compuestos por treinta y ocho artículos, más siete artículos “adicionales” que establecían medidas de diversa índole para facilitar la correcta entrada en vigor de la ley. Su primer capítulo establecía una junta de caminos en cada provincia que, paralelamente a la función de los municipios, debía “velar sobre el estado de los caminos”. La junta de caminos de cada provincia debía estar compuesta por dos autoridades locales y un “agrimensor residente en la misma provincia”, para el que no se preveía salario alguno. La previsible escasez nacional de agrimensores llevó al presidente a ordenar por decreto en agosto de 1843 que en cuatro de las diez provincias, las más alejadas de los centros urbanos, administrativos y productivos, las juntas de caminos funcionarían solo con sus oficiales administrativos²⁸. Asimismo, el capítulo primero de la Ley de Caminos creaba también un Cuerpo de Ingenieros, encabezado por un ingeniero jefe y seis miembros de la misma profesión, que aportarían los conocimientos técnicos necesarios para mejorar la red vial. Sin embargo, la falta de profesionales en la materia hasta finales de la década de 1880 hizo que este cuerpo tuviera poca capacidad de actuación; la creación de este Cuerpo fue “poco más que una declaración de intenciones”²⁹.

El capítulo segundo de la Ley de Caminos preveía el cobro de peajes en caminos, puentes y ríos navegables para financiar la construcción, apertura y mantenimiento de rutas terrestres. Sin embargo, como ha mostrado Carolina Sanhueza³⁰, estas fuentes de ingresos de origen colonial, que implicaban un

cobro para quienes pasaran por determinados puntos, tenían un carácter excepcional en el derecho español y en la organización colonial del territorio, por lo que carecían de la magnitud y continuidad que hubieran permitido una expansión sostenible de la red vial.

Finalmente, el capítulo tercero de la Ley de Caminos establecía dos categorías de caminos según su uso: “caminos públicos”, constituidos por “los que sirven de comunicación de una ciudad, villa o lugar con otra ciudad, villa o lugar”, y “caminos vecinales”, correspondientes a “aquellos que comunican los fundos particulares con los caminos públicos”. Mientras que estos últimos podían ser modificados con el consentimiento de los interesados y con la autorización de la junta de caminos respectiva, sin que se indicaran más características que debían tener estos caminos rurales, los caminos públicos quedaban regulados en muchas de sus características. Así, la ley regulaba, entre otras cosas, la forma en que debían construirse, cavando una zanja a cada lado y depositando la tierra “en el medio del camino, para que tome éste una forma convexa”; la forma en que debían evacuarse las aguas de las zanjas y de la lluvia mediante puentes, calzadas empedradas o canales, para no interrumpir o destruir los caminos; y numerosas normas que regulaban lo que podían y no podían hacer los vecinos y, en general, los propietarios de terrenos colindantes a los caminos. La Ley de Caminos concluía atribuyendo al gobernador de cada departamento territorial la jurisdicción para dirimir los litigios sobre “apertura, dirección o cualquiera otro punto relativo a caminos” entre particulares o entre éstos y la autoridad pública, pudiendo los litigantes recurrir sus decisiones ante la junta de caminos de la provincia.

Es interesante preguntarse si los primeros autores chilenos de derecho público fueron o no conscientes de la importancia de la dimensión espacial de la estatalidad y, en particular, de la forma en que el derecho vial expresa una cierta manera de apropiarse colectivamente del espacio. Cabe señalar que los precursores liberales del constitucionalismo decimonónico tenían poco que decir a este respecto. En su filosóficamente ambiciosa *Elementos de derecho público constitucional teórico, positivo y político*, José Victorino Lastarria situaba la cuestión de los caminos dentro del “poder municipal”, afirmando escuetamente que cada comunidad local de vecinos “tiene caminos, acueductos, diques y otras obras públicas que están bajo su dirección” y a cuya gestión y

²⁷ SCOTT 1998.

²⁸ Cámara de Senadores 1908b, 428.

²⁹ PARADA 2011, xv.

³⁰ SANHUEZA 2018, 96-97.

gastos contribuye, "viendo ligado su propio beneficio a estas cuestiones"³¹. Manuel Carrasco Albano, en sus *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, mencionaba sucintamente las atribuciones de los municipios en materia de caminos como una de las facultades de estos organismos en relación con "asuntos de interés común"³². En su obra *La Constitución ante el Congreso*, el profesor y parlamentario Jorge Huneeus, al repasar las competencias constitucionales de los municipios, no se extendió en el tema de los caminos, limitándose a afirmar que los municipios carecían de los recursos necesarios para llevar a cabo ésta y otras de sus funciones constitucionales³³.

Aunque todos estos autores enseñaron y escribieron cuando ya existía la Ley de Caminos de 1842 y su embrionario marco institucional, la trascendencia de estos avances se perdió para ellos desde las alturas del texto constitucional. Por ello, no es de extrañar que quienes se dieran a la tarea de teorizar y analizar el papel del derecho público en relación con la infraestructura vial fueran los primeros estudiosos chilenos del derecho administrativo. Santiago Prado, profesor de Economía Política en el Instituto Nacional, en sus *Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno*³⁴, texto que revela una importante influencia de la doctrina española, situó este tema dentro de los deberes de la administración respecto de las cosas, en este caso los caminos en cuanto bienes nacionales de uso público, señalando la importancia económica y política de los caminos públicos e identificando los deberes y atribuciones al respecto del gobierno, las juntas de caminos y el Cuerpo de Ingenieros. En palabras de Prado, los caminos son tanto "un medio de circulación y un elemento de riqueza y prosperidad" e "instrumentos necesarios de la acción social". Su reflexión sobre la conectividad vial merece ser transcrita por el profundo significado que les atribuye en el siguiente párrafo:

Sin comunicaciones breves, fáciles y económicas, el comercio que alimenta a la agricultura y fábricas, cambiando los frutos por los artefactos y conduciendo unos y otros desde los focos de producción a los centros de consumo, languidece y muere. Los ciudadanos mal pueden ejercer sus derechos ni demandar

justicia, ni implorar la protección de las autoridades distantes en favor de sus personas y haciendas. El Gobierno aislado en medio de la nación, ni ve, ni oye, ni es obedecido; su acción que debería sentirse en los extremos del territorio, o no traspasa una corta distancia, o llega a los puntos lejanos sin fuerzas para conservar ilesas las prerrogativas del poder y para exigir a los administrados el cumplimiento de las leyes.

El espíritu público tampoco existe, porque falta el contacto de las ideas y sentimientos, tan necesario para formar la opinión, y en medio de tan espantosa anarquía moral, los intereses particulares y locales concluyen por triunfar en nombre de un egoísmo individual o colectivo y por destruir la unidad del Estado³⁵.

2. Los fundamentos jurídicos del estado vial proto-desarrollista, 1887-1920: El surgimiento de una administración vial centralizada

Hacia fines del siglo XIX, la tendencia general en los países occidentales era fortalecer el aparato administrativo estatal para que pudiera cumplir nuevas tareas relacionadas con la era industrial, que comenzaba a impactar directa o indirectamente en las economías integradas a los mercados internacionales, como en el caso de Chile, vendedor de materias primas y comprador de bienes de consumo y tecnologías producidas en los países industrializados del crecientemente hegemónico Norte Global. En el caso chileno, el primer gobernante que desarrolló una visión de futuro en torno a estas necesidades fue el Presidente José Manuel Balmaceda.

José Miguel Balmaceda fue un diputado liberal que llegó a la máxima magistratura ejecutiva en 1886 con una agenda reformista y, podría decirse, proto-desarrollista. Firme creyente en el desarrollo industrial, Balmaceda pareció anticipar algunas de las preocupaciones de los gobernantes latinoamericanos de los años 40, 50 y 60 del siglo XX, quienes, inspirados en las teorías y diagnósticos elaborados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL), entendían al Estado como el motor del desarrollo económico e industrial nacional. Sin embargo, el gobierno de Balmaceda y la plena realización de su visión de la industrialización nacional a través de la expansión de los servicios estatales y las capacidades de gestión administrativa, se vieron interrumpidos

³¹ LASTARRIA 1846, 173.

³² CARRASCO 1858, 208.

³³ HUNEEUS 1891, 281-284.

³⁴ PRADO 1859, 251-255.

³⁵ PRADO 1859, 251-252.

en 1891 por una guerra civil que lo enfrentó al Congreso Nacional, partidario de mantener un arreglo institucional parlamentario en el que el presidente estaba subordinado a las prioridades establecidas por ese órgano³⁶. Derrotado en la guerra civil de 1891, Balmaceda se suicidó en la embajada argentina el último día de su mandato presidencial.

Mucho antes, el 21 de junio de 1887, el Presidente José Manuel Balmaceda promulgó una ley que reorganizaba los cargos existentes en el gabinete y creaba el Ministerio de Industria y Obras Públicas, encomendándole "la apertura, conservación y reparación de los caminos, puentes, calzadas y vías fluviales". Balmaceda nombró a dos abogados, Pedro Montt y Luis Antonio Vergara, como ministro y subsecretario de esta cartera. Al año siguiente, una nueva ley creó una Dirección de Obras Públicas, con secciones de Ferrocarriles y Telégrafos; Puentes, Caminos y Construcciones Hidráulicas; Arquitectura; y Minería, Geografía y Geodesia. Sin embargo, como ha mostrado Santiago Montt³⁷, en el momento de la creación de estas nuevas instituciones administrativas, fueron los ferrocarriles, y no los caminos, el principal objetivo regulador del nuevo Ministerio y de sus administradores subordinados, por ser la más exigente técnica y financieramente de las nuevas industrias o infraestructuras que debía supervisar.

Como puede observarse, el hito legislativo que marca este periodo no proviene del derecho vial mismo, sino de la organización institucional de la Administración del Estado. La creación de un ministerio con una subsecretaría y un órgano administrativo subordinado encargado de ejecutar las decisiones políticas sobre infraestructura pública que provienen del Presidente y su equipo, en diálogo con las necesidades locales y con la mediación y orientación de funcionarios técnicamente capacitados, representó un importante esfuerzo del estado por incrementar su control activo sobre las vías de transporte terrestre del país. En este sentido, lo que presenciamos en este segundo régimen histórico, desde una perspectiva histórico-institucional, es la adopción de un modelo o paradigma proto-desarrollista, en el que el Estado busca crear las instituciones que le permitan llevar a cabo, a mediano y largo plazo, una política industrial de la magnitud que comenzaba a imaginarse en esta nueva era moderna.

La transformación burocrática del Estado, que comenzó a ocuparse de asuntos de gran complejidad técnica y, por lo tanto, altamente exigentes en cuanto a los conocimientos necesarios para llevar a cabo las tareas administrativas, también requirió una mayor atención por parte del Estado a los espacios institucionales con los que contaba para preparar a los profesionales adecuados. En este sentido, ya en 1853, el plan de estudios del Instituto Nacional, institución educativa de élite que en esa época impartía los cursos superiores conducentes a títulos universitarios³⁸, estipulaba que la formación de ingenieros civiles, una de las cinco especialidades de ingeniería creadas en ese plan de estudios, debía incluir un curso sobre caminos y puentes en el cuarto año. Sin embargo, este curso no pudo funcionar hasta 1861 por falta de profesor³⁹. Asimismo, aunque la especialidad de Ingeniería Civil existía desde el plan de estudios de 1853, el primer Ingeniero Civil egresado de la Universidad de Chile lo hizo recién en 1869⁴⁰.

Para subsanar las deficiencias en la formación profesional de los ingenieros y adecuar la oferta de la universidad estatal a las nuevas necesidades del propio aparato estatal, el propio Presidente José Manuel Balmaceda y su ministro de Justicia e Instrucción Pública, Julio Bañados, profesor de Derecho Constitucional en la misma universidad y quien también había desarrollado propuestas para reformar la enseñanza del Derecho⁴¹, dictaron en 1889 un decreto que establecía un nuevo plan de estudios para la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas⁴². Este cuerpo reglamentario establecía nuevas líneas de formación profesional, incluyendo, entre otras cinco especialidades, la de Ingeniería de Caminos, Puentes e Hidráulica; su especialización curricular incluía asignaturas como Cimientos, Puentes y Túneles, y Caminos Ordinarios e Hidráulica Práctica. El número de graduados en ingeniería creció de manera sostenida con el cambio de siglo, como resultado de la acción convergente de los cambios administrativos y educativos llevados a cabo por Balmaceda. De esta forma, las transformaciones tanto institucionales como intelectuales prepararon la infraestructura epistémica y burocrática del Estado que, con el advenimiento del vehículo motorizado y la carretera pavimentada, en-

³⁶ COLLIER Y SATER 2004, 154.

³⁷ MONTT 2004, 67-68.

³⁸ BAEZA 2010.

³⁹ SAGREDO 2011, 294.

⁴⁰ PARADA 2011, xvii.

⁴¹ BAÑADOS 1889.

⁴² Ministerio de Justicia e Instrucción Pública 1889.

frentó el desafío de poner a la nación “sobre ruedas” en las primeras décadas del siglo XX.

El pensamiento jurídico también se fue adaptando a la realidad del nuevo estado proto-desarrollista, ansioso por alcanzar metas ambiciosas en todos los ámbitos de la vida moderna. José Domingo Amunátegui, catedrático de la Universidad de Chile, expuso las competencias de las distintas autoridades municipales y provinciales que en la época se encargaban de la conservación de los caminos y revisó las clasificaciones de los mismos contenidas en la legislación de 1842⁴³. Valentín Letelier, también profesor de la Universidad de Chile, describió en sus *Apuntaciones de Derecho Administrativo* el uso político y el desarrollo técnico de los caminos a lo largo de la historia universal y nacional⁴⁴, tema al que volvió en su ambiciosa revisión de la historia institucional mundial, *Génesis del Estado*⁴⁵. Letelier abogó en sus escritos por la creación de “un plan general de viabilidad (sic) que ponga en comunicación las diferentes partes del territorio”, observando que “en gran parte, el valor de la propiedad depende de la mayor o menor distancia a que se encuentra un camino”⁴⁶.

3. La “gran transformación” del estado vial tecno-desarrollista, 1920-1969: La administración vial centralizada “sobre ruedas”

Si el último cuarto del siglo XIX fue la era del ferrocarril y de su asombrosa expansión territorial, en el primer tercio del siglo XX la nueva gran transformación tecnológica del transporte fue la aparición masiva del vehículo motorizado. Esta nueva tecnología, cada vez más al alcance de los usuarios de los caminos, le planteó a la institucionalidad vial una enorme exigencia de actualización de sus competencias técnicas y profesionales, pero también de sus capacidades tecnológicas y financieras en la construcción de infraestructuras de alta resistencia. El “estado vial” se convirtió en un “estado pavimentador”, deseoso de extender su trazado asfaltado a todos los lugares antes ocupados por caminos rurales de tierra o grava. Esto implicaba nuevas capacidades de actuación, que requerían grandes presupuestos de los que no siempre se disponía, quedando el estado constantemente limitado en su capacidad de construir nuevas carreteras o reparar

las existentes por las restricciones presupuestarias propias de un país latinoamericano.

Describiendo el ritmo temporal propio de la legalidad en la nueva era industrial, Carl Schmitt acuñó en 1950 el concepto de “legislador motorizado” para referirse metafóricamente a la multiplicación siempre acelerada y acumulativa de leyes, decretos y meras medidas administrativas que, ya en su época, superponían las fuentes del derecho público⁴⁷. Llama la atención que la metáfora de este ritmo creciente de producción legislativa fuera la del legislador “motorizado”, una idea que, aunque no necesariamente está asociada a priori con la tecnología de los vehículos motorizados, es sin duda la que viene a la mente, precisamente porque un vehículo motorizado transmite a un peatón una idea de velocidad irrefrenable.

Las primeras décadas del siglo XX fueron, en efecto, un período dinámico y de constantes cambios jurídicos, en el que las nuevas ideas y las nuevas técnicas en todos los ámbitos de la vida social exigían un papel más activo y dinámico de la legalidad, y las infraestructuras viales no fueron una excepción en este sentido. En el ámbito del derecho vial chileno, lo que tomando prestada la terminología de Karl Polanyi, podríamos denominar la “gran transformación”⁴⁸, v.gr., la incorporación de las necesidades de los conductores de vehículos motorizados en el diseño y la estructura material de la red vial, se inició en 1920 con la Ley N° 3.611, Ley de Policía y Rentas de Caminos, acontecimiento que marcó el inicio de una sostenida y constante expansión de las normas e instituciones viales. El Presidente Pedro Montt, quien según vimos se había desempeñado como el primer Ministro de Industria y Obras Públicas, envió este proyecto de ley al Congreso en 1910. Este órgano tardó exactamente una década en discutirlo, tiempo durante el cual se aceleró la llegada de los vehículos de combustión interna al país, lo que aumentó la necesidad de contar con un instrumento normativo completamente nuevo para la gestión de los caminos. A partir de este momento, la gestión vial requeriría del estado capacidades de actuación jurídica, presupuestaria, material y tecnológica sin precedentes.

La Ley de Caminos de 1920, primer marco legislativo vial de carácter general desde 1842, mantuvo algunas de las lógicas de aquella legislación, como la importancia del ámbito local, si bien ya no provincial sino

⁴³ AMUNÁTEGUI 1907, 403-407.

⁴⁴ LETELIER 1907, 182-195.

⁴⁵ LETELIER 1917, 705-716.

⁴⁶ LETELIER 1907, 191.

⁴⁷ SCHMITT 1950, 18-21.

⁴⁸ POLANYI 1997.

municipal, en el diseño de los caminos. Sin embargo, supuso un cambio de época en dos aspectos cruciales. En primer lugar, fue la primera normativa vial general chilena que mencionó la pavimentación como un elemento técnico de la construcción vial, marcando el amanecer legal de una nueva era tecnológica en la historia de la infraestructura caminera en Chile. En segundo lugar, y relacionado con el primer aspecto, fue también la primera norma en la historia republicana chilena en considerar recursos permanentes para el financiamiento de la infraestructura vial, incluyendo un impuesto territorial a la propiedad entre otros mecanismos de financiamiento, en un esquema presupuestario que incluía la existencia de partidas presupuestarias destinadas preferentemente a la pavimentación. De esta manera, había nacido un nuevo deber para la administración del estado, dotar a sus ciudadanos motorizados de carreteras asfaltadas que permitieran el tránsito rápido y seguro de vehículos motorizados en ambos sentidos, que requería nuevas capacidades burocráticas y financieras de actuación, así como también potestades sin precedentes de afectación y coordinación de los intereses particulares.

La Ley de Caminos de 1920 introdujo distinciones entre los caminos que se fueron perfeccionando con el tiempo. Por ejemplo, con el fin de concentrar explícitamente el creciente poder de policía y los recursos financieros que preveía, la ley reiteró lo que el Código Civil de 1855 ya había establecido en su artículo 592; a saber, que los caminos y puentes construidos por particulares dentro de su propiedad privada eran de hecho caminos privados y, por tanto, no propiedad del estado, incluso si sus propietarios permitían su uso público. De este modo, el Código evitaba que estos propietarios desviaran recursos a la mejora de su propiedad rural privada, algo que el empobrecido estado de mediados del siglo XIX no se podía permitir. Sin embargo, la distinción que la Ley de 1920 hacía entre caminos de primera y segunda clase no duró mucho. En 1930 entró en vigor la Ley N° 4.851, Ley General de Caminos, que clasificaba los caminos públicos en internacionales, nacionales y regionales; los caminos nacionales, que unían las capitales de cada provincia con las principales vías navegables, y recibían financiación centralizada, mientras que las fuentes de financiación de los caminos regionales eran de carácter territorial. El artículo 22 del estatuto vial de 1930 también fue un paso más allá que la Ley de Caminos de 1920 al declarar de "utilidad pública", autorizando por ende su expropiación para

la construcción de caminos, no solo los terrenos municipales sino también los privados. Su reglamento complementario, el Decreto N° 2.190 de 1930, incorporó el recientemente promulgado Reglamento de Tránsito en los Caminos Públicos de 1928, el que buscaba disciplinar el entorno y las prácticas de los nuevos automovilistas mediante normas como la prohibición de estacionar vehículos en la calzada o la obligación de los propietarios de establecimientos comerciales de disponer de plazas de aparcamiento para sus clientes de forma que no obstaculizaran el tráfico cuando se detuvieran a utilizar sus servicios.

En este período, en cuanto a las reflexiones jurídicas sobre la vialidad y su rol dentro del derecho, cabe indicar que las ideas de Valentín Letelier y sus propias observaciones sobre la práctica administrativa inspiraron las enseñanzas sobre los servicios viales de Antonio Iribarren, profesor universitario y político del Partido Radical que ejerció como Vicepresidente de la República en 1946. En su manual de Historia del Derecho repasó, siguiendo de cerca a Letelier, los principales hitos históricos en esta materia⁴⁹, mientras que en sus clases de Derecho Administrativo dio cuenta de la creciente tecnificación de la legalidad en la era del "estado tecno-desarrollista" a través de sus conferencias sobre el contrato de obra pública y la concesión de obra pública⁵⁰.

Volviendo al aspecto institucional, la burocracia también se perfeccionó con la legislación de 1930, que reforzó las competencias de la ya existente Dirección General de Caminos. Esta línea de desarrollo institucional fue reforzada posteriormente por diversas normas tendientes a reorganizar la burocracia, ampliando y precisando sus facultades y atribuciones, en el marco de un Estado crecientemente activista o intervencionista⁵¹, en línea con lo ocurrido en las democracias occidentales del período de entreguerras y posguerra, empeñadas en utilizar el poder estatal para prevenir crisis de todo tipo y facilitar la interacción social. El Decreto con Fuerza de Ley N° 150 de 1953 y la Ley N° 15.840 de 1964 perfeccionaron aún más la estructura burocrática del Ministerio de Obras Públicas, mejorando gradualmente los instrumentos de regulación y gestión de las carreteras.

También se mejoraron los instrumentos presupuestarios para el desarrollo de la red

⁴⁹ IRIBARREN 1938, 156-160.

⁵⁰ IRIBARREN 1936, 85-94; 100-103.

⁵¹ ACKERMAN 1984.

viaria. En 1955, la Ley N° 11.828, sobre Empresas Productoras de Cobre de la Gran Minería, dispuso la existencia de un impuesto sobre la industria cuprífera para financiar la carretera de Santiago, la capital, a Arica, la ciudad más septentrional del país, y una carretera longitudinal meridional no especificada. Estas obras formaban parte de la construcción del tramo chileno de la Carretera Panamericana, una visionaria red de autopistas cuya realización se acordó en la V Conferencia Internacional Americana de 1923. En 1965, la Ley N° 16.255 modificó la anterior, estableciendo que una vez terminadas las obras de la llamada "Carretera Longitudinal", es decir, una carretera que discurriera de norte a sur, los mencionados fondos se destinarían a la construcción de varias carreteras transversales, es decir, que discurrieran de este a oeste.

He escogido el año 1969 para poner fin simbólicamente al período desarrollista porque en ese año la principal ruta terrestre que actualmente cruza el territorio de Chile continental y parte de su zona insular, desde Arica por el norte hasta Quellón en la isla de Chiloé por el sur, recibió la icónica denominación con que es conocida hoy, tan familiar para generaciones de chilenos que desde entonces han recorrido parte de su extenso trazado. Esto se debió al Decreto N° 556 de 1969, sobre Numeración de Caminos, firmado por el Presidente Eduardo Frei Montalva, quien en la década de 1940 se había desempeñado como Ministro de Obras Públicas y, en esa calidad, participó del inicio de la construcción de la carretera de Santiago a La Serena, el primer tramo pavimentado de la Carretera Panamericana chilena. El decreto de 1969 establecía que todos los caminos públicos del país debían tener un número, y distinguía entre caminos nacionales y regionales, reconociendo entre los primeros los caminos internacionales y los caminos longitudinales o norte-sur, así como los que unían las capitales de provincia con el camino longitudinal de Arica a Quellón o los que unían esas ciudades con aeropuertos o puertos donde la Línea Aérea Nacional o la Compañía Marítima Nacional, ambas empresas estatales, tuvieran estaciones de parada. El artículo 2.1.1. del decreto de 1969 reservó para los caminos longitudinales los números entre el 1 al 9; como únicamente existía una ruta terrestre de tales condiciones diseñada y en construcción, la Panamericana, le asignó el número 5, cifra situada exactamente a la mitad que, en teoría, permitiría nombrar otras cuatro carreteras longitudinales a su este y otras cuatro a su oeste. Así nació el concepto de la

"Ruta 5", tan conocido por los automovilistas y camioneros chilenos y por los pasajeros que viajan de sur a norte o de norte a sur por esta estratégica e importante vía terrestre.

Conclusión

Para concluir, conviene responder a las preguntas que la historia intelectual e institucional plantean sobre la trayectoria histórica de la legalidad vial chilena entre 1842 y 1969. ¿Cómo cambió el concepto de camino durante este período? ¿Y cómo se relacionaron los distintos regímenes históricos que existieron durante este período?

Al respecto, es posible concluir que el concepto de camino, en el período del "estado vial mínimo", estuvo asociado a la precariedad de sus condiciones materiales y la escasa mantención de su estado, lo que hacía que muchos caminos y senderos no estuvieran aptos para el tránsito de personas o vehículos durante una parte importante del año. Además de esta precariedad material, el camino también se caracterizaba conceptualmente por la falta de seguridad jurídica, existiendo la posibilidad constante de que los vecinos, en particular los que poseían grandes propiedades rurales, destruyeran los caminos públicos incorporándolos a sus tierras o los alteraran de otra manera en su propio beneficio, a costa del interés público. En este régimen histórico, la legalidad era débil y difícil de aplicar sobre el terreno. En cuanto a sus estructuras epistémicas de apoyo, había pocas personas capacitadas profesionalmente para emitir juicios sobre la mejor forma de gestionar el territorio. Financieramente, las cosas no eran diferentes; no había presupuestos nacionales para atender las necesidades locales, que debían satisfacerse con sumas marginales de recaudación irregular que financiaban escasas obras de mantenimiento y reparación.

En una segunda etapa, de "estado vial proto-desarrollista", asistimos a un esfuerzo de la autoridad por crear una estructura e instituciones centralizadas para diseñar y gestionar la construcción de obras de infraestructura pública. Este período coincide no solamente con una creciente capacidad presupuestaria por parte del estado sino también con la renovada prioridad política que se le asigna a la modernización de la infraestructura nacional expresada en la creación de una autoridad ejecutiva a cargo del sector, el Ministerio de Industria y Obras Públicas, y un aparato administrativo específicamente dedicado a la planificación y

ejecución de proyectos, la Dirección de Obras Públicas. En aquella época, el estado ya había adquirido los conocimientos y la experiencia necesarios para realizar grandes obras públicas, utilizando nuevas tecnologías cada vez más resistentes. De este modo, el concepto de camino se fue modificando paulatinamente, "allanando el camino", al nuevo concepto que cobrará protagonismo en el tercer régimen histórico, la "carretera" o "autopista", correlato local de la *Autobahn* alemana y la *highway* norteamericana.

En efecto, en la fase histórica del "estado vial tecno-desarrollista", un estado "sobre ruedas" que coincidió con el surgimiento del "legislador motorizado" schmittiano, adquiere protagonismo, como una variedad o especificación de lo vial que paulatinamente adquiere estatus paradigmático, el concepto de "carretera", entendido en el sentido en que lo comprendemos hoy: una ruta pavimentada, integrada en una red interconectada de tales trazados viales, creada por una eficiente autoridad administrativa encargada de su mantenimiento y seguridad, orientada a satisfacer las necesidades del transporte motorizado, reduciendo las distancias entre núcleos urbanos y otros centros económicos y asentamientos poblacionales, y facilitando así un tipo de integración nacional que es perceptible para los ciudadanos a diario.

Cabe señalar en este punto que el desarrollo histórico del derecho vial chileno entre los siglos XIX y XX y su relación con los procesos de densificación institucional administrativa y de perfeccionamiento tecnológico se asemeja ampliamente al de otros países del Cono Sur americano durante el mismo período. En general, la escasez material y la debilidad institucional del siglo XIX dieron paso en las primeras décadas del siglo XX a un esfuerzo acelerado por parte de agentes estatales, vanguardias ingenieriles y el público automovilista, muchas veces con el apoyo de gobiernos populistas o autoritarios en busca de legitimidad popular, por crear redes viales pavimentadas que integraran mercados y poblaciones en los diversos rincones del territorio mediante el transporte motorizado. Este fue el caso de Argentina, donde la creación de una Dirección Nacional de Vialidad en 1932 mediante una Ley de Vialidad permitió una creciente tecnificación de la planificación y gestión estatal de las carreteras⁵². En Perú, en cambio, el mismo esfuerzo de integración del

territorio nacional con fines de modernización condujo a una legislación que, ante las restricciones presupuestarias, estableció la obligación de que los habitantes de los territorios contribuyeran al mantenimiento de las carreteras con su trabajo personal o con un pago en efectivo, haciendo recaer en la práctica esta obligación solo sobre campesinos y trabajadores rurales, muchas veces de ascendencia indígena y por lo tanto expuestos a las presiones de una acelerada asimilación cultural⁵³. En términos generales, en las primeras décadas del siglo XX, el desarrollo tecnológico de Estados Unidos, tanto por su industria automotriz en constante evolución como por su creciente capacidad en materia de diseño y técnicas de construcción de carreteras, hizo de este país un modelo para los proyectos latinoamericanos de integración nacional a través de redes viales y un centro de promoción de iniciativas viales de alcance inter-americano⁵⁴. La celebración de numerosos Congresos Panamericanos de Vialidad y Transporte a partir de la década de 1920 difundió aún más las ideas rectoras, las tecnologías constructivas y las estrategias de acción estatal norteamericanas en materia vial, y contribuyó a consolidar el proyecto de construcción de una Carretera Panamericana, cuya convención internacional se firmó en 1936, comprometiendo a sus firmantes, entre ellos Chile, a financiar la construcción y mantenimiento de las partes de la carretera que atravesaran sus territorios; algo que, como vimos en la Introducción, recién se logró en el caso de este país en 1968.

En síntesis, los tres regímenes históricos de la legislación vial chilena que existieron entre 1842 y 1969 mostraron algunos cambios en el repertorio de estrategias de acción estatal como resultado del creciente fortalecimiento de las capacidades administrativas, presupuestarias y técnicas del estado. Sin embargo, se observa una relación de continuidad y aprendizaje entre ellas, tanto sobre la base de lo que se quiso y no se pudo lograr en cada una de estas etapas, como sobre lo que efectivamente se logró y construyó en los períodos anteriores, facilitada por una cierta continuidad, particularmente entre los últimos dos períodos, en las ideas rectoras básicas de lo que el estado debía hacer en materia vial.

Solo los cambios en el derecho vial chileno que tuvieron lugar entre principios de los años 80 y mediados de los 90 del siglo XX

⁵² BALLENT 2008.

⁵³ MEZA 2009.

⁵⁴ BOOTH 2013, xxv-xxvi.

llevaron a un rechazo sustantivo del consenso de los períodos inmediatamente anteriores. La historia de la legalidad caminera chilena no experimentó desarrollos significativos durante los convulsos años de la Unidad Popular (1970-1973) ni tampoco en los primeros años tras el golpe de 1973. Recién en la década de 1980 se llevaron a cabo algunas reformas legales significativas en materia de infraestructura pública, enmarcadas en el profundo cambio de paradigma en la economía política chilena propugnada por el régimen militar (1973-1990). En la terminología del propio gobierno, la Constitución de 1980, inspirada en la doctrina social de la Iglesia, creó un "estado subsidiario" en que la autoridad pública se limita a llevar a cabo aquellas iniciativas requeridas por el bien común que los individuos no pueden realizar por sí mismos. Desde entonces, constitucionalistas de distinto signo ideológico y enfoque interpretativo han debatido si este texto fundamental establece realmente límites infranqueables a la intervención estatal en la propiedad y el mercado, o si es susceptible de una interpretación expansiva de las potestades estatales por parte del legislador, la administración y la judicatura⁵⁵.

En 1981, una modificación legislativa autorizó a que las obras públicas, que según la normativa hasta entonces vigente solo podían ser ejecutadas directamente por el estado y con sus propios recursos, fueran sometidas a licitación pública nacional o internacional. Dos años después, un decreto con fuerza de ley estableció un estatuto regulador para la concesión de obras públicas⁵⁶. Estos cambios legales, sin embargo, no fructificaron sino hasta mediados de la década de 1990, en un nuevo contexto político y económico global y nacional, marcado por la continuidad fundamental de las políticas públicas del régimen militar por parte de los gobiernos de centroizquierda de la Concertación de Partidos por la Democracia (1990-2010). Es verdaderamente en este momento que surgió un nuevo régimen histórico del "estado vial subsidiario", basado en una estrategia de acción estatal, la concesión de obras públicas a privados, propia del período del "estado vial mínimo", que, a pesar de su apariencia "anacrónica" desde el punto de vista de una comprensión lineal y progresiva de la historia de la legalidad estatal y de la economía política, permitió un nivel

de expansión en kilómetros y mejoramiento en la calidad de la red vial sin precedentes en la historia de Chile⁵⁷, concretando finalmente el sueño de integración vial nacional al que autoridades y ciudadanía aspiraban desde los inicios de la República.

Significativamente, dos de las sentencias más estudiadas del Tribunal Constitucional chileno en materia de regulación económica en la década de 1990, conocidas habitualmente como "Publicidad Caminera" I y II, Sentencias TC Rol N° 146 (1992) y N° 167 (1993) respectivamente, resolvieron en un sentido favorable a la actividad económica una discusión sobre la constitucionalidad de limitar mediante la ley la publicidad comercial en grandes carteles ubicados en terrenos colindantes con autopistas, limitación motivada por el interés estatal en disminuir el riesgo de accidentes de tránsito por distracciones u obstáculos visuales creados por vallas publicitarias muy cercanas a la carretera⁵⁸. La posibilidad de "monetizar" la cercanía de un terreno con una ruta vial pasó así a ser uno de los derechos judicialmente declarados del "estado vial subsidiario". Asimismo, hoy uno de los tantos movimientos sociales o corrientes de opinión organizadas que han aparecido en los debates públicos chilenos corresponde al movimiento "No más TAG" (<https://www.nomastag.cl>), que reclama contra la existencia en las autopistas urbanas vías de un sistema que cobra por circular por ellas empleando dispositivos digitales, los "TAG", que los usuarios deben arrendar a un proveedor privado, situación que califican como una "privatización" de la vialidad en la ciudad. Estos debates son historiográficamente valiosos, pues representan verdaderos "signos de los tiempos", eventos representativos, si es que no característicos, de la etapa histórica del "estado vial subsidiario" que nos permiten adentrarnos en su "espacio de experiencia" y su "horizonte de expectativas".

Bibliografía citada

- ACKERMAN, B. (1984). *Reconstructing American Law*. Harvard University Press.
- AMUNÁTEGUI, J. D. (1907). *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislacion de Chile*. Imprenta Barcelona.
- BAEZA, A. (2010). *Enlightenment, education, and the republican project: Chile's Instituto Nacional (1810-1830)*. *Paedagogica Historica* (46), 479-493.
- BALLENT, A. (2008). *Ingeniería y Estado: La red nacional de caminos y las obras públicas en la Argen-*

⁵⁵ FERNANDOIS 2006, 89-109; GARCÍA Y VERDUGO 2015; LAGOS 2020; LOO 2009; QUINTANA 2014; SEPULVEDA 2023; VALLEJO 2016; VARELA 1989; VIERA 2010.

⁵⁶ IBARRA-CORONADO 2011, 189-190.

⁵⁷ DRESNER 2016.

⁵⁸ FERNANDOIS 2006, 140-156, 173-178.

- tina, 1930-1943. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* (15), 827-847.
- BAÑADOS, J. (30 de abril de 1889). Proyecto de Plan de Estudios para la Facultad de Leyes, presentado por el señor Ministro de Instrucción Pública. *Diario Oficial de la República de Chile*, 941-942.
- BOOTH, R. (2013). Santiago Marín Vicuña y el debate sobre la transformación de los caminos de Chile en la década de 1920. En S. MARÍN VICUÑA, *Los caminos de Chile y la modernización de la vialidad* (ix-xlvi). DIBAM.
- BRAUDEL, F. (1984). *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII. Las estructuras de lo cotidiano: Lo posible y lo imposible*. Alianza Editorial.
- CÁMARA DE SENADORES (1908a). Sesión 11a, en 13 de julio de 1842. Sesiones de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile. 1811 a 1845 (31), 38-50.
- CÁMARA DE SENADORES (1908b). Sesión 32a, en 16 de agosto de 1843. Sesiones de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile. 1811 a 1845 (33), 422-431.
- CARRASCO, M. (1858). *Comentarios sobre la Constitución política de 1833*. Imprenta y Librería del Mercurio.
- COLLIER, S., y SATER, W. (2004). *A History of Chile, 1808-2002*. Cambridge University Press.
- COLLINS, R. (2002). *The Sociology of Philosophies: A Global Theory of Intellectual Change*. Harvard University Press.
- DRESDNER, R. (Ed.). (2016). *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*. Ministerio de Obras Públicas.
- EGAÑA, J. (1813). Proyecto de una constitución para el estado de Chile: Que por disposición del alto Congreso escribió el senador d. Juan Egaña en al año de 1811 y que hoy manda publicar el Supremo Gobierno: Le precede el proyecto de declaración de los derechos del pueblo de Chile, modificado según el dictámen consultado por orden del mismo Gobierno. Imprenta del Gobierno.
- ENGEL, E., FISCHER, R., y GALETOVIC, A. (2001). El programa chileno de concesiones de infraestructura: Evaluación, experiencias y perspectivas. En F. LARRAÍN y R. VERGARA (Eds.), *La transformación económica de Chile vol. 2* (201-245). Centro de Estudios Públicos.
- FERNANDOIS, A. (2006). *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (2a ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA, J. F., y VERDUGO, S. (2015). Subsidiariedad: Mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional. En *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado* (205-225). Instituto de Estudios de la Sociedad.
- HOLMES, O. W. (1881). *The Common Law*. Little, Brown, and Company.
- HUNEUS, J. (1891). *Obras de Don Jorge Huneus. La Constitución ante el Congreso vol. 2*. Imprenta Cervantes.
- IBARRA-CORONADO, R. (2011). La Ley de Concesiones de Obras Públicas chilena en el tiempo. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* (19), 183-221.
- IRIBARREN, J. A. (1936). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Apuntes de clases revisados por el profesor. Editorial Nascimento.
- IRIBARREN, J. A. (1938). *Historia General del Derecho*. Editorial Nascimento.
- KOSELLECK, R. (1993). *Futuro pasado: Para una semántica de los tiempos históricos*. Paidós.
- LAGOS, A. (2020). El vilipendiado "principio de subsidiariedad" en Chile: Antología de malentendidos. *Revista Derecho Público Iberoamericano* (16), 69-105.
- LASTARRIA, J. V. (1846). *Elementos de Derecho Público Constitucional Teórico, Positivo i Político*. Imprenta Chilena.
- LETELIER, V. (1907). *Apuntaciones de derecho administrativo*. Imprenta i Encuadernacion Chile.
- LETELIER, V. (1917). *Génesis del estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del derecho público*. Hume y Walker.
- LOO, M. (2009). La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de derecho (Valparaíso)* (33), 391-426.
- MEZA, M. (2009). *Caminos, campesinos y modernización vial en el Perú. Debate político y aplicación de la Ley de Conscripción Vial en el Perú, 1900-1930*. En D. LEÓN, A. LOAYZA, y M. GARFIAS (Eds.), *Trabajos de Historia. Religión, cultura y política en el Perú, siglos XVII-XX* (165-186). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- MINISTERIO DE JUSTICIA É INSTRUCCIÓN PÚBLICA (1889). *Plan de estudios superiores de Ciencias Físicas y Matemáticas*. *Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno* (58), 73-79.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (1842). *Sesiones Estraordinarias de Congreso. Boletín de las Leyes y de las Órdenes y Decretos del Gobierno* (10), 275-277.
- MONTT, S. (2004). Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (13), 65-122.
- ORREN, K., y SKOWRONEK, S. (2004). *The Search for American Political Development*. Cambridge University Press.
- PARADA, J. (2011). La Profesión de Ingeniero y los Anales del Instituto de Ingenieros de Chile, 1840-1927. En *Anales del Instituto de Ingenieros de Chile: Ingeniería y Sociedad 1889-1929* (ix-lxxvii). DIBAM.
- POCOCK, J. G. A. (1971). Languages and their implications: The transformation of the study of political thought. En *Politics, Language, and Time: Essays on Political Thought and History* (3-41). Atheneum.
- POLANYI, K. (1997). *La gran transformación: Crítica del liberalismo económico*. La Piqueta.
- PRADO, S. (1859). *Principios elementales de derecho administrativo chileno. Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan i las teorías de varios autores*. Imprenta Nacional.
- QUINTANA, A. (2014). El principio de subsidiariedad. *Revista de Derecho Público* (80), 125-136.
- SAGREDO, R. (Ed.). (2011). *Anales del Instituto de Ingenieros de Chile: Ingeniería y Sociedad, 1889-1929*. DIBAM.
- SANHUEZA, C. (2018). *Por los caminos del valle central de Chile: El sistema vial entre los ríos Maipo y Mataquito (1790-1860)*. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana.
- SCHMITT, C. (1950). *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*. Internationaler Universitäts-Verlag.

- SCOTT, J. (1998). *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- SEPÚLVEDA, O. (2023). El principio de subsidiariedad de la doctrina social de la Iglesia en la Constitución Política de Chile de 1980. *Proyección. Teología y Mundo Actual* (290), 271-287.
- SKINNER, Q. (1969). Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory* (8), 3-53.
- SKOWRONEK, S. (1982). *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*. Cambridge University Press.
- SKOWRONEK, S. (1993). *The Politics Presidents Make: Leadership from John Adams to Bill Clinton*. Harvard University Press.
- STEHBERG, R., y SOTOMAYOR, G. (2012). Mapocho incaico. *Boletín del Museo Nacional de Historia Natural* (61), 85-149.
- STEHBERG, R., SOTOMAYOR, G., y CERDA, J. C. (2016). Mapocho incaico norte. *Boletín del Museo Nacional de Historia Natural* (65), 109-135.
- STEIN, L. von. (1870). *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland: Als Grundlage für Vorlesungen*. J. G. Cotta'sche Buchhandlung.
- TORRES, A. (2015). Régimen jurídico de los caminos públicos en Chile. Editorial Metropolitana.
- VALLEJO, R. (2016). La Constitución Económica chilena: Un ensayo en (de)construcción. *Estudios constitucionales* (14), 247-290.
- VARELA, J. (1989). Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980. *Revista Chilena de Derecho* (16), 379-390.
- VERGARA, A. (1997). Tres problemas actuales sobre bienes del dominio público: Caminos privados de uso público; subsuelo de bienes públicos; y acceso a playas de mar y a orillas de ríos y lagos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (18), 423-434.
- VERGARA, A. (2019a). Afectación presunta de caminos públicos: El efecto del uso público prolongado en la transmutación de propiedades inscritas. En J. ARANCIBIA & P. PONCE (Eds.), *El Dominio Público*. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2018) (pp. 173-205). Tirant Lo Blanch.
- VERGARA, A. (5 de julio de 2019b). El Mercurio Legal. Caminos públicos, uso público y transmutación de la propiedad. Evolución jurisprudencial. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=907602&Path=/0D/D9/>
- VIERA, C. (2010). La interpretación del principio de subsidiariedad en la constitución chilena: Una mirada crítica a su fundamento en la doctrina social de la Iglesia. *Revista de Ciencias Sociales* (58), 35-88.
- Constitución Política del Estado de Chile (1822). Título VI, Capítulo II, De los Cabildos. 30 de octubre de 1822.
- Constitución Política del Estado de Chile (1823). Art. 182. 28 de diciembre de 1823.
- Constitución Política de la República de Chile (1828). Art. 122. 6 de agosto de 1828.
- Constitución Política de la República de Chile (1833). Art. 128. 22 de mayo de 1833.
- Decreto s/n de 1835. Ministerio de Hacienda. Sobre caminos entre Coquimbo y Argentina. 22 de enero de 1835.
- Ley s/n de 1835. Faculta al Presidente para promover construcción de Caminos. 2 de septiembre de 1835.
- Ley s/n de 1841. Prorroga por cuatro años autorización a Presidente para promover construcción de Caminos. 10 de noviembre de 1841.
- Ley s/n de 1842. Caminos, Canales, Puentes y Calzadas. 17 de diciembre de 1842.
- Ley s/n de 1854. Organización y Atribuciones de las Municipalidades. Art. 26. 8 de noviembre de 1854.
- Código Civil de la República de Chile. Artículos 589 y 592. 14 de diciembre de 1855.
- Ley s/n de 1887. Departamentos de Estado y otros cargos públicos. Art. 8. 21 de junio de 1887.
- Ley s/n de 1888. Dirección de Obras Públicas. 26 de enero de 1888.
- Decreto s/n de 1889. Plan de estudios superiores de Ciencias Físicas y Matemáticas. 11 de enero de 1889.
- Ley N° 3.611 de 1920. Ley de Policía y Rentas de Caminos. 5 de marzo de 1920.
- Ley N° 4.851 de 1930. Ley General de Caminos. 10 de marzo de 1930.
- Decreto N° 2.190 de 1930. Reglamento de la Ley General de Caminos. 21 de agosto de 1930.
- Decreto N° 1.211 de 1928. Reglamento de Tránsito por los Caminos Públicos. 2 de mayo de 1928.
- Convención sobre la Carretera Panamericana. 23 de diciembre de 1936.
- Decreto N° 150 de 1953 [con fuerza de ley]. Establece la organización y fija las atribuciones del Ministerio de Obras Públicas y servicios dependientes. 4 de julio de 1953.
- Ley N° 11.828 de 1955. Fija disposiciones relacionadas con las empresas productoras de cobre de la Gran Minería y crea el Departamento del Cobre. 3 de mayo de 1955.
- Ley N° 15.840 de 1964. Aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas. 2 de noviembre de 1964.
- Ley N° 16.255 de 1965. Modifica la Ley N° 11.828, de 1955. 13 de mayo de 1965.
- Decreto N° 556 de 1969. Deroga Decreto N° 768, de 1966, y establece normas para la numeración de caminos. 13 de junio de 1969.
- Decreto N° 900 de 1996. Ministerio de Obras Públicas. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. 31 de octubre de 1996.
- Decreto N° 850 de 1997 [con fuerza de ley]. Ministerio de Obras Públicas. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960. Título III, De los Caminos Públicos. 12 de septiembre de 1997.

Normativa citada

- Constitución Política de la Monarquía Española (1812). Art. 321. 19 de marzo de 1812 (España).
- Constitución Provisoria para el Estado de Chile (1818). Capítulo VI, De los Cabildos. 23 de octubre de 1818.
- Decreto s/n de 1820. Bernardo O'Higgins, Director Supremo. Ancho de las calles y caminos. 24 de noviembre de 1820.

Decreto N° 1 de 2007 [con fuerza de ley]. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito. 27 de diciembre de 2007.

Jurisprudencia citada

Treinta diputados en ejercicio con Ministerio de Obras Públicas ("Publicidad Caminera" I): Tribunal Constitucional, 21 de abril de 1992 (Rol

N° 146). [Requerimiento de inconstitucionalidad de decreto supremo].

Treinta diputados en ejercicio con Ministerio de Obras Públicas ("Publicidad Caminera" II): Tribunal Constitucional, 6 de abril de 1993 (Rol N° 167). [Requerimiento de inconstitucionalidad de decreto supremo].

Protección jurisdiccional de los administrados: El exceso de poder [texto de 1961]¹

José A. Rodríguez Elizondo²

[9]

Introducción

1. No son pocos los filósofos y juristas que se han detenido perplejos ante el espectáculo que les ofrece la sociedad contemporánea desde el ángulo de su organización jurídica. Por una parte, no pueden dejar de pensar en la conveniencia que representa la existencia de Parlamentos, Presidentes, Tribunales; pero por otra, no pueden cerrar los ojos ante el hecho palpable de que tal organización, al conferir a unos hombres más poder que a otros, es causa de múltiples conflictos.

La vida humana, bajo la tutela de un Estado, se ha desarrollado dentro de un incómodo marco: el hombre, en virtud de sus impulsos gregarios, se ve forzado a asociarse con otros hombres, y, del hecho de la asociación, surge ineludible la necesidad de establecer autoridades, pero las autoridades que han surgido, rara vez han comprendido lo impersonal y desinteresado de su misión, rara vez han comprendido que ella obedece a un imperativo utilitario del grupo.

Claramente expresa esto Ortega y Gasset *al. decir* en uno de sus ensayos que “rige inexorable la paradoja de que siendo la sociedad humana una suma de individuos, lo que de ella emana no depende de éstos, sino que, al revés, los tiraniza”³.

El Estado, la Autoridad y el Abuso de la Autoridad, caminan indisolublemente unidos desde su nacimiento. Testimonio de ello nos llega abundante a través de todos aquellos hombres de talento que supieron expresar doloridos tan pesadosa verdad.

Tentados nos hemos sentido de atribuir la causa del fenómeno a la propia naturaleza humana, y a hablar del “hombre malo por naturaleza”, en lugar de aquel buen hombre de Rousseau. La experiencia parece demostrar que el hombre tiende a abusar de sus semejantes siempre que disponga de la fuerza suficiente para imponer sus decisiones.

Pero, en verdad, el hombre no es ni bueno ni malo; solo es hombre en el pleno sentido vivencial de la palabra. Por lo tanto, no se pueden usar jurídicamente tales evaluaciones subjetivas de su conducta. Por otra parte, hay que reconocer que la sociedad no se ha conformado nunca con el estado de cosas que hemos mencionado; jamás ha considerado consustancial a la autoridad el abuso. Prueba de ello son las incesantes búsquedas de sistemas de gobiernos, y las incesantes modificaciones de las leyes, con el fin de controlar las extralimitaciones del Poder.

La sociedad, una vez convencida de la necesidad de darse autoridades, solo pensó en controlarlas, y los medios para ello variaron en conformidad a los estadios culturales de los distintos países. [10]

Como primera providencia, fueron perfeccionando la manera de elegir a los gobernantes, recorriendo la extensa gama que va desde el asesinato político hasta la elección democrática. Los abusos de las autoridades redundaron en un sano incentivo para los subordinados: el de elegirlos mejor. De tal modo, cambiaron al más fuerte por el más anciano, al más anciano por el más sabio, al que contaba con la aprobación de una minoría por aquél que tenía la mayoría a su favor.

Paralelamente fue evolucionando el sistema de control de los actos de las autoridades, en razón directa con la mayor injerencia del pueblo en su elección. Mientras el gobernante tuvo que rendir cuenta de sus actos solo a

¹ Republicamos, específicamente en nuestra sección dedicada a la Historia del Derecho administrativo para darle más visibilidad, la Introducción, el capítulo final, las conclusiones y bibliografía de la Memoria de Prueba de Jorge Rodríguez Elizondo (1961). *Protección jurisdiccional de los administrados (El Exceso de Poder)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, como un aporte a la discusión de la inexistencia de los tribunales contenciosos administrativos en dicha época.

² Licenciado en la Universidad de Chile; abogado, diplomático e internacionalista chileno; galardonado en 2021, con el “Premio Nacional de Ciencias Sociales y Humanidades”.

Actualmente es director del Programa de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde ha ejercido como docente desde 1993

³ José ORTEGA Y GASSET, *El poder Social*, Obras Completas, t. III, 4.a. ed., pág. 488

Dios, sus abusos fueron frecuentes, ya que la categoría celestial de su representado le hacía perder la perspectiva necesaria y terrenal de sus actos.

2. Por supuesto que los excesos no desaparecieron con el Estado moderno, pero sí se atenuaron. A mayor control menor abuso, pero abuso, al fin y al cabo.

Es que, en último término, este problema no es sino el trasunto de otro que se encuentra en las bases mismas del Derecho Público: en toda sociedad jurídicamente organizada se ha planteado el problema de la autoridad contra la libertad, aspecto más profundo de la pugna entre gobernantes y gobernados, La evolución del Derecho Público se podría resumir como un intento de conciliación entre las prerrogativas de los primeros y los derechos de los segundos.

En la raíz del problema se encuentran elementos constantes, tales como autoridad, prerrogativas, poderes, libertades, y que nos incitan a inquirir por ellos. Un intento de respuesta acerca del juego de estos elementos no podría permanecer encerrado entre las paredes de una disciplina jurídica determinada. En efecto, al preguntarnos el porqué de la obediencia a la Autoridad, estamos cuestionando sensiblemente la razón de la obediencia al propio Derecho, puesto que se obedece a la Autoridad porque esa es la conducta jurídicamente obligada, Dar otra respuesta; decir por ejemplo que obedecemos a la Autoridad porque ella es la detentadora de la fuerza, significaría introducir al campo normativo motivaciones extrajurídicas, y desconocer que en la norma jurídica se manifiesta una forzosidad de conducta, un deber ser intrínseco, del que carece la simple coacción.

¿Por qué se obedece al Derecho?

Kelsen, encerrándose en un círculo normativo lógico-formal, respondería diciendo que el Derecho se debe obedecer, porque a partir de la norma hipotética que ordena sujeción a la voluntad del primer legislador, las normas inferiores van implicándose recíprocamente en relaciones de validación.

Pero, si bien la obediencia al Derecho se puede explicar normativamente dentro del sistema de normas, se requiere otra explicación cuando se pregunta por la validez del sistema integro, incluyendo la norma hipotética primaria. Entonces aparece con cierta evidencia que el Derecho se obedece porque vale axiologicamente, porque es un bien, un objeto

cargado de valor, Existe un querer humano en la cúspide del ordenamiento. [11]

Mas, el Derecho así concebido, no es un bien cualquiera; pertenece a la clase especial de los bienes instrumentales, de aquellos que sirven para facilitar la realización de otros valores, como la justicia, el orden, la moral, la seguridad. Entre los valores de posible realización a través del Derecho solo existe uno que encuentra en éste la condición suficiente y necesaria de su existencia: la seguridad jurídica. Sin Derecho no hay seguridad jurídica, y la seguridad jurídica no se puede dar si no es a través del Derecho.

La seguridad jurídica se puede caracterizar diciendo que es la situación en que se encuentra una persona que mantiene relaciones con su medio, cuando sabe que esas relaciones se encuentran previstas por un estatuto objetivo, conocido y observado⁴. No significa esto que el individuo se sienta seguro de la realización de la justicia a través de ese estatuto, o de la realización de otros valores, sino que en un caso dado sabrá a qué atenerse, pues habrá una configuración predeterminada de cualquier conducta jurídica.

Esta seguridad jurídica tiene entonces dentro del Derecho el sumo rango axiológico, pues sin ella no sería posible normalmente, "seguramente", la realización de todos los demás valores. Dada la condición humana, solo dentro de un ordenamiento jurídico que suponga la seguridad de su acatamiento se puede dar el campo propicio. Por eso mismo, es posible que exista un supeditamiento de todos los demás valores al valor seguridad jurídica; así, se puede privar a una persona de su libertad, para asegurar la libertad de otras personas, y esa libertad coartada, contemplada en el ordenamiento, debe ceder ante la jerarquía de la seguridad jurídica.

Lo expresado nos aclara numerosas situaciones jurídicas, especialmente de Derecho Público, pues aparece clara la razón que impulsa a desdeñar las situaciones particulares cuando aparecen en pugna con el interés de la colectividad, Pero, además, emana de lo dicho la necesaria sujeción del Estado al Derecho, y esto es de extrema importancia como fundamento de toda la tesis que se expondrá en este trabajo.

En efecto, ¿qué seguridad podría existir si el Estado, realizador del Derecho por exce-

⁴ V. Jorge MILLAS. *Filosofía del Derecho*, apuntes, de clases Santiago. 1957 t. II, pág. 97.

lencia, no se hallara obligado por sus disposiciones?

La seguridad jurídica implica básicamente la vinculación del Estado al Derecho, y de ella emana aquella fase en que el Derecho aparece como una limitación de las esferas del Poder.

En resumen, se debe obediencia a la Autoridad porque así lo preceptúa el Derecho, y se debe obediencia al Derecho porque solo así se asegura la realización de toda la gama axiológica dentro de la sociedad y porque la misma Autoridad se encuentra obligada a respetar el Derecho.

Aceptado esto, se hace necesario encontrar los medios que sirvan para controlar esa sujeción de la Autoridad al Derecho.

3. El Poder, a través de sus diversos períodos se fue haciendo más controlable. En el grado evolutivo correspondiente al Estado de Derecho, vale decir, en el ideal de Estado [12] contemporáneo, se distinguen dos grandes sistemas de control, aquél en virtud del cual no se hace distinción entre autoridades y subordinados, aplicándose a ambos el Derecho en igualdad de condiciones, y aquél que reconoce la primacía del organismo público, y elabora un tipo especial de Derecho para él. Para el primer sistema rigen los controles comunes, y para el segundo, controles especiales.

Pero sucede que, dadas las condiciones del Estado contemporáneo, consideradas las finalidades que la Política le va imponiendo, no es dable pensar en el primer sistema. El Estado contemporáneo ha dejado de ser el apacible vigilante con una misión de simple tutela social; sus actividades son múltiples y sus funciones exceden inconmensurablemente las posibilidades de un particular. Por lo tanto, a distinta responsabilidad, es obvio que debe corresponder un distinto sistema jurídico. Así, se dice que el Derecho Público actual consagra en todas sus fases el régimen de la desigualdad jurídica entre autoridades y particulares; y ello es efectivo en razón de lo mencionado.

Es el Derecho Administrativo el que ha dirigido la evolución en tal sentido. Tímidamente al comienzo, y con resolución después, se ha dado a la tarea de determinar las prerrogativas de las autoridades, las garantías de los administrados, la manera de controlar los actos de las primeras, y la forma de hacer efectiva su responsabilidad.

Diversas instituciones jurídicas han ido así haciendo su aparición; contralores de juridici-

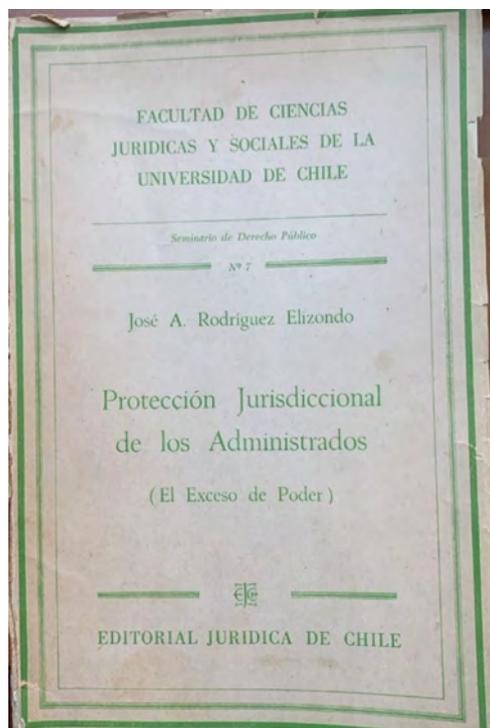
dad, tribunales especiales, recursos administrativos, responsabilidad de la Administración. Esto porque la consagración de un sistema de desigualdad jurídica no significa la institucionalización de la arbitrariedad.

El trabajo en tal sentido está terminando de empezar. Muchos actos del Estado se resisten a ser controlados, la responsabilidad estatal todavía no desenvuelve plenamente su capacidad de expansión y numerosos vicios políticos interfieren el camino del Derecho. Pero el Derecho Administrativo no está estancado, y le queda mucho camino recorrer. Recordemos que no están lejanos los tiempos en que la doctrina aceptaba aquella ley alemana que decía: "la Gestapo toma decisiones y trata sus asuntos sin control de tribunales administrativos".

4. El campo de estudio relativo a las garantías de los administrados es vastísimo, y en muchas partes inexplorado, Nuestra tesis pretende insistir e investigar en uno de sus puntos fundamentales: el de la protección jurisdiccional, y, más específicamente aún, en la protección derivada de la existencia de un contencioso anulatorio de los actos de la Administración.

El Derecho Administrativo es probablemente una de las disciplinas jurídicas en que sea más de temer la dispersión. La no decantación de muchos de sus problemas es causa, a menudo, de una expansión investigativa que atenta contra la calidad del trabajo realizado. Por ello no conviene introducirse a su temática sin una sólida base de sustentación. En nuestro caso, más que referirnos a un abstracto contencioso de anulación, hemos considerado preferible estudiar un contencioso de anulación concreto: el recurso por exceso de poder. A partir de él, separando los principios generales, [13] hemos tratado de dar una visión del problema más amplia de la nulidad de los actos administrativos.

Por lo mismo, no debe ser motivo de extrañeza el que hayamos prescindido de la numerosa bibliografía especializada sobre el recurso por exceso de poder, Si partimos reconociendo que por medio de él intentamos estudiar el recurso de anulación en general, se comprenderá que para ello no nos sea de estricta utilidad la copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ni las meticulosas monografías referentes a ella. Al contrario, en materia de fuentes, hemos pretendido sintetizar las diversas doctrinas. Reconociendo la imprescindible necesidad del material francés, hemos utilizado también, de preferencia, fuen-



tes americanas, italianas y españolas; de su estudio comparado, el investigador acucioso tiene mucho que extraer.

El plan de este trabajo, en conformidad a las ideas expresadas será el siguiente:

Una primera parte estará destinada a establecer las bases necesarias del contencioso anulatorio, concebido genéricamente.

En la segunda parte, sirviéndonos de los motivos de anulación contenidos en el exceso de poder, examinaremos los vicios que afectan a cada elemento del acto administrativo. Una teoría de las nulidades administrativas, a nuestro juicio, debería seguir idéntico camino.

La tercera parte estará dedicada al estudio del exceso de poder desde un punto de vista dinámico; es decir, considerado como medio de la impugnación de los actos ilegales que se ejerce ante tribunales especializados.

La parte final la destinaremos a hacer una recapitulación de los conceptos expresados, considerando el caso especial de nuestro país. Veremos cómo se dan ampliamente las condiciones estimadas necesarias para la implantación de un contencioso anulatorio, y sugeriremos las medidas a tomarse para hacerlo realidad.

En definitiva, las garantías más sólidas para los administrados están representadas por una teoría que señale claramente cuándo

un acto administrativo es nulo, y por un recurso que sirva para dinamizar la teoría.

Señalar ambos aspectos es la pretensión de nuestro trabajo.

5. No podríamos concluir estas palabras introductorias sin reconocer una deuda. Este trabajo —y el mérito que pudiera encontrarse— tienen un acreedor: se debe a las enseñanzas y al estímulo constante de nuestro profesor, señor Enrique Silva Cimma. Ha sido él quien, facilitándonos fuentes de difícil acceso, aconsejándonos oportunamente o contagiándonos con su fervor por los estudios administrativos, ha despertado nuestra curiosidad por el ramo.

Vayan para él los más sinceros agradecimientos. [14] (...)

[137] [6. Explicación del problema]

En nuestro país, por no existir con caracteres generales un sistema contencioso administrativo, no es posible estudiar soluciones positivas o jurisprudenciales específicas. Casi todos los problemas que promueve el contencioso anulatorio son ajenos a nuestro ordenamiento, debido principalmente a la calidad de programática que aún mantiene la disposición del artículo 87 de nuestra Constitución. El problema de los fallos y su cumplimiento se plantea en nuestro país en relación con el Fisco, y en vía jurisdiccional ordinaria⁵.

Resumiendo, podríamos decir que, por el momento, el cumplimiento de una sentencia que condena a la Administración está más en el campo de la ética, de la cultura cívica y política, que en el Derecho. Su plena vigencia solo es dable donde exista el sentimiento colectivo del mérito axiológico que encierra la sumisión al Derecho tanto por parte de la Administración como de los administrados. Como dice Aparicio Méndez, refiriéndose al Derecho, "en esta como en todas las disciplinas, llegamos siempre a la misma conclusión. La técnica, como medio para obtener un fin, no puede superar el orden natural, y el orden natural cuando se trata del Derecho, está identificado sustancialmente con el hombre. La realidad del Derecho dependerá necesariamente más

⁵ Cabe hacer notar que existen disposiciones aisladas, especialmente en la legislación municipal, que plantean todos los problemas típicos del contencioso-administrativo. El art. 115 de la Ley de Municipalidades es un magnífico ejemplo de lo expresado, y será analizada en su oportunidad. En lo tocante al cumplimiento de los fallos contra el Fisco, y la original tesis de Pérez Zañartu, Ensayo de una teoría de ejecución al Fisco chileno, memoria de prueba Stgo1957, en la cual afirma la posibilidad de ejecutar judicialmente al Fisco.

que de la técnica jurídica, del elemento humano que la mueve⁶.

Hemos terminado la señalización del desarrollo de esta tesis, la línea gruesa del recurso por exceso de poder. Sobre las bases que se han indicado, se puede instituir una vía jurisdiccional semejante en cualquier ordenamiento que reúna las condiciones exigidas en la primera parte de esta tesis. La nomenclatura es accesoria si la esencia se mantiene.

El resto del trabajo necesario para completar este aspecto dinámico del exceso de poder requiere de una técnica específicamente procesal, Corresponde al Derecho Procesal Administrativo, o al Derecho Administrativo Procesal –como quiera llamársele– construir el sistema en que debe ir engarzado este recurso jurisdiccional. Para ello deberá reglamentar la competencia de los tribunales administrativos, el procedimiento que deberá seguirse, las formas y plazos, derechos y costas o las instancias necesarias para una adecuada administración de justicia. Muy especialmente, deberá contemplar la manera de decidir los conflictos de jurisdicción con los distintos tribunales existentes en todo el sistema jurisdiccional⁷.

En todo caso, cabe recomendar simplicidad y economía. Simplicidad en el sentido de no establecer recursos innecesarios o de complicada tramitación, y economía, en el sentido de liberar en lo posible al recurrente de trabas pecuniarias, puesto que, de no ser así, se omitiría a menudo el recurso por resultar más oneroso que el perjuicio causado por la subsistencia del acto. [138] (...)

LO CONTENCIOSO ANULATORIO EN CHILE

[141]

I. BASES DEL CONTENCIOSO ANULATORIO

1. *Introducción.* El recurso por exceso de poder, o en su fase más amplia, el recurso objetivo de anulación necesita de ciertas condiciones ambientales para existir en buena forma. Ellas han sido analizadas en la primera parte del presente trabajo, y en fórmula brevísima se reducen a dos: vigencia de un Estado de Derecho y existencia de tribunales especializados.

Nos explicamos:

⁶ V. APARICIO MÉNDEZ, ob. Cit., pág. 211. V. además Gastón Hernández, La unidad del Estado y el problema de la ejecución de las sentencias, RAP N° 13, enero-abril de 1954, pág. 245 y ss.

⁷ En Francia tal labor se encomienda a un tribunal especial integrado por miembros de la jurisdicción judicial y administrativa, y presidido por el ministro de Justicia.

En un estado totalitario no podría existir de una manera deseable un recurso objetivo de anulación, pues la índole misma de estos regímenes repugna a la implantación de controles sobre los actos de las autoridades superiores, Puede darse el caso de regímenes totalitarios que pongan a disposición de los administrados un complejo sistema de garantías jurisdiccionales, pero éstas, en el hecho, solo sirve para impugnar los actos de las autoridades administrativas inferiores. En estos regímenes, el recurso tendrá efectividad solo en la medida que no afecte los "superiores intereses del Estado," que se confunden con frecuencia con los personales intereses del gobernante.

Por otra parte, y supuesta la vigencia de un Estado de Derecho, se precisa la existencia de tribunales especializados, independientes del Poder Judicial e integrados en la Administración, pero sin estar subordinados dentro de ella a ningún órgano, Esto, por lo menos dentro de un ordenamiento que reconozca el principio de la separación de poderes.

El recurso de anulación viene a ser así el instrumento jurídico por medio del cual un particular requiere la intervención de los tribunales especializados, para hacer efectivo el Estado de Derecho.

Nuestra tesis no ha pretendido efectuar un estudio más o menos profundo de instituciones ajenas al ordenamiento nacional, sin contemplar en todo momento la posibilidad de su adaptación. Así, en la segunda parte, al analizar los vicios del exceso de poder, lo hicimos desde la perspectiva de los elementos del acto administrativo: de este modo, el análisis –esencialmente doctrinario– no presentó dificultad alguna de adaptación. Siguiendo el mismo criterio, procuramos en la tercera parte desbrozar al recurso por exceso de poder de todo su material contingente, para exponer tan solo los principios que lo informan y las posibilidades de aplicación que presenta en ordenamientos distintos del francés.

Corresponde ahora preguntarnos, ¿en qué medida se dan en Chile las condiciones necesarias para el establecimiento del recurso por exceso de poder? O si se prefiere, para desechar la nomenclatura extranjera, ¿es posible en Chile la existencia de un recurso contencioso-administrativo, por medio del cual se puedan anular los actos administrativos irregulares?

La sola naturaleza inquisitiva de las frases ya nos indica que no existe un recurso de tal

índole en nuestro ordenamiento; por lo menos con características estables y generales. Para responder las interrogantes, nada mejor que partir de un somero examen [142] de los requisitos considerados esenciales del recurso, vale decir, del Estado de Derecho y de los tribunales especializados.

2. *El Estado de derecho en Chile.* El ideal del Estado de Derecho considerado en relación con el Derecho "in toto" requiere de una fundamentación axiológica. La norma hipotética que nos prescribe obediencia al primer legislador debe estar sustentada por un querer real de los ciudadanos, y éste solo puede existir en la medida en que consideren al Estado y al Derecho como valores.

Por estas razones, el Estado de Derecho no es un concepto susceptible de apreciación jurídica exclusiva. En él se cruzan nociones sociológicas, políticas, éticas, económicas y todo aquello que configura la compleja trama de la vida humana. Puede existir un Estado despótico en el que los reglamentos, decretos y leyes vayan implicándose válidamente entre sí y con respecto a la Constitución; ¿significa esto que existe un querer de los administrados? A nuestro juicio y aceptando como probabilidad la existencia de un masoquismo colectivo, eso solo demuestra que la fuerza sostiene la Constitución y que el orden normativo se encuentra viciado en su cuspide.

Desde este punto de vista, se puede decir que la calificación que se haga de un ordenamiento, atribuyéndole o negándole la persecución del ideal del Estado de Derecho, implica ineludiblemente una dosis de apreciación. No se puede comprobar jurídicamente de una manera exacta, aquello que no es integralmente jurídico. El problema entra entonces al campo de la metafísica y sería muy pretencioso de nuestra parte el querer introducirnos allí; aunque quizás, y muy tímidamente, pudiéramos expresar que en nuestro concepto el Estado de Derecho, concebido como ideal, no se demuestra, sino que se siente. Se siente a través de ciertos síntomas externos, de la misma manera que se siente cuando un Estado es totalitario.

Puesto en el dilema de pronunciarnos acaso el ordenamiento chileno persigue el ideal del Estado de Derecho, debemos decir que sí, porque así lo sentimos. Sentimos que existe esa manifestación de un querer colectivo que valoriza la existencia del Estado —no de un gobierno determinado— y comprobamos que las autoridades se van generando en con-

formidad a las normas superiores de nuestro ordenamiento.

Ahora, desde el punto de vista, no ya del Derecho "in toto", sino del Derecho parcial, más precisamente, del Derecho Administrativo, debemos reconocer que existe un Estado de Derecho. Toda la actividad de la Administración, más o menos discrecional o reglada, se encuentra limitada y determinada por normas jurídicas.

El Presidente Alessandri Palma, al dirigir la palabra a los encargados de estudiar lo que entonces se llamaba reforma a la Constitución de 1833, y que dio origen a nuestra actual Constitución, expresó categóricamente: "Defiendo un Gobierno en que el Presidente de la República tenga todos los controles necesarios para que no llegue a la tiranía un régimen en que se establezcan las medidas necesarias para que el Ejecutivo se mueva siempre dentro de la órbita de sus atribuciones⁸. Así fue como el artículo 4º de la Constitución consagró la norma de clausura típica del derecho Público al expresar que: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas [143] pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes⁹."

El principio de la legalidad de los actos de la Administración está, pues, ampliamente consagrado en nuestra legislación positiva; esto, como dice Silva Cimma, permite a hablar de un Derecho Administrativo Chileno, con su propia doctrina, cimentada en la majestad de la ley administrativa ampliamente respetada y reglamentada¹⁰.

3. *Los Tribunales Administrativos.* Reconociendo el ordenamiento chileno el principio de la separación de poderes, sería positiva y doctrinariamente imposible confiar a los tribunales judiciales la facultad de anular los actos administrativos.

⁸ Actas de la Constitución de 1925, Imprenta Universitaria, Santiago 1925, pág. 8.

⁹ La sujeción de la Administración a la ley, la delimitación de sus atribuciones y las garantías de los administrados, se desprenden constantemente del texto constitucional. A manera de ejemplo, podríamos citar los arts. 44 N^{os} 5-7 y 9 y 45, que contemplan la necesidad de ley para organizar, estructurar administrativamente el Estado y crear servicios públicos; el art. 10 y 44 N^o 13 con respecto a las garantías individuales; el 21 y 27 N^o 10, referentes a la inversión de fondos públicos, y el 72 N^{os} 2-7-8-9, que consagra la primacía de la ley por sobre todas las decisiones administrativas

¹⁰ SILVA CIMMA, Derecho Administrativo... cit., pág.21

En efecto, de los artículos 4 y 80 de la Constitución, y 4° del Código Orgánico de Tribunales, se desprende que corresponde a los tribunales ordinarios de justicia conocer de toda las causas civiles y criminales siempre que eso no signifique una intromisión en las atribuciones de los otros poderes públicos.

Como la facultad de anular los actos administrativos implica irredargüiblemente una injerencia en las labores propias del Poder administrativo, fluye de esos artículos como una conclusión lógica la necesidad de establecer tribunales especializados e independientes del Poder Judicial¹¹.

Cabe ahora preguntarnos ¿ha contemplado la legislación chilena la posibilidad implantar tales tribunales?

La respuesta, a nuestro juicio, debe ser incuestionablemente afirmativa. Y decimos *debe ser*, y no *es*, porque de los solos términos del artículo 87 de la Constitución —que es el precepto que se refiere a los tribunales administrativos— no emana una solución todo lo diáfana que fuera de desear. Este artículo, ubicado al final del capítulo destinado al Poder Judicial, expresa: “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.”¹² [144]

Parte de la doctrina, basada principalmente en la ubicación del precepto dentro del contexto constitucional, ha entendido que los

tribunales administrativos, en caso de establecerse, debe figurar como dependientes del Poder Judicial y subordinados por lo tanto a la potestad directiva, correccional y económica que tiene la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación.¹³

A nuestro juicio, tal criterio no es muy consistente.

La naturaleza de una institución o de un órgano no puede depender exclusivamente de la ubicación que se le haya dado dentro de un conjunto de preceptos; las cosas son lo que son por su esencia y no por lo que de ellas se diga o por el lugar en que se las coloque. No son escasos los ejemplos de normas de Derecho Público ubicadas en recopilaciones de preceptos de Derecho Privado; a menudo una norma adjetiva se desliza en un sistema de normas sustantivas, y es corriente el caso de disposiciones mal ubicadas en razón de la materia.

La Constitución no es una excepción a este respecto¹⁴.

Para aceptar o rechazar que los tribunales administrativos dependan del Poder Judicial, habría que analizar qué es lo que se pretendió con la dictación del cuestionado artículo 87.

No creemos en la posibilidad de ser contradichos si afirmamos que, a través del artículo 87, el constituyente pretendió establecer en Chile un verdadero sistema de jurisdicción contencioso-administrativo. Ahora, si aceptamos que en un sistema de jurisdicción contencioso-administrativo. Se debe contemplar primordialmente la posibilidad de anular los actos ilegales de la Administración, tenemos argumentos de cierta contundencia para defender la tesis de la jurisdicción especializada e independiente.¹⁵

En efecto y partiendo de la premisa de que en nuestro ordenamiento se acepta posi-

¹¹ No está de más advertir que no es lo mismo tribunal especial que tribunal independiente del Poder Judicial. Dentro de nuestro Derecho, los tribunales militares y los del trabajo, por ejemplo, son tribunales especiales en razón de la materia, pero dependen del Poder Judicial. Los tribunales independientes del Poder Judicial, como su nombre lo indica, salen de la órbita de éste, conformando un orden paralelo de jurisdicción.

¹² Sabido es que la norma mencionada es una de las varias disposiciones meramente programáticas de nuestra Carta Fundamental. Aún no se ha dictado la ley que organice estos tribunales y determine sus atribuciones en conformidad al mandato del constituyente. No nos corresponde ahondar en las consideraciones que derivan de tan lamentable omisión, pero no podemos dejar de expresar que esta verdadera desobediencia constitucional, está privando al Derecho Administrativo de una de sus más eficaces fuentes de desarrollo, cuál es la jurisprudencia de los tribunales especializados, y que está dejando en la indefensión a un gran número de administrativo que no disponen en el momento oportuno de ningún recurso anulatorio contra los actos administrativos ilegales.

¹³ V. en tal sentido a José GUILLERMO GUERRA. La Constitución de 1925, pág. 465; BERNASCHINA, Manual de Derecho Constitucional, t. II, págs. 549-550; Juan COLOMBO, la competencia memoria de prueba, Santiago. 1958, pág. 355.

¹⁴ JARA CRISTI, en ob. cit., pág. 269, sostiene que la ubicación que se le ha dado dentro de la Constitución al art. 87, no implica que los tribunales administrativos sean tribunales judiciales. Textualmente afirma que “nada significa a este respecto el error en que se incurrió al ubicar el art. 87 al final del cap. VII, que se ocupa del Poder Judicial”

¹⁵ Dada la amplitud del término “reclamaciones”, empleado por el art. 87, no existe inconveniente para involucrar en él toda clase de recursos, ya sean anulatorios o compensatorios. V. en tal sentido a SILVA CIMMA, Apuntes de clases cit., t. II, pág.408.

tiva y doctrinariamente el principio de la separación de poderes, con todas las morigeraciones que se quiera, no podemos aceptar que de una manera general puedan los tribunales judiciales anular las decisiones del Poder administrador. Siendo así, es obvio que quedaría desvirtuado el propósito del constituyente de implantar una jurisdicción contencioso-administrativa. Ya que ésta, desprovista de facultades anulatorias, queda reducida a una expresión insustancial. ¿Tendría algún sentido establecer [145] tribunales administrativos que estuvieran solo facultados para declarar el derecho en los casos individuales?

El dilema, tal como lo hemos planteado, es el siguiente: o se reconoce el principio de la separación y se prohíbe a los tribunales judiciales inmiscuirse en las atribuciones propias de otros poderes, o se desconoce el principio mencionado y se acepta que los tribunales judiciales puedan obrar de tal manera. Existe en la disyuntiva una premisa básica, y es la de que la anulación que haga un Poder de los actos de otro Poder es un acto de injerencia en las atribuciones de éste¹⁶.

Por otra parte, el artículo 80 de la misma Constitución refuerza nuestra argumentación. Al disponer que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley", y que "ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales", está identificando tácitamente las funciones judiciales con las causas civiles y criminales. En efecto, la prohibición para el Presidente y para el Congreso es la contrapartida de la facultad que se otorga a los tribunales para conocer de ciertos asuntos; como la prohibición se refiere a las "funciones judiciales", quiere decir que esos asuntos son judiciales, y, como entre los mencionados asuntos no figuran las cuestiones contencioso-administrativas, viene a confirmarse en último término que el constituyente quiso hacer de éstas una materia reservada al conocimiento de tribunales independientes del Poder Judicial. De ahí la razón de ser del artículo 87

Por último y para no relegar el elemento formal al olvido, cabría añadir que, paradójicamente, se puede deducir de la misma ubicación del artículo 87 su independencia de un

¹⁶ Tal parece haber sido el criterio de los comisionados que discutieron nuestra actual Constitución V. Las actas de la Constitución de 1925, ya citadas, pág. 518, especialmente la opinión de don Luis Barros Borgoño, y además las págs. 519 y 520.

Poder Judicial. En efecto, la dependencia de un tribunal al Poder Judicial se manifiesta, en último término, por su sujeción a la superintendencia directiva, correccional y económico de la Corte Suprema; estando ubicado el artículo que establece esta potestad del máximo tribunal después de las disposiciones que se refieren a los tribunales judiciales, y antes del artículo 87 que establece los tribunales administrativos, podría colegirse válidamente que esa potestad no se puede ejercer con respecto a esos últimos. El argumento es tan lógico como el que sostiene que la ubicación del artículo 87 está predeterminando la naturaleza de los tribunales que establece; tan lógico e insustancial, añadiríamos, pues no es eso el criterio que se debe seguir para abordar asuntos como el que estamos estudiando. Los tribunales administrativos no deben estar bajo la superintendencia de la Corte Suprema por ser de una jurisdicción distinta de la judicial, y no por estar establecidos en un artículo que aparece más acá o más allá del artículo 86¹⁷. [146]

En resumen, para nosotros es claro —aunque no obvio— que los tribunales contemplados por la Constitución en su artículo 87 deben ser tribunales especializados e independientes del Poder Judicial¹⁸. Pero aun suponiendo que la materia nos suscitara legítimas dudas en el sentido de estimar igualmente posible que los tribunales administrativos fueran tribunales judiciales, optaríamos por aquella solución que tendiera a satisfacer más acertadamente las necesidades de los administrados y las modernas tendencias del

¹⁷ Si tenemos claro este concepto de la jurisdicción paralela, comprobaremos que la jurisprudencia viene en nuestra ayuda. En el Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, tomo referente a la Constitución Política y disposiciones complementarias, figura el siguiente fallo en la pág. 80; "La Corte Suprema solo tiene la supervigilancia de aquellos organismos en quienes la ley radica la función judicial, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervenga, o sean sobre los Tribunales de Justicia, y en consecuencia, no basta que la ley dé a un determinado cuerpo la denominación de tribunal, para que por este solo hecho pueda administrar justicia, esto es, no conocer y *fallar causas civiles y criminales*".

Este fallo parece estar de acuerdo con aquello de que lo jurisdiccional es el género, y lo judicial, la especie.

¹⁸ En esto estamos, por lo demás, con lo sustentado por prestigiosos especialistas del ramo. V., por ejemplo, JARA CRISTI, ob. Cit., págs. 276 a 269; SILVA CIMMA, Apuntes de clase cit., t. II, pág. 407 y ss.; MANUEL DANIEL, informe al seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo, celebrado en Bs. Aires, 1959, pág. 32 a 354; AYLWIN AZÓCAR, Derecho Administrativo, Apuntes de Clases, 1958, t. II, pág. 162, y Manual de Derecho Administrativo, Santiago, 1952, pág. 297 y ss.

Derecho Administrativo; vale decir, habríamos llegado a idéntica conclusión¹⁹.

Solo hay una cosa que no se puede desprender del texto constitucional, y que hay que elaborar contemplando solamente su espíritu, y es la que se refiere a la integración de estos tribunales administrativos dentro de la propia Administración, conservando una autonomía plena. La Constitución nada dice a este respecto. Por nuestro parte creemos que se debe seguir un camino análogo al señalado por la creación de la Contraloría General de la República, es decir, contemplarlos como órgano de administración, pero separados de la Administración activa. Si la Contraloría es un órgano constitucionalmente autónomo, y que desempeña funciones administrativo-fiscalizadores, los tribunales administrativos deben ser órganos legalmente autónomos en el desempeño de sus funciones administrativo-jurisdiccionales²⁰.

Otra solución conduciría a aceptar la existencia de un cuarto poder estatal²¹ [147]

4. *Posibilidades de extensión del recurso anulatorio.* En la misma Constitución se pueden encontrar las bases necesarias para la reglamentación de los recursos anulatorios. Al

¹⁹ Se proponen como soluciones, también la creación de los tribunales administrativos como tribunales especiales dependientes, o la creación en los tribunales ya existentes de "salas de lo contencioso". Puede que, si bien contribuyan a satisfacer la necesidad de los administrados, resulten a la postre insuficientes. Esto, porque serían soluciones transaccionales y, por ende, transitorias. Cabe hacer notar que el Seminario sobre recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo, celebrado en Buenos Aires, entre agosto y septiembre, se notó cierta mayoría a favor de la tesis judicialista por salas y cierto recelo frente al sistema francés (V. sesiones 9.a y 10.a especialmente).

²⁰ No está de más aclarar las relaciones que deben existir entre los futuros tribunales administrativos y la Contraloría General de la República. Parece existir el malentendido, al respecto, de que sus funciones son incompatibles. Nada más errado. La Contraloría, como órgano fiscalizador, realiza un control no jurisdiccional y preventivo cuando se enfrenta a los actos dictados por los órganos de la Administración activa. En esto engrana con todos los demás sistemas de control existentes en nuestro ordenamiento (parlamentario, administrativo y excepcionalmente jurisdiccional), sin pensarse en exclusiones recíprocas. El control jurisdiccional no vendría sino a complementar el engranaje, conciliándose en el sistema jurídico general. Frente al control preventivo de la Contraloría, debe existir el control "a posteriori" de los tribunales. V. al respecto "Los tribunales administrativos y la contraloría", artículo del profesor SILVA CIMMA, publicado en "El Mercurio" de 19 de noviembre de 1959.

²¹ O de un quinto, si se acepta la existencia de un Poder Contralor. V. en tal sentido, SILVA CIMMA, Memoria de prueba, La Contraloría General de la República, Santiago. 1945, pág. 400.

expresar el artículo 87 que los tribunales administrativos deberán "resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas", está señalando un campo vastamente comprensivo de cuanto recurso contencioso-administrativo sea dable instituir.

La palabra "reclamaciones" no admite restricción en tal sentido; aún más, es loable que el constituyente no empleara las palabras "demandas" o "acusaciones", pues habría comprometido la índole de los recursos²².

Lo que sí ha sido criticado, es el uso de la expresión "arbitrarios", por estimarla carente del mínimo de precisión jurídica. En su sentido más amplio, arbitrario viene a ser lo opuesto al Derecho, y no solo a la ley material o formal: "lo arbitrario siempre será ilegal e ilícito, es de su esencia que así sea"²³. Por supuesto que habría sido mejor que se hubiera hablado de "actos o disposiciones ilegítimas", pero, de cualquier manera, el término "arbitrario" en nada obsta a la implantación de un amplio sistema contencioso-anulatorio. La misma desviación de poder tiene fácil cabida dentro de su concepto.

Finalmente, es notable señalar que la Constitución admite, en principio, no solo la impugnación de los actos que son considerados pacíficamente como administrativos, sino también la de los actos de gobierno. Al referirse a las "autoridades políticas o administrativas", para designarlas como organismos cuyos actos pueden ser impugnados, no limita al legislador en ningún aspecto. Pero ya hemos expresado lo que por acto de gobierno debe entenderse²⁴ y ha quedado en claro que existen actos cuya impugnación no es aconsejable, por lo menos en las actuales condiciones de convivencia jurídica. Por ello, el legislador debe contemplar la exención del control anulatorio de todos aquellos actos que figuren en una lista preconfeccionada en conformidad a las directivas que hemos dado en su oportunidad²⁵.

²² V. JARA CRISTI, ob. Cit., pág. 268, y J.G. GUERRA, ob. Cit., pág. 464.

²³ V. supra 687 ss.

²⁴ V. supra 68 y ss.

²⁵ Podría suscitar dudas la expresión "autoridades administrativas", usada por el constituyente. En un sentido restringido, solo podrían considerarse como tales aquellas que están encargadas por la misma Constitución de la Administración del país; vale decir, Presidente de la República, intendentes, gobernadores, subdelegados, inspectores y alcaldes. Pero contemplando la intención del constituyente en el sentido de establecer una jurisdicción contencioso-administrativa amplia, no es posible limitar hasta tal punto el significado del vocablo; autoridades administrativas

5.- Conclusiones. - Del examen efectuado se concluye categóricamente que en Chile se dan las condiciones necesarias para la implantación de un contencioso anulatorio, y con la ventaja adicional de que las bases consideradas como imprescindibles, emanan de nuestra Carta Fundamental. [148]

Vivimos en una sociedad que valora el Estado de Derecho, bajo autoridades que lo respetan y con una legislación que no consagra, Existe en la Constitución Política un mandato imperativo para que el legislador reglamente los tribunales administrativos, y nada se opone a que su organización sea similar a la propugnada en esta tesis. Las posibilidades de recursos son amplísimas.

No hace falta nada.

Nada, excepto una ley orgánica. [149]

II. TEORÍA DE LAS NULIDADES ADMINISTRATIVAS

1. *Teoría de Bernaschina*. Como fundamento de todo contencioso anulatorio debe existir, lógicamente, una teoría de las nulidades administrativas que determine y delimite su campo de acción. En la segunda parte de esta tesis hemos intentado esbozar una solución doctrinaria al respecto, que se caracteriza, entre otras cosas, por negar la posibilidad de la inexistencia como sanción y por exigir en todo caso una declaración de tribunal competente²⁶.

En Chile, debido a la ausencia de tribunales administrativos, no se ha hecho imperiosa la necesidad de esta teoría. Las opiniones sobre la materia se limitan por lo general a repetir soluciones doctrinarias o positivas de otros ordenamientos. Como una tentativa interesante dentro de nuestra literatura jurídico-administrativa, solo se podría mencionar la teoría del profesor Bernaschina, quien, en su Manual de Derecho Constitucional y en otras publicaciones²⁷ ha intentado elaborarla basado en disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

deben ser, desde este punto de vista, todas aquellas que tengan la facultad de dictar actos administrativos terminales, o que impliquen una facultad de decisión.

²⁶ V. supra 18 y ss.

²⁷ V. BERNASCHINA, Manual cit., t. I, pág. 253 y ss., y Bol. Del Seminario de Derecho Público, año XVIII, N^{os} 45-48, 1949, pág. 548 y ss. A la tesis de este autor ha adherido en gran parte Jara Miranda, La nulidad en el Derecho Público, Memoria de prueba, Santiago. 1959, y en algunos aspectos Aylwin Azócar (V. Derecho Administrativo, Apuntes de clases, t. II, pág. 65 y ss.).

El profesor Bernaschina parte de un concepto lógico formal estricto; para él el Estado no es más –y no es menos– que el orden jurídico superior, válido para un territorio y para un pueblo determinados²⁸. Los actos de los agentes públicos solo son válidos mientras sean imputables al órgano cuya voluntad actualizan, y, en definitiva, al Estado. Esto porque –según el autor– los agentes públicos en el desempeño de una función pública no van a crear actos jurídicos personales, sino normas estatales, y por ello deben mantenerse estrictamente dentro de los límites que les han señalado las normas que fijan su competencia: “Si los órganos estatales exceden su competencia no pueden ligar al Estado; los actos que generen no podrían imputarse al sistema normativo superior”²⁹.

Consecuencia de esta posición es que los actos de los órganos que se han extralimitado en sus funciones sean nulos. Esos actos no pueden considerarse actos estatales, aunque liguen al agente que los ha dictado para el efecto de perseguir su responsabilidad. La nulidad, por lo tanto, se produce *sin necesidad de declaración alguna*; de pleno derecho. [150]

De esta posición basamental emana toda la teoría del profesor Bernaschina. La aplica al ordenamiento chileno fundado en los artículos 4, 23 y 75 de la Constitución Política.

El artículo 4^o, al disponer que nadie puede atribuirse más autoridades o derechos de los que expresamente se les hayan conferido por las leyes, concluye diciendo: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

El artículo 23, que se refiere a las decisiones tomadas por los titulares de los distintos poderes del Estado bajo presión o amenaza, concluye estableciendo que una resolución así adoptada “es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”.

El artículo 75, finalmente, preceptúa que las órdenes del Presidente de la República deben ser firmadas por el Ministro respectivo, y que “no serán obedecidas sin ese esencial requisito”.

Las frases acollmadas son el punto de apoyo que sirve al autor para extender al ordenamiento chileno su posición lógico formal. De ellas deduce que “no puede producir efecto alguno el acto que excede la competencia legal o que no cumple con las formalidades

²⁸ V. MANUAL cit., t. I, pág. 130.

²⁹ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 548.

constitucionales”³⁰. Es decir, no puede producir efecto alguno como acto administrativo, puesto que, por tratarse de un acto no imputable al ordenamiento superior, debe considerarse nulo de pleno derecho, sin necesidad de declaración de ninguna especie³¹.

Sistematizando su posición, Bernaschina distingue entre nulidad y anulabilidad; a la anulabilidad la llama también ilegalidad. Ambas categorías de ineficacia importan la existencia de una norma dictada fuera de las atribuciones legales de un órgano; se diferencian en que para los casos de nulidad no se requiere declaración de autoridad alguna, en tanto que la anulabilidad debe ser declarada³². La regla general en materia de actos administrativos sería la nulidad, aplicándose la anulabilidad solo en los casos excepcionales en que una ley así lo dispusiera; en este último caso –dice el autor– la nulidad y la anulabilidad podrían aplicarse indistintamente, ya sea simultánea o sucesivamente. Vale decir que, si no se pudiera por algún motivo hacer uso del recurso de ilegalidad o anulabilidad, eso no obstaría para que se pudiera desconocer la validez del acto administrativo; si la Constitución los ha considerado nulos, la ley no puede dar una solución diferente³³.

El autor apoya su tesis con varias sentencias de la Corte Suprema y con algunos dictámenes de la Contraloría General de la República; aunque conviene llamar la [151] atención acerca de que la Corte Suprema en ninguno de los fallos que se mencionan alienta la posibilidad de una nulidad desprovista de sanción³⁴.

Esta es, sintéticamente expuesta, la teoría del profesor Bernaschina. Como acotación final, cabe decir que es una teoría que no carece de antecedentes dentro de nuestra

doctrina –ya Jorge Hunneus, en 1891, había tocado sus partes fundamentales³⁵– pero que es indudable que ha sido Bernaschina quien la ha llevado hasta sus últimas consecuencias.

2.- *Crítica de Silva Cimma*. El profesor Silva Cimma se ha manifestado en absoluto desacuerdo con esta teoría³⁶. Señala que ella olvida el carácter orgánico formal del acto administrativo y la presunción de legitimidad que lleva anejado, que no considera el principio de la ejecutoriedad, que la distinción entre nulidad y anulabilidad es demasiado imprecisa para servir algún fin práctico, y que no menciona en ninguna parte causales de impugnación. Pero, donde su análisis profundiza es en lo referente a los tres artículos constitucionales que sirven de fundamento positivo a la teoría.

En primer lugar, sostiene que es imposible asimilar los términos empleados por los artículos 4, 23 y 75. El artículo 4° no dice en ninguna parte que la nulidad que se propugna se deba producir de pleno derecho; al establecer que un acto dictado en contravención a sus disposiciones es nulo, está empleando el término en un sentido genérico de sanción. El artículo 75, que se refiere a un caso especial de violación de formas, tampoco dice que la sanción sea la nulidad de pleno derecho; solo es el artículo 23 el que usa la expresión mencionada.

Por otra parte, el profesor Silva Cimma está de acuerdo en que debe existir una teoría de las nulidades propia del Derecho Administrativo, y en que el artículo 4° de la Constitución es la disposición legal de donde ella debe emanar. Pero, para ello, es menester conjugar este artículo con aquellas disposiciones constitucionales que efectivamente se le relacionen y no con aquellas que solo muy

³⁰ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 551.

³¹ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 557: “En el momento mismo en que se ha aprobado el acto o acuerdo contrario a la ley, se produce la nulidad; no es acto estatal. Por consiguiente, no se necesita pedir su declaración ante autoridad alguna; basta con que el particular afectado o el órgano que deba cumplirlo desconozca sus efectos”.

³² Id., pág. 554.

³³ Id., pág. 555: “No es posible aceptar que cuando la ley contempla el recurso de ilegalidad... debe condicionarse la validez del acto a la declaración que pueda hacer la autoridad competente para pronunciarse sobre dicho recurso, porque la ley no ha podido modificar los efectos que señalan los artículos 4°, 23 y 75 de la Constitución Política”.

³⁴ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 553, donde al referirse a la sentencia de la C.S.A. más favorable para su tesis, expresa que “conserva algunos resabios de Derecho Privado, pues condicionan la nulidad a la declaración de ilegalidad”.

³⁵ HUNNEUS, ob, cita., pág. 384, expresa lo siguiente al referirse al primitivo art. 151 de la Constitución de 1833, que corresponde al actual art. 4° de la Constitución que nos rige:

“En cuanto a los decretos que el Ejecutivo dictare, arrogándose atribuciones propias de otros poderes, invadiendo atribuciones ajenas, limitando las garantías individuales, ofendiendo algún derecho, o, en general, violando la Constitución o las leyes, no es menester que su nulidad sea declarada expresamente por alguna autoridad. No. Basta, como lo hemos dicho ya en otra parte, que los Tribunales, como lo han hecho más de una vez, prescindan de ellos cuando se reclamare su aplicación y los dejen virtualmente sin efecto alguno. En verdad, aquello que es nulo ningún efecto debe producir. Negar, pues, sus efectos a una medida, es declarar virtualmente la nulidad a que se refiere la parte final del artículo 160 (151) de nuestra Constitución, el cual no ha sugerido, por lo demás, cuestiones de aplicación práctica”.

³⁶ V. un esbozo de esta crítica en el t. II de sus Apuntes de clases, pág. 295 y ss.

artificialmente presentan vínculos de parentesco. La disposición que está en íntima concordancia con el artículo 4° es, lógicamente, el artículo 87: mientras el primero establece una genérica sanción [152] para los casos de ilegitimidad, el segundo señala cuáles son los órganos encargados de conocerla y de aplicarla. La teoría del profesor Bernaschina –dice Silva Cimma– no menciona en parte alguna al artículo 87, siendo que es lógico traerlo a colación, pues de otra manera no se explicaría su presencia en el texto constitucional.

El artículo 23, que también viene de la Constitución de 1833, se encuentra desprovisto de antecedentes que lo expliquen. De todos modos, lo más seguro es que los constituyentes de la época no tuvieron en mente la noción de nulidad de pleno derecho ni los problemas que suscita, limitándose solo a estampar una enérgica declaración de principios en favor de la legalidad en el actual administrativo. La situación que contempla este artículo es la de un acto dictado bajo presión o amenaza, vale decir, con vicio de fuerza: según Silva Cimma esta irregularidad debe ser declarada, y –he aquí la originalidad diferenciadora– debe serlo por la misma autoridad que dictó el acto forzosamente una vez que se encontró libre de apremio. Se trata, por lo tanto, de una situación de hecho en la cual ni se ha pretendido actuar jurídicamente más que de anulación, cabría hablar en este caso de revocación o invalidación³⁷.

El artículo 75, contemplado en la antigua Constitución con el N° 77, no puede servir de fundamento a una teoría; en primer lugar, porque se refiere en forma exclusiva a un vicio de forma específico, y, en segundo lugar, porque siendo la sanción a un vicio de forma, afecta a los solos actos del Presidente de la República. En la práctica se trata de un caso de difícil –por no decir imposible– ocurrencia, pues los decretos del Presidente de la República, que son los medios a través de los cuales materializa su actuación, recorren un camino destinado en su primera fase a controlar preventivamente su juridicidad. En caso de que un decreto no llevare la o las firmas requeridas, sería instantáneamente representado o devuelto, y no

³⁷ V. en este sentido a HUNEEUS, ob. Cita., pág. 380. Al examinar el art. 149 de la Constitución de 1833 expresa: “La disposición de este artículo no ha tenido, por fortuna, aplicación desde que fue dictado. Esperamos que jamás llegará el caso en que el Presidente o las Cámaras se ven en la penosa necesidad de tener que declarar que un decreto o acuerdo les fue arrancado por la fuerza, para deducir de esa declaración, –que solo la autoridad violentada podría hacer–, la nulidad o ineficacia de la medida”.

tendría sentido el dictar un decreto de insistencia para cursarlo, pues la insistencia implica la firma de todos los ministros. Este artículo 75 debe interpretarse de otro modo. Con un criterio actual, se puede considerar que sirve de base a la legislación que consagra el principio de la “obediencia reflexiva”; es decir, interpretándolo a la luz de estas disposiciones, no se trataría de una sanción de ineficacia, sino de la fase “desobedecible” de una orden. Es análogo al artículo 151 del DFL. N° 338, de 1960, que, en su inciso 2° prescribe: “Si el empleado estimare ilegal una orden, deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando en este caso exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que insistió en aquella orden³⁸. [153]

Concluyendo, Silva Cima sostiene que de la interpretación armónica de los artículos 4, y 23 y 75 solo se puede deducir que ellos consagran el principio de la legalidad de los actos estatales, es decir, de ellos se depende una mera declaración de principios. La Administración –o más ampliamente el Estado– debe actual bajo estricta sujeción a las normas jurídicas. Esto es particularmente notorio en el artículo 23: las órdenes que las autoridades han dictado bajo presión o amenaza dejan de estar sujetas a desobediencia desde el instante mismo en que una sublevación prospera; es entonces el gobierno revolucionario quien empieza a aplicar el artículo a su favor³⁹.

La base de una teoría de las nulidades administrativas no reside, entonces, en la interpretación armónica de los tres artículos aludidos, ni en la acertada concordancia entre

³⁸ En realidad, de no interpretarse así el artículo 75, tendríamos que concluir que su incorporación a nuestro actual texto constitucional carece de sentido. Y, estrictamente, es así puesto que se trata de una disposición pensada e implantada para un régimen de gobierno distinto del que nos rige, para un régimen más bien parlamentario en el cual el ministro no era, como dice Huneeus, un “amanuense” del Presidente, sino un verdadero jefe de la Administración (V. ob. Cit., pág. 171). Basta recordar que, para la Constitución de 1833, no era incompatible los cargos de parlamentario y ministro de estado (art. 81), para deducir que este artículo sancionaba un verdadero vicio de incompetencia. De ahí lo drástico de la sanción.

³⁹ J. GUERRA, buscando el sentido del actual art. 23 en la Constitución de 1823, donde tenía el N° 158, y del actual art. 22, que en ella tenía el N° 157, expresa; “Estos artículos tienen por objeto garantizar a la Nación el mantenimiento de la regularidad institucional, oponiendo principios fundamentales a posibles pretensiones de fuerzas armadas o de masas populares que intenten imponerse por medio de la violencia o la intimidación contra las legítimas autoridades delegatarias de la soberanía popular” (V. ob. Cit., pág. 159).

el artículo 4° y el 87. Las nulidades deben ser declaradas por los organismos creados para ello. De aceptarse la teoría de Bernaschina, se produciría una situación desquiciadora de la jerarquía y del orden administrativo, en la cual cada persona que se considerara afectada se haría justicia por sí misma⁴⁰.

3.- *Nuestra crítica.* La teoría del profesor Bernaschina, pese a su seductora apariencia es demasiado vulnerable. Hemos preferido sistematizar los argumentos en su contra para que puedan ser aprehendidos con mayor provecho. Así, nos referiremos primeramente al argumento positivo, y después trataremos de rebatir la teoría con argumentos proporcionados por el estudio de la estructura lógica de la norma jurídica, con deducciones proporcionadas por la teoría de las nulidades procesales, con un análisis de la división que establece entre nulidad y anulabilidad y con algunos alcances acerca de su practicabilidad.

a) Respecto de las bases positivas de la teoría, cábenos decir que, a nuestro juicio, la crítica del profesor Silva Cimma es lo bastante profunda como para pretender complementarla. En efecto, es de una lógica irredargüible que la interpretación armónica de los artículos 4, 23 y 75 no autoriza para concluir que las nulidades administrativas se producen de pleno derecho. De ellos solo emanan una declaración de principios –el Estado debe obrar siempre jurídicamente– que, en un plano de estricto Derecho se hace innecesaria, puesto que de la imposición de una conducta se deduce lógicamente una censura para el caso de su contravención. Si los artículos 4, 23 y 75, interpretados en relación armónica, desaparecieran de la Constitución, nadie añoraría su ausencia. Las vías de hecho se caracterizan por su desembozada independencia [154] de lo que se considera jurídico en un momento dado, y contra ellas –en el plano revolucionario, por ejemplo– resulta infantil levantar como un “detente” una norma que les niegue su eficacia alegando una nulidad de pleno derecho.

b) En segundo lugar, tenemos la pretensión de poder rebatir la teoría del profesor Bernaschina con argumentos derivados del estudio de la estructura lógica de la norma jurídica. Para ello es menester que profundicemos en ciertas conclusiones que emana de la postura lógica-formal del autor criticado.

La teoría de Bernaschina parte de un absurdo jurídico: el que el Derecho Público solo

se puede ocupar de las situaciones jurídicas regulares. Esto se observa claramente cuando luego de decir que solo puede imputarse al Estado como acto estatal el que se ha realizado de acuerdo con las normas jurídicas y dentro de la competencia de los órganos, agrega textualmente que “si se ha excedido esta competencia el acto no puede revestir el carácter de acto jurídico administrativo⁴¹”

Corolario: solo son actos administrativos los que se han dictado en perfecta conformidad con las normas jurídicas que los determinan.

Si se pudiera aceptar una posición de esta naturaleza, es claro que no podría hablarse de anulación de actos administrativos, puesto que sería imposible anular lo inexistente. Lo que nosotros consideramos actos administrativos irregulares sería meras vías de hecho comprobables por cualquier persona, y darían motivo para solicitar la protección de los tribunales judiciales de una manera análoga a la que se produce cuando se plantea una querrela o una denuncia ante los tribunales que conocen de los asuntos criminales. Esta base, que consideramos conduce a un absurdo jurídico, debe ser la que sirve al profesor Bernaschina para eliminar de su teoría toda referencia a los tribunales administrativos.

No nos parece ni siquiera discutible que el Derecho Público, y el Derecho en general, se ocupen de situaciones jurídicamente irregulares; ya al está diciendo “jurídicamente irregulares” damos un sello de juridicidad al actuar que contraviene las disposiciones de una norma jurídica.

Aún más, el Derecho es en sí la reglamentación de los actos o hechos jurídicos irregulares, puesto que toda norma jurídica se compone en un sentido lógico –materialmente puede ser un aparente juicio asertivo– de dos proposiciones: una que determina la conducta obligada para un caso determinado, y otra que determina la sanción aplicable para el caso de contravención. Esto es lo que se quiere significar cuando se dice que la norma jurídica es un complejo proposicional conjuntivo que se caracteriza por la imputación de una consecuencia a un antecedente⁴².

⁴¹ BERNASCHINA. *Boletín cit.*, pág. 558.

⁴² Kelsen llama norma secundaria aquella proposición que prescribe una conducta como obligada, y norma primaria a aquella que imputa una sanción para el caso de contravención, y que se traduce a su vez en una prescripción de conducta para el juez. V. Jorge MILLAS, *Filosofía del Derecho*, cit., t. I., págs. 157, 119 y ss.

⁴⁰ V. SILVA CIMMA, *Apuntes de clases cit.*, t. II, pág. 297.

La juridicidad estructural de una norma –y el acto administrativo es una norma jurídica– no depende de su relación validativa con otras normas; la validez o invalidez es siempre un juicio a posteriori. Es acto jurídico administrativo todo aquél que se componga, lógicamente, de una prescripción de conducta y de una imputación sancionatoria [155] para el caso de contravención. El acto administrativo de conformación más simple, por ejemplo, una orden que diga “concédase”, significa que algo debe ser concedido a alguien y que, en caso de no serlo, el órgano encargado de sancionar deberá ejercer su competencia. Luego, no solo son jurídicos los actos irregulares, sino que son la condición necesaria para que el artículo 4° de la constitución pueda tener algún significado; del mismo modo, solo la comisión de un homicidio hace posible la aplicación del artículo 391 del Código Penal.

No hay que identificar, entonces, acto jurídico con acto regular. El acto irregular y el acto jurídico no se excluyen⁴³.

Pero, además, una norma jurídica se caracteriza por ser tal solo en virtud de su inclusión en un complejo normativo más vasto. En este sentido, no se puede hablar estrictamente de norma jurídica en singular. Una norma que prescribe una conducta y que contempla la posibilidad de sancionar su contravención, depende a su vez de aquella norma que establece la competencia del juez que debe conocer del asunto en caso de litigio, y que al mismo tiempo contempla la posibilidad de sancionar a este funcionario en caso de que no cumpla con sus obligaciones. Jorge Millas, en su penetrante teoría de la norma jurídica expresa esto perentoriamente, al afirmar que el Derecho solo puede darse como orden total de la conducta humana, vale decir, como sistema normativo; no hay ninguna proposición –añade– que tenga plenitud normativa originaria, instituyendo por sí misma el deber ser que caracteriza al Derecho⁴⁴.

Con estos instrumentos de lógica jurídica, no nos será difícil comprobar que la teoría de la nulidad de pleno derecho se caracteriza precisamente por su tentativa de colmar de plenitud jurídica a ciertas normas en perjuicio del sistema. Al afirmarse, en relación con el

artículo 4° de la Constitución, que el acto de un agente público que se ha excedido de sus facultades legales no es un acto jurídico administrativo, que no se puede imputar al Estado y que es nulo radicalmente, se está erigiendo a esta disposición por sobre un pedestal moral, y, paradójicamente se le está negando su juridicidad. Efectivamente, tales consecuencias son solamente propias de aquellas normas que amalgaman en su contenido juicios valorativos, elementos volitivos y prescripciones de conducta, y que no necesitan basar su validez en ninguna disposición que las preceda. La diferencia esencial entre una norma ética y una norma jurídica radica en que la primera se presenta con una exigibilidad de conducta primaria evidente; una prescripción que diga “no se debe mentir” no necesita pesquisar la existencia de una norma que la valide, pues la mentira será sancionada ipso facto con la repulsa moral, sin necesidad de declaración de ninguna especie.

La norma jurídica carece de esta validez originaria; su presencia aislada no obliga jurídicamente a nadie. Un acto administrativo irregular, confrontado exclusivamente con el artículo 4° de la Constitución, no podría ser anulado. Se hace evidente, entonces, la necesidad de buscar una norma que valide el contenido de este artículo. Ya [156] el profesor Silva Cimma en su crítica premencionada, tocaba este punto al sostener que el artículo 4° estaba íntima conexión con el 87, y, efectivamente, el artículo 87 es la norma encargada de crear el órgano necesario para aplicar la sanción del artículo 4°.

De esta manera, tenemos al artículo 4° –que relacionado con el 23 y 75 es una mera declaración de principios– convertido en una fuente riquísima de argumentos contrarios a la teoría de Bernaschina. Su estructura lógica-formal nos indica: a) que prescribe una conducta, b) que impone una sanción para el caso de contravención y c) que remite la aplicación de la sanción al órgano competente. “Toda norma se remite por su sentido, indefectiblemente a otra: a la norma que obliga a un órgano determinado a realizar la consecuencia imputada al hecho condicionante”⁴⁵.

c) Nuestro tercer argumento nos viene dado tácitamente por el mismo profesor Bernaschina, cuando sostiene que este tipo de nulidad de pleno derecho es exclusivo de los actos administrativos. Con esto quiere decir que la ley no podrá ser nunca ilegal, y que, en

⁴³ Lo curioso es que el profesor Bernaschina, en su Manual cit., pág. 254, glosando a Kelsen, reconoce que “no es esencial al acto jurídico el que sea siempre válidos...” ¿Cómo se explica entonces que un acto viciado de incompetencia (e incompetencia es sinónimo de irregularidad en toda su teoría) deje de ser un acto jurídico administrativo?

⁴⁴ VC. Jorge MILLAS, ob. cit., t. II pág. 156 y ss.

⁴⁵ VC. Jorge MILLAS, ob. Cit., t. II pág. 157 y ss.

caso de ir contra la Constitución, ésta misma ha dispuesto la manera de impugnarla por medio del recurso de inaplicabilidad, asimismo, este tipo de nulidad es inaplicable para los actos que emanan de los órganos del Poder Judicial, pues se opone al imperio y a la independencia total de que se ha querido revestir a la judicatura por las normas positivas⁴⁶.

Pero, sin nos pusiéramos en el hipotético caso de aceptar la nulidad de pleno derecho, no podríamos aceptar esta exclusión de los actos realizados por los tribunales de justicia fuera de la órbita de sus atribuciones. Basta el más elemental análisis para comprobar que la situación de estos actos difiere por completo de la de las leyes inconstitucionales: la ley inconstitucional no es nula de pleno derecho –siguiendo la tesis del autor– porque la misma Constitución ha desautorizado a su artículo 4 por medio del artículo 86 inciso 2°; pero ¿Dónde está la disposición constitucional que autorice análogo tratamiento de exclusión para los actos de los órganos del Poder Judicial?

La teoría de las nulidades procesales es una teoría consagrada por la ley, y, si el autor criticado fuera estricto consigo mismo y con su tesis de la nulidad de pleno derecho, debería reconocer que todas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que se refieren a las nulidades procesales son inconstitucionales. Las razones de independencia del Poder Judicial y de su situación especialísima, son perfectamente atendible, pero de la misma manera, se pueden allegar justificaciones doctrinarias para otorgan análogo tratamiento a los actos administrativos; en efecto, éstos son esencialmente ejecutorios, se presumen legítimos, emanan de órganos jerarquizados y tiene una enorme semejanza material con las sentencias. ¿Que no impide decir, entonces, que los actos administrativos, al igual que los actos procesales, valen mientras un tribunal no los anule?

d) Otro argumento en contra de la teoría se deduce de la artificiosa diferencia que efectúa entre nulidad y anulabilidad. La anulabilidad, según el autor, precisa de [157] declaración, y supone por ende una presentación ante el órgano competente; la nulidad no precisa de ninguna declaración. Hasta aquí la diferencia es clara. Pero el autor ha llegado más allá, y ha dicho que la nulidad y la anulabilidad pueden coexistir. Entonces es cuando

se plantea el problema: ¿Qué objeto puede tener un recurso de ilegalidad por un vicio de anulabilidad, si se reconoce que fuere cual fuere el resultado; el acto podrá ser dejado sin aplicación si se ha dictado fuera de las atribuciones del órgano administrativo?

Pareciera que el autor, intuyendo las dificultades de su teoría, hubiera querido matizarlas con elementos transaccionales, como el de la previa declaración. Mas, siguiendo la teoría hasta sus últimas consecuencias, no se podría hablar de anulabilidad en ningún caso, pues, como el mismo Bernaschina dice, no es posible aceptar que cuando la ley contempla el recurso de ilegalidad deba condicionarse la validez del acto a la declaración de algún organismo; eso sería ir contra lo dispuesto en los artículos 4, 23 y 75.⁴⁷

La teoría criticada, de ser consecuente con sus postulados, solo puede contemplar la nulidad.

e) También se puede criticar a esta teoría su falta de sentido práctico. Creemos que no puede pretender el nombre de teoría jurídica o de ensayo para una teoría jurídica, que la posición que no lleve incita una cierta posibilidad de aplicación práctica⁴⁸. El derecho, como ciencia social, no puede pretender primariamente la satisfacción de necesidades puramente intelectuales o estéticas; si ella se produce, debe ser a consecuencia de una seria tentativa conducente a satisfacer las necesidades colectivas.

Y eso no debe olvidarse nunca.

4. *Conclusiones.* Como conclusión podemos decir que la teoría del profesor Bernaschina está edificada sobre cimientos positivos inadecuados, que desconoce la naturaleza de la norma jurídica, que es arbitraria por no admitir igual aplicación en casos similares, que su sistematización es artificiosa y que es impracticable,

Ya hemos visto que en Hunneus se encuentra un embrión de esta teoría, al sostener que respecto de los actos administrativos no es necesario declarar expresamente su nulidad

⁴⁶ V. BERNASCHINA, *Manual cit.*, t. I pág. 260, y Boletín cit., pág. 552. V. en este mismo sentido a HUNNEUS en ob. cit., págs. 383 y 384.

⁴⁷ V. nota 308.

⁴⁸ El mismo profesor Bernaschina reconoce que su teoría carece de posibilidades de aplicación; según expresa, "el principio de la nulidad de pleno derecho tiene, no obstante, un valor meramente doctrinario, pues en el hecho la autoridad administrativa tratará de hacer valer el acto contrario a la ley por medio de la coacción, desde el momento que tiene a sus disposición la fuerza pública que es esencialmente obediente y no puede negarse a cumplir un acto aun cuando su nulidad aparezca de manifiesto".

por ninguna autoridad pública⁴⁹. Con todo, la posición de Hunneus es menos extremista, pues razona siempre con relación a una presentación ante los tribunales ordinarios de justicia; en ninguna parte de su obra aparece manifestada la posibilidad de que cualquiera persona puede desconocer la validez de un acto [158] administrativo por sí y ante sí. Esta posición de Hunneus, si bien criticable desde nuestro actual punto de vista, se explica si se considera lo novedoso que eran los estudios administrativos en aquellos años –el Derecho Administrativo se enseñaba conjuntamente con el Derecho Constitucional y la escasa doctrina extranjera existente. Por ciento que Hunneus careció de la visión necesaria para captar las posibilidades de expansión del ramo; su ceguera se manifiesta especialmente en su actitud de profunda antipatía hacia los tribunales administrativos y en su crítica al Consejo de Estado existente en que tiempo⁵⁰. No quería ver en estos organismos –al contrario de Lastarria⁵¹– a los instrumentos destinados a proteger jurisdiccionalmente a los administrados declarando la nulidad de los actos administrativos ilegales, y dadas gracias a Dios por el paulatino cercenamiento de las atribuciones del Consejo de Estado⁵².

El tiempo, al develar las nuevas tendencias del Derecho Público, motivadas por las complejidades de la vida moderna y por la expansión de la actividad administrativa, se encargó de refutar a Hunneus. La Constitución de 1925, consecuente con las nuevas ideas y con las nuevas necesidades, consagró expresamente los tribunales administrativos con plenitud de jurisdicción. Por esto, es sobremanera curiosos que, en pleno auge de los estudios administrativos y ante la evidencia de la ruptura de los viejos moldes del Derecho Público, surja una teoría que coincida con la de Hunneus en sus líneas fundamentales y la lleve más allá en su intransigencia. [159]

⁴⁹ V. supra 85.

⁵⁰ “Suprimanse cuanto antes las otras atribuciones judiciales que aún inviste el Consejo de Estado, y deróguese por completo y con mano firme, todo aquello que aún se conserva en nuestras instituciones del sistema francés que se ha bautizado con el curioso nombre de administrativo-contencioso, y no tendremos para qué preocuparnos de crear autoridades que nada tendrían que resolver”. (HUNNEUS, ob. cit., pág. 213, V. además pág. 226 y ss.).

⁵¹ La competencia de los tribunales ordinarios no puede extenderse a juzgar las contenciones que tienen su origen en los actos administrativos del Poder Ejecutivo ni en los negociados que, por su naturaleza, pertenecen a la administración de este Poder” (LASTARRIA, cit. Por HUNNEUS en ob. cit., pág. 226).

⁵² V. HUNNEUS, ob. cit., pág. 230. V. también págs. 213 y 214.

ADDENDA

Expresamos repetidamente, a través de esta tesis, que la ausencia de un contencioso anulatorio no ha significado la indefensión de los administrados en Chile. Si bien la existencia de un recurso de anulación como el francés, es una de las garantías más sólidas contra los actos ilegales de la Administración, no se puede decir que sea el único instrumento destinado a controlarla. El control jurídico sobre los actos de la Administración está compuesto de varias etapas, y un sistema que tienda a la perfección debe tratar de coordinarlas de manera que jueguen interdependientemente.

En Chile existen las tres clases principales de control jurídico sobre la Administración: el control parlamentario, el control administrativo y el control jurisdiccional.

El control parlamentario encuentra su fundamento en el artículo 39 de la Constitución, que confiere a la Cámara de Diputados la facultad de fiscalizar los actos del gobierno. No se trata de la fiscalización propia del régimen parlamentario, puesto que las observaciones y acuerdos que la Cámara efectúe en este rubro no afectan la responsabilidad política de los ministros de Estado. Por otra parte, la Ley 8707 de 19 de diciembre de 1946 amplió las posibilidades de este control al crear las discutidas consejerías parlamentarias, por medio de las cuales se otorgó asiento en los Consejos de los entes autónomos a dos representantes de la Cámara de Diputados y a dos representantes del Senado⁵³.

El control administrativo que efectúa la misma Administración sobre sus actos puede ser jerárquico, realizado por órganos dependientes o realizado por órganos autónomos. Dentro del control realizado por órganos autónomos reviste especial importancia el que efectúa la Contraloría General de la República al examinar preventivamente la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos.

El control jurisdiccional es el que, desgraciadamente, se encuentra trunco debido a la ausencia de tribunales administrativo. Funciona parcialmente, debido a que leyes

⁵³ No es del caso externos en el examen de las serias y fundadas críticas que se han hecho a esta ley; basta mencionar, muy de paso, que su constitucionalidad presenta dudas puesto que extiende al Senado las facultades fiscalizadoras en la Carta Fundamental depositó exclusivamente en la Cámara de Diputados, y que, al otorgar derecho a voz y a voto a los parlamentarios dentro de los Consejos, ha desvirtuado la función fiscalizadora que estos llegan a ejercer.

especiales ha ido dando competencia para conocer de asuntos contencioso-administrativos a los tribunales ordinarios⁵⁴, y a que se han constituido tribunales especializados en determinadas materias para velar por la legalidad de los actos administrativos que inciden en ellas⁵⁵. De entre las disposiciones legales que han otorgado [160] competencia a los tribunales ordinarios para conocer de asuntos contenciosos-administrativos, es digna de mención la contenida en el artículo 115 de la Ley N° 11.860, sobre organización y atribuciones de las Municipalidades. Este artículo sanciona un verdadero recurso contencioso-administrativo por exceso de poder, dentro del ámbito municipal, al facultar a los particulares para reclamar contra las resoluciones y omisiones ilegales de la Municipalidad o del alcalde. Con gran dominio de la doctrina, establece primero la obligación de agotar la vía administrativa por medio de recursos gratuitos y contempla diversos plazos conforme sea el grado de interés del recurrente, establece los efectos jurídicos del silencio de los órganos ante quienes se recurre, y termina concediendo un recurso al administrativo para ante la Corte de Apelaciones respectiva en caso de que sus reclamaciones fueren desestimadas por el alcalde o por la Municipalidad. Esta disposición plantea todos y cada uno de los problemas que se presentan dentro de la plena jurisdicción contenciosos-administrativa. Es interesante anotar como, en muchos aspectos, la legislación municipal es más sensible a los adelantos técnicos jurídicos, y puede servir de modelo para elaborar disposiciones más generales.

Por último, y aparte de la clasificación tripartita, podemos mencionar al juicio político, que es un procedimiento constitucional especial, que amalgama las características del control político y del control jurisdiccional, destinado más bien a perseguir la responsabilidad penal de las autoridades y altos funcionarios que se mencionan en las distintas letras del artículo 39 de la Constitución.

Estos son, a grandes rasgos, los medios hábiles en Chile para controlar la legalidad de los actos de la Administración. Como se puede comprobar, ninguno de ellos es exclusivo y excluyente; todos en relación necesaria, simultánea o sucesiva⁵⁶. La implantación de los tribunales administrativos y de un contencioso anulatorio eficaz no debe significar la merma de ninguno de ellos; será el eslabón que falta para cerrar la cadena del control.

De todos modos, no se puede olvidar que un sistema que otorgue plenas garantías a los administrados es, por el momento, un ideal. Cuando veamos implantadas las instituciones y aplicados los principios que se propugna en esta tesis, ya las metas del Derecho Administrativo se habrán ubicado en otras perspectivas, confirmando la intangibilidad de lo ideal. Solo quedará claro e inamovible, que todas estas tentativas dirigidas a controlar los actos de la Administración y a otorgar a los administrados los medios necesarios para impugnar sus actos de la Administración y a otorgar a los administrados los medios necesarios para impugnar sus actos ilegales, obedecen al íntimo convencimiento de que un ordenamiento jurídico que solo pretenda valer para algunos hombres y para algunos casos, no es Derecho sino arbitrariedad. [161]

Bibliografía citada

- A. Obras generales y especiales.
 ALTAMIRA, Pedro Guillermo (1942), *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Edit. Assandri, Córdoba.
 AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1952), *Manual de Derecho Administrativo*. Edit. Jurídico de Chile
 _____ (1958) *Derecho Administrativo*, 3 t., apuntes de clase. Edit. universitaria, Santiago.
 BERNASCHINA, Mario (1954, 1955) *Manual de Derecho Constitucional*, 2 t., Edit. Jurídica de Chile.
 BIELSA, Rafael (1955-57) *Derecho Administrativo y ciencia de la administración*, 5 t. Edit. Roque Depalma, Buenos Aires, 5.a ed.
 _____ (1939) *Derecho Administrativo*, 3t. Edit. J. Lajouane y Cía., Buenos Aires, sf, 3.a ed.

⁵⁴ Técnicamente, creemos que existe en estos casos una tácita subrogación de los tribunales administrativos; hay disposiciones, como el artículo 90 de la ley N° 11860, que así lo establecen expresamente, pero son excepcionales. Una lista bastante completa de los casos en que los tribunales ordinarios conocen de asuntos típicamente contencioso-administrativos se puede ubicar en el Manual de Derecho Administrativo de Aylwin, ya citado, pág. 299 y ss.

⁵⁵ V., gr el Tribunal de Cuentas, los tribunales aduaneros, los tribunales sobre reclamación de avalúos de los bienes raíces, los Tribunales sobre impuestos. V. SILVA CIMMA, *Apuntes de clases cit.*, i, II, pág. 412 y ss.

⁵⁶ En acertada síntesis, expresa Manuel Daniel: "Podría pensarse en un proceso integral de control jurídico que comenzara con procedimientos administrativos regulados convenientemente por la ley, incluyéndose los recursos ante la propia Administración, y culminara con un sistema de lo contencioso-administrativo, estructurado sobre la base de tribunales administrativos especializados e independientes, pero, sin interferir si uno si otro control, admitir también un contralor preventivo de legalidad administrativa, a cargo de un órgano constitucionalmente autónomo, todo ello sin desmedro del control parlamentario, accionado por el impulso de la opinión pública, que ha de estar suficientemente informada de los actos de la Administración". (informe cit., pág. 49).

- _____ (1939) *El recurso jerárquico*, Impr. de la Universidad, Rosario, 2.a ed.
- _____ (1957) *El estado de necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, 2.a ed.
- _____ (1956) *Cuestiones de jurisdicción*. Edit. La Ley, Buenos Aires
- COLOMBRES, René Gastón (1941) *Teoría General del recurso por exceso de poder*. Edit. La Raza, Tucumán
- DARESTE, Rodolphe (1898) *La justice administrative en France*. Paris, 10.a ed.
- DIEZ, MANUEL María (1956) *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Americana, Buenos Aires
- FLEINER, Fritz (1933) *Instituciones de Derecho Administrativo*. Edit., Labor, Barcelona
- FRAGA, Gabino (1958) *Derecho Administrativo*. México, 6.a ed.
- FRAGOLA Umberto (1964) *Gli Atti amministrativi*. Turín, Italia
- GARRIDO FALLA, Fernando (1954) *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- _____ (1956) *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1958) *Justicia administrativa*. Colección Textos Legales. Madrid.
- GUERRA, José Guillermo (1929) *La Constitución de 1925*. Edit. Balcels y Co., Santiago.
- HAURIUO, André (1933) *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*. En *Mélanges Carre de Malberg*,. Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 5.a. ed.
- HAURIUO, Maurice (1914) *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris, 8.a. ed.
- HUNNEUS, Jorge (1890) *La Constitución ante el Congreso*, 2 t. Impr. Cervantes, Santiago
- IRIBARREN, Juan Antonio (1936) *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2 tomos. Editorial Nascimento, Santiago
- JARA CRISTI, Manuel (1948) *Manual de Derecho Administrativo*. Edit. Jurídico de Chile
- JÉZE, Gaston (1928) *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Editorial Reus, Madrid
- _____ (1948-50) *Principios generales del Derecho Administrativo*, 7 tomos. Edit. Depalma. Buenos Aires
- LINARES, Juan Francisco (1958) *Poder discrecional administrativo*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MÉNDEZ, Aparicio (1952) *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*. Bibl. De Revista de Derecho Público y Privado", Montevideo.
- MERKL, Adolfo (1935), *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, sf. [162]
- MILLAS, Jorge (1957) *Filosofía del Derecho*, apuntes de clases en 2 tomos. Edit. Universitaria, Santiago.
- PAREDES, Ángel María (1929), *Naturaleza del Poder Público y del sometimiento del hombre a las autoridades del país*.
- POSADA, Adolfo (1923) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid, 2.a ed.
- PRAT, Julio (1957) *De la desviación de poder*. Montevideo,
- RADBRUCH, Gustav (1933) *Filosofía del Derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.a. ed.
- SARRIA, Félix (1936) *Teoría del recurso contencioso-administrativo*. Córdoba.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953) *Tratado de derecho administrativo*, t. I., Talleres Gráficos Bianchi-Altuna, Montevideo.
- _____ (1958) *Derecho Administrativo*, apuntes de clases, 1. a. parte, Montevideo
- SILVA CIMMA, Enrique (1954) *Derecho Administrativo chileno y comparado*, t. I. Edit. Jurídica de Chile.
- _____ (1955) *Derecho Administrativo*, apuntes de clases, en 2 tomos. Edit. Universitaria, Santiago
- STASSINOPOULOS, Michel (1954) *Traité des actes administratifs*, Colletios de L'Institute Français d'Athènes,
- VITTA, Gino (1948) *Diritto Amministrativo*, t. I. Torino.
- WALINE, Marcel (1950) *Traité elemntaire de Droit Administratif*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 5.a. ed.
- WELTER, Henri (1929) *Le control juridictionnel de la moralité administrative*. Librairie du Recueil Sirey, Paris 5.a. ed.
- ZANOBINI, Guido (1954) *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Edit. Arayú-Depalma Buenos Aires.
- B. Memorias de egresados
- COLOMBO, Juan (1960) *"La competencia"*. Edit. Jurídica de Chile.
- JARA MIRANDA, Eduardo (1959) *"La nulidad en el Derecho Público"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- LOMA OSORIO, Cecilia y MORENO OJEDA, Benjamín. (1958) *"Los decretos"*. Edit. Universitaria, Santiago
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (1960) *"Concepto de acto administrativo"*, Edit. Jurídica, Santiago.
- PEREIRA, Osvaldo (1959) *"Discrecionalidad administrativa"*. Edit. Universitaria, Santiago
- PÉREZ ZAÑARTU, José Luis (1957) *"Ensayo de una teoría de ejecución al Fisco chileno"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- PEYRELONGUE, Gastón (1959) *"Jurisprudencia sobre actos y contratos administrativos"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- POBLETE GAJARDO, Vicente (1958) *"Ensayo de un diccionario de la Constitución Política de la República de Chile"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- RUBIO, Isaac (1960) *"Procedimiento de formación del acto administrativo"*. Edit. Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, Enrique (1945) *"La Contraloría General de la República"*. Impr. Nascimento, Santiago.
- ZÚÑIGA IVANY, Fernando (1959) *"El poder discrecional de Estado"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- C. Publicaciones periódicas.
- I. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Vol. I, enero 1952, diciembre 1954, N^{os} 1-3. [163]
- MILLAS, Jorge (1956) *"Las dos clases de proposiciones en la ciencia del Derecho"*. Vol. III, enero-diciembre N^o 5.
- MILLAS, Jorge, "Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del Derecho".
- II. Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Año XVIII, N^{os} 45-48
- BERNASCHINA Mario *"Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas"*
- III. Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos. Madrid N^o 8.- mayo-agosto 1952.

- GARRIDO FALLA, F. "El recurso subjetivo de anulación". N° 10.- enero-abril 1953.
- ROYO-VILLANOVA, S. "La Administración y la Política".
- CLAVERO ARÉVALO, M. F. "Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo.
- SERRANO GUIRADO, E. "El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado.
- GARRIDO FALLA, F. "Una polémica sobre la enseñanza del Derecho" N° 11.- mayo-agosto 1953.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J. "Los fines de la Administración".
- GUAITA MARTORELL, A. "Administración institucional y recurso contencioso-administrativo". N° 13.- enero-abril 1954.
- LESSONA, Silvio Piero. "La ejecución de sentencias y decisiones en la justicia administrativa italiana".
- GARRIDO FALLA, F. "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa".
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J. "La unidad del Estado y el problema de la ejecución de sentencias". N° 15.- septiembre-diciembre 1954.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. "Consideraciones sobre el contencioso francés" N° 16.- enero-abril 1955.
- GARRIDO FALLA, F. "La llamada doctrina del silencio administrativo". N° 20.- mayo-agosto 1956.
- ENTRENA CUESTA, R. "La reforma de la Administración Pública en Italia". N° 22.- enero-abril 1957
- MARTÍN- RETORTILLO, S. "La desviación de poder en el Derecho Español"
- ALVAREZ GENDIN, S. "Garantías de los ciudadanos frente a la Administración. Los tribunales en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo". N° 23.- mayo-agosto 1957.
- GALLIDO FALLA, F. "La administración como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas".
- MARTÍN RETORTILLO, S. "Exceso de poder como vicio del acto administrativo".
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. "La suspensión de acuerdos por la jurisdicción contencioso-administrativa" N° 25.- enero-abril 1958
- GUAITA MARTORELL, A. "Eficacia del acto administrativo".
- IV. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Año III. octubre-diciembre 1952, Cattaneo, "Del acto administrativo en general".
- D. Otras fuentes.
- Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Fac. de C.J. y S. Edit. Nascimento, Stgo., 1942. [164]
- Actas de la Constitución de 1925, Impr. Universitarias, Santiago, 1925.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Edit. Jurídica de Chile Tomos de la Constitución y leyes políticas, y de las Leyes administrativas sobre Municipalidades.
- Documentos de trabajo de las Segundas Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas. Santiago, septiembre de 1959.
- Documentos de trabajo y actas del "Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo". Buenos Aires, agosto-septiembre de 1959.
- Dictámenes de la Contraloría General de la República.

Luis Claro Solar y el contencioso administrativo: Reedición de un desatendido fragmento de su obra

Alejandro Vergara Blanco¹

Se reproduce, con algún aparato crítico, un fragmento (algo más de tres páginas, con sus notas) del tomo sexto de las *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, de Luis Claro Solar, quien, en 1930, a propósito del desarrollo de la materia del cumplimiento de las deudas del Fisco, se refiere al contencioso administrativo; páginas estas que son de interés para la historia del Derecho administrativo chileno.

Anotación introductoria

La desatendida influencia de un civilista en la ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile

En esta breve nota inicial me refiero a dos aspectos relacionados con el texto que reedito. Primero, muestro el interés de Luis Claro Solar, eminente civilista, en algunos temas de Derecho administrativo; y, segundo, su desatendida influencia en la ausencia de tribunales del contencioso administrativo. Acaso esto puede servir de contexto y antecedente para una renovación de los estudios sobre la Historia del Derecho administrativo, en especial del tema de la resistencia a la creación de tribunales del contencioso administrativo en nuestra patria.

Al parecer, la convicción de no crearlos ya se había asentado a fines del s.XIX (específicamente desde 1874) y la decisión de no hacerlo se instaló a principios del s.XX. Ni siquiera el prestigio del naciente contencioso francés permitió que ello ocurriera. Al respecto, es relevante revisar la obra de un importante civilista de la época: Luis Claro Solar (1857-1945)² para comprender la indecisión que respecto de estos tribunales se ha mantenido hasta hoy.

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 Sobre lo que ya me referí en Vergara 2024, en que resumo el relato de este notable autor.

Artículo recibido el 26 de agosto de 2024 y aceptado el 27 de septiembre de 2024.

1. La preocupación de Luis Claro Solar por algunos temas y autores de Derecho administrativo

Luis Claro Solar, jurista eminente de Derecho civil de principios del s.XX, se consagró como tal por su obra máxima, las *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, de 17 volúmenes, al que dedicó la mitad de su vida, en que trata las principales materias del Derecho civil³. Pero, en esas *Explicaciones* denota también un gran conocimiento de los autores y temas de Derecho administrativo, general y especial, como es el caso de las materias relativas a los bienes públicos, minas y aguas, todas las cuales son desarrolladas ampliamente y con gran erudición. Cita a los más actuales administrativistas de la época, a propósito de diversas materias, en especial aquellas relacionadas con bienes públicos y órganos administrativos; es el caso de Henry Berthélemy; de Jean-Baptiste-Victor Proudhon; de Maurice Hauriou y de Léon Duguit⁴.

2. Luis Claro Solar y el contencioso administrativo

Existen unas páginas de Claro Solar muy relevantes para la Historia del Derecho administrativo, y muestran la muy probable influencia de este civilista en el tema del contencioso administrativo; ello ocurre en una época de casi desaparición de la cultura doctrinaria del Derecho administrativo en nuestro país, a raíz de la virtual ausencia de especialistas en esa época de inicios del s.XX, o de siquiera algún grupo de ellos, pues se produjo hasta fines de

³ Véase la lograda síntesis de su vida y obra que ofrece CORRAL TALCIANI 2004.

⁴ De Berthélemy, cita su *Traité de la juridiction et des recours contentieux*, de 1896, de Proudhon, su *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 1833; de Hauriou (cita la 11ª. edición de 1927 del *Précis de droit administratif et de droit public*; de Duguit, su *Traité de droit constitutionnel*, 2ª. ed., de 1921, entre otros.

la década de 1930 un verdadero apagón de la disciplina⁵.

Y tal ausencia de administrativistas, entonces, parece haber sido llenada por un civilista; como he adelantado: Luis Claro Solar. Al respecto, y para probar este aserto, cabe rescatar un testimonio muy significativo suyo, pues parece desconocido. Cabe recordar que Claro Solar no solo fue un civilista muy relevante, sino que, además, como mostramos, sus ideas sobre la materia pudieron haber sido determinantes para el derrotero del contencioso administrativo. Cabe agregar que sus ideas doctrinarias pudieron haberse complementado con su faz de político⁶ y, también, eventualmente, de gestor administrativo⁷. Tales ideas las desarrolla en tono doctrinario en tres páginas y dos notas al pie, contenidas en el tomo sexto de sus *Explicaciones*. En efecto, en este tomo, dedicado al derecho de bienes, Claro Solar incorpora un apartado relativo al *Estado como deudor o acreedor*⁸, a raíz de lo cual trata la materia del contencioso administrativo. Puede verse su texto en el Anexo.

⁵ Como lo muestro en VERGARA 2019, los libros de texto de Derecho administrativo de Santiago Prado, José Domingo Amunátegui y Valentín Letelier (de 1859, 1900 y 1907, respectivamente) solo vinieron a ser complementados treinta años después por los de Juan Antonio Iribarren, Manuel Jara, Agustín Vigorena y Guillermo Varas (de 1936, 1943, 1947 y 1948, respectivamente). Y, desde ahí, otro salto cronológico se producirá hasta los textos de Enrique Silva Cimma y Patricio Aylwin (de 1954 y 1959, respectivamente).

⁶ Luis Claro Solar, además de tratadista, fue político. Perteneció siempre al Partido Liberal e incluso dejó su cátedra de derecho civil en la Universidad de Chile, cuando fue elegido por ese partido senador por Aconcagua en 1912. Fue reelegido por el período 1918 a 1924 y por el de 1924-1930. En 1918 fue ministro de Hacienda del gobierno de Sanfuentes. Véase: VALENCIA 1986, Tomo II (segunda parte, en esta edición).

⁷ Pudo haber sido determinante su oposición a la creación de los tribunales contencioso-administrativos, dada su condición de político (como digo más adelante) y su supuesta condición de gestor administrativo. MONTT 2005 señala: "Si hemos de creerle a nuestro gran poeta Vicente Huidobro, el famoso profesor de Derecho civil Luis Claro Solar habría sido también un gestor administrativo. Su opinión es la siguiente: "individuo de pésimos antecedentes como gestor administrativo. La opinión pública lo condena como la cabeza visible de una compañía de abogados gestores compuesta de sus hijos Santiago, Héctor, Gustavo, Carlos Larraín Claro y Samuel Lastarria, denominados con sorna en los círculos políticos y sociales como 'la cueva de Alí Babá y de los cuarenta ladrones'". De ser esto efectivo, es significativo que el más grande tratadista de Derecho Civil haya sido al mismo tiempo un gran gestor administrativo" (p. 258; en versión de 2015, p. 137, en nota). Se refiere a una publicación de HUIDOBRO 1925, que cito en la bibliografía.

⁸ CLARO SOLAR 1930 tomo VI, pp. 268-271; páginas que transcribo *infra*, en el anexo.

Podemos sintetizar lo que dice Claro Solar del siguiente modo:

- a) Su asistencia en París a un curso de Derecho administrativo con Henry Berthélemy

En nota 206 (p. 269) cuenta que entre 1929 y 1930 tuvo la oportunidad de estar en Francia y asistir a las 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 escuchó cómo el respetable profesor hacía una comparación entre el contencioso administrativo francés y el contencioso administrativo inglés, y que, por cierto, destacaba que el francés había ido desarrollándose de un modo admirable y que podría ser muy superior al contencioso administrativo inglés. Pero, apunta Claro Solar, que él piensa lo contrario a ese respetable profesor francés; dice, 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 así entregado a los tribunales ordinarios el conocimiento de las causas contencioso-administrativas.

Con lo cual muestra su rechazo al contencioso administrativo *a la francesa*.

- b) Su crítica de la norma programática de la Constitución de 1925 sobre la creación de unos tribunales especiales del contencioso administrativo

En nota 207 (pp. 270-271) se refiere al artículo 87 de la Constitución de 1925, la que, recordamos, señalaba:

Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

Dice a su respecto Claro Solar que él está absolutamente en contra de la solución que dio ese artículo 87 de la Constitución, esto es, la creación dentro del Poder Judicial –lo que por lo demás no estaba claro en ese artículo– de unos tribunales administrativos.

Con lo cual muestra su rechazo a unos tribunales especiales del contencioso admi-

nistrativo. 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.

Pero, la influencia de Luis Claro Solar no solo se produjo por este testimonio doctrinario, pues él, como senador desde 1912 a 1927, llegando a ser presidente del Senado en un período, debe haber intervenido en el tema; en esa instancia, debe de haber pesado su influencia como político también. La historia de esas intervenciones suyas al interior del Congreso Nacional está por escribirse.

3. El resultado: nunca fueron creados los tribunales del contencioso-administrativo

¿Qué había pasado desde el s.XIX y hasta la fecha en que escribe Claro Solar, en 1930? Recordemos que, previamente, en 1874, por reforma constitucional, se había reorganizado el Consejo de Estado (que habíase creado en 1833 inspirado en el modelo francés, el mismo que dio origen en Francia al contencioso administrativo). Esa reforma de 1874 se realizó dado que en esa época se consideraba que la atribución del Consejo de Estado de resolver disputas de órganos administrativos con contratistas atentaba contra la separación de poderes; entonces, se le entregó formalmente al Poder judicial el conocimiento de esas contiendas contractuales de naturaleza administrativa. Se desconfiaba del Consejo de Estado. En esa época, fue la influyente opinión de Jorge Huneeus la que triunfó, quien proponía un modelo de jurisdicción contencioso-administrativa a la inglesa, confiada enteramente al Poder Judicial⁹. Lo que ocurrió desde 1874 a 1925 se está por investigar y escribir. Parece, a primera vista, una época anárquica y anómica, a la vez: de desorden y ausencia de reglas.

Pero, en 1925, como una opción distinta, se incorpora en la Constitución un art. 87 que prevé la creación de unos tribunales administrativos especiales. Nótese que no era ninguna de las dos opciones anteriores: no era lo mismo que el Consejo de Estado (existente hasta 1874) ni el modelo inglés (propugnado por Huneeus).

En 1930, Luis Claro Solar alza su voz doctrinaria y señala que ese art. 87 de la CPR de

1925 era un grave retroceso, pues a su juicio se trataba de tribunales *ad hoc*, los que darían lugar a abusos; y su propuesta era una tercera opción, como digo más arriba: que los tribunales ordinarios se encargaran de la jurisdicción contencioso-administrativa, volviendo así a la propuesta de Huneeus a fines del s.XIX. Pero Claro Solar tenía otras instancias complementarias a la anterior, en donde hacerse oír y actuar: la política y, eventualmente, la de la gestión administrativa.

El fin de esta historia es conocida: entre nosotros, los tribunales del contencioso administrativo nunca fueron creados.

Bibliografía citada

- CLARO SOLAR, Luis. (1930). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Cervantes. Tomo sexto (De los bienes, I), pp. 268-271.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004). Luis Claro Solar (1857-1945). *Juristas universales*. Rafael Domingo (ed.). Madrid: Marcial Pons, Tomo 3, pp. 686-690.
- HUIDOBRO, Vicente [1993 (1925)]: "Gestores administrativos y políticos peligrosos", en: DE LA FUENTE, José Alberto: *Vicente Huidobro. Textos inéditos y dispersos* (Santiago, Biblioteca Nacional), pp. 121-130. [Publicado originalmente en la revista *Acción*, año I, N° 3, pp. 1-2, Santiago, 7 de agosto de 1925].
- HUNEEUS ZEGERS, Jorge. 1891. *La Constitución ante el Congreso*. Santiago: Imprenta Cervantes, Tomo II.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2015 [2005]): "Codificación y futuro de la enseñanza jurídica en Chile" en: MARTINIC, María Dora; TAPIA, Mauricio. [directores] y RÍOS, Sebastián [colaborador], *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I (Santiago, LexisNexis) [reproducido en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 21 [julio-diciembre 2015] pp. 131-170]
- VALENCIA AVARIA, Luis (1986). *Anales de la República*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- 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 chilenas de derecho público de 2014*. Santiago: Ediciones UC, pp. 582-606 [reproducido en: (2023). *El Derecho administrativo como sistema autónomo*. Valencia: Tirant, pp. 207-229].
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2024). Ausencia de tribunales del contencioso administrativo en Chile: ¿falta de influencia de la doctrina? El caso de Luis Claro Solar. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 39 [enero-junio 2024] pp. 223-225 [publicado previamente en: *Grandes juristas. Su aporte a la construcción del Derecho*. (2024). Alejandro Vergara Blanco (editor). Santiago: Ediciones UC, pp. 64-68].

⁹ HUNEEUS 1891, pp. 826-827.

Anexo. Texto del fragmento¹⁰ [268]

*Lo contencioso administrativo*¹¹

Las dificultades que pueden ocurrir en el cumplimiento de las obligaciones en que el Fisco figure como acreedor o deudor, constituye, una contienda entre partes, un asunto contencioso o causa civil cuyo conocimiento y juzgamiento corresponde a los tribunales establecidos por la ley para el conocimiento y juzgamiento de toda causa civil.

En esta materia, en nuestra legislación se había llegado a la solución que asegura la separación e independencia recíprocas de los poderes públicos, consagrando la verdadera libertad política.

La Constitución promulgada el 25 de mayo de 1833, que señaló debidamente las facultades que constituyen el poder judicial, al disponer en su art. 108 que «la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley», declaraba, sin embargo, en abierta contradicción e inconsecuencia con este principio fundamental, en el art. 104, que era atribución privativa del Consejo de Estado: «7.ª resolver *las disputas* que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el gobierno Supremo y sus agentes»; y como si esto no fuera ya excesivo, daba también al mismo Consejo de Estado, presidido por el Presidente de la República y compuesto de los Ministros del Despacho y de nueve miembros más que el Presidente de la República nombraba y removía a su voluntad, la atribución de conocer en las competencias [269] que ocurrieren entre las autoridades administrativas y los Tribunales de justicia...

Este sistema, copiado de las instituciones del primer imperio Napoleónico, que hacía por una parte ilusoria la independencia del poder judicial¹² colocaba por otra parte en una

situación de excepción a los particulares que contrataban con el Fisco representado por el Gobierno central o sus agentes entregando en el hecho, a una de las partes, la resolución de las contiendas o disputas a que pudieran dar lugar las cláusulas oscuras, ambiguas o dudosas de un contrato, o la manera como los convenios sobre suministros, construcción de obras o trabajos públicos, eran ejecutados. El Gobierno, con quien el particular contrataba, quedaba convertido, en este sistema que los franceses han bautizado con el nombre de *administrativo contencioso*, en juez y parte, con evidente menoscabo de los derechos de otra parte contratante que, en el hecho, había de pasar por lo que los funcionarios administrativos quisieran¹³.

La reforma constitucional realizada por la ley de 24 de octubre de 1874, que dio otra organización al Consejo de Estado, reduciendo la intervención del Presidente de la República en la designación de sus miembros, quitó al Consejo de Estado la 7.ª atribución que le daba el art. 104 de conocer en las cuestiones referentes a contratos celebrados por el Gobierno o sus agentes, que desde entonces pasaron a ser regidas únicamente por la regla

Ejecutivo, si la decisión de las competencias entre Autoridades administrativas y Tribunales de justicia hubiera quedado confiada a estos últimos. Ante la dificultad que se presentaba se echó mano del arbitrio cómodo, inventado por los déspotas, de someterlo todo al Poder Ejecutivo; y creyéndose que era menester dictar una regla, se adoptó la que robustecía la administración sin preocuparse, poco ni mucho, de si debilitaba o no al Poder Judicial.».

¹³ [nota 206] En 1929-1930 tuvimos la suerte de asistir a un interesante curso de derecho administrativo del distinguido profesor M. H. Berthélemy, miembro del Instituto y decano de la facultad de derecho de París, en que hizo un estudio comparativo del sistema francés y del sistema inglés sobre los recursos de que los particulares puedan hacer uso contra los actos ilegales o perjudiciales de las autoridades. El eminente profesor se empeñó en demostrar las ventajas del sistema Napoleónico manifestando que el Consejo de Estado francés había sido una preciosa garantía para los particulares, quienes en todas las épocas de la historia política de Francia y a pesar de los grandes trastornos experimentados en ese país, habían obtenido siempre plena justicia y en forma más rápida y mucho menos gravosa pecuniariamente hablando, que la que habrían podido obtener de los jueces ordinarios. El Consejo de Estado, según Berthélemy ha asegurado en forma práctica efectiva la responsabilidad de los funcionarios administrativos; y a ello atribuye, que esta institución, de origen napoleónico, no haya desaparecido y mantenga su indiscutible autoridad.

Por nuestra parte, partidarios decididos del principio fundamental de la separación de los poderes públicos, que estimamos la verdadera garantía de la libertad política en todo gobierno democrático representativo, no podemos asentir a la tesis del eminente profesor y consideramos que nuestra reforma constitucional de 1874 consagra el sistema más conveniente y que mejor asegura la efectividad de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

¹⁰ Fuente: CLARO SOLAR, Luis. (1930). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Cervantes. Tomo sexto (De los bienes, I), pp. 268-271 (con sus notas 205, 206 y 207). [en la transcripción se indican los cambios de página señalando la numeración entre corchetes; todas las notas son de Luis Claro Solar, salvo la inicial del editor]

¹¹ Nota del editor: En el original, el título que consignamos va precedido de la expresión "*Jurisdicción aplicada*".

¹² [nota 205] «Si un simple inspector tiene la fantasía de formar competencia a la Corte Suprema, decía Huneeus en *La Constitución ante el Congreso*, t. 2, pág. 224, edic. de 1880, la cuestión debe ser resuelta por el Consejo de Estado que forma parte del poder ejecutivo. Con semejante sistema de independencia del Poder Judicial es tan ilusoria como creyó la Constitución que lo sería la del

establecida en su art. 108 y entregado su conocimiento, como el de toda causa civil, a los tribunales ordinarios. Quedó así consagrado en esta materia, en toda su integridad, el principio fundamental del art. 108, de separación e independencia recíproca de los poderes públicos según el cual «ni el Congreso, ni el Presidente de la República, pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos [270] fenecidos» que es la más preciada garantía de la libertad política de los particulares. El Consejo de Estado no conservó otras facultades judiciales que las de conocer en materias de patronato y protección que se redujeran a contenciosas, en las competencias entre autoridades administrativas y entre éstas y las judiciales y la declaración de haber o no lugar a la formación de causa en materia criminal contra las Intendentes y Gobernadores.

La ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875 que, aplicando este principio prohíbe al poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos, dispuso al mismo tiempo, en resguardo de las atribuciones del poder judicial, que «a los tribunales que establece la presente ley estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan».

En la Constitución sometida al plebiscito de 30 de agosto de 1925 se ha suprimido el Consejo de Estado; y en el art 80 se ha reproducido literalmente el art. 108 de la Constitución de 1833. Es cierto que la Constitución reformada establece en el art 87, que «habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las Autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley». Pero, aunque este artículo importe una excepción injustificada de los verdaderos principios que deben asegurar la libertad individual en una República democrática y limite la aplicación lógica y correcta del precepto que ha sancionado en su primitiva amplitud el art. 80, es evidente que en lo que se refiere a la relaciones entre el Estado y los particulares, como acreedor y deudor aquél, son los tribunales ordinarios los llamados a conocer en las con-

tiendas a que el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones respectivas pueden dar lugar¹⁴. El sistema de lo *ad- [271] ministrativo-contencioso* no existe entre nosotros; y por lo mismo no pueden seguirse en Chile las reglas que los publicistas franceses establecen sobre estas materias.

¹⁴ [nota 207] Es realmente sensible que los reformadores de 1925 hayan abierto la puerta a los llamados *tribunales administrativos*, palabras contradictorias en sí mismas; y que hayan querido que los *actos o disposiciones arbitrarios*, es decir, los actos o disposiciones abiertamente contrarios a las leyes, los abusos conculcadores del derecho de propiedad o de las garantías individuales, del *habeas corpus*, que en todo país bien constituido deben estar sólidamente amparados, se substraigan al conocimiento de los tribunales ordinarios y se confíen a tribunales *ad hoc*. Se ha querido seguramente robustecer la autoridad política o administrativa, que se cree puede verse desmembrada si los actos o disposiciones arbitrarios de los funcionarios políticos o administrativos son sometidos a los tribunales ordinarios; pero se olvida que «ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes», y que «todo acto en contravención a este artículo (art. 4 de la Constitución de 1925 que reproduce el art. 151 (160) de la Constitución de 1833) es nulo. Los actos o disposiciones de los individuos que ejercen autoridad política o administrativa dejan de ser actos o disposiciones de autoridades políticas o administrativa desde que son arbitrarios, no autorizados por la ley que regula sus atribuciones, y atentatorios de la libertad y demás derechos de los ciudadanos: Son actos abusivos de individuos particulares que no hay razón para sustraer al conocimiento de los tribunales. El art. 87 de la Constitución promulgada en 1925 importa un grave retroceso hacia las ideas condenadas por la reforma liberal de 1874: se ha suprimido el Consejo de Estado, confiando al Senado las facultades judiciales que se habían dejado a esta corporación, pero se ha introducido esta [271] novedad de tribunales administrativos para las reclamaciones a que puedan dar lugar los abusos de las autoridades políticas o administrativas, dándoles un *fuero* que jamás había existido.

El principio de autoridad es una necesidad imprescindible para asegurar el orden y la libertad de los habitantes de un país; pero el respeto que les es debido no se obtiene substrayendo a la sanción inmediata de los tribunales los abusos que lo comprometen.

Consideramos también contrario al principio consagrado por el art. 80 de la Constitución de 1925, el establecimiento de tribunales especiales que han creado algunas leyes llamadas sociales, y algunas leyes de hacienda. Por lo que hace, especialmente a estas últimas, se introduce una lamentable confusión de las atribuciones administrativas con las judiciales en que el derecho de los particulares es sacrificado, porque los deja entregados a la buena o mala voluntad de los funcionarios administrativos. Con la confianza que tenemos en el triunfo de los verdaderos principios del derecho, creemos que no ha de demorar su restablecimiento. El derecho, que es justicia y verdad, tiene tarde o temprano que romper las tinieblas que momentáneamente puedan ocultarlo; es él la verdadera fuente de progreso.

Karen ASENJO ASENJO (Editora) (2024)

La modernización del derecho administrativo. Reflexiones a 20 años de las leyes de procedimiento, contratación y alta dirección pública. Santiago: Thomson Reuters, 656 pp.

La publicación objeto de esta reseña es una colección de las versiones escritas de las ponencias presentadas en las Actas de las XIX Jornadas de Derecho Administrativo, que fueron organizadas conjuntamente por la Asociación de Derecho Administrativo (ADAD) y la carrera de derecho de la Universidad de Los Lagos, esta última como anfitriona del evento, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre del año 2023. El tema de las jornadas fue "La Modernización del Derecho Administrativo: Reflexiones a 20 años de las leyes de procedimiento, contratación y alta dirección pública". En efecto, habiendo transcurrido dos décadas desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, la Ley N° 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios y la Ley N° 19.882 que creó el Sistema de Alta Dirección Pública y el Servicio Civil, como cuerpos normativos destinados a mejorar la gestión estatal, es un indudable la necesidad de debatir los avances y retrocesos que ha experimentado la ejecución de dichas leyes para la práctica del Derecho Administrativo en Chile.

Los temas tratados en esta obra son relevantes no solo por el momento en el que se discuten, ad portas de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.634 que modifica a la ley N° 19.886 de Compras Públicas, sino también por la necesidad de contrastar si los objetivos perseguidos con la dictación de estas leyes se han alcanzado en el tiempo. Así, a modo de ejemplo, la entrada en vigencia de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos N° 19.880, tuvo por objeto regular los plazos legales de resolución y el silencio administrativo, de manera de asegurar celeridad en la respuesta administrativa¹, sin embargo, se mantienen en la práctica las demoras excesivas y la inactividad en la respuesta estatal, al tiempo que ha debido ajustar el procedimiento administrativo a la incorporación de las nuevas tecnologías y la Transformación Digital del Estado (Ley N° 21.180, de 2019 y Ley N° 21.464, de 2022).

La obra reúne 29 trabajos que se van ordenando en función de cada una de las leyes objeto de análisis, según el siguiente orden:

I. Comentarios a la Ley N° 19.880:

Ferrada Bórquez, Juan Carlos. El carácter básico y supletorio de la Ley N° 19.880.

¹ Mensaje del proyecto de ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo (2594-06), 4 de octubre de 2000. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5844/#h2_1_1 [fecha de consulta 2 de julio de 2024].

Obando Camino, Ivan y Troncoso Osses, Francisco. El período de información previa al inicio del procedimiento administrativo.

Vergara Blanco, Alejandro. Demoras excesivas en los procedimientos administrativos: Análisis crítico de la respuesta jurisprudencial

Bagioli Coloma, Paula. La Ley N° 19.880 ante la inactividad administrativa: 20 años después

Phillips Letelier, Jaime. Derechos adquiridos y retroactividad: una reconstrucción para la ley de procedimiento administrativo.

Arancibia Mattar, Jaime. Enriquecimiento sin causa del Estado por prestación útil fundada en acto administrativo inválido, informal, revocado o caduco.

Valenzuela Zañartu, Tomás. Disposiciones en contra de la inmediata ejecutoriedad de los actos administrativos: ¿condiciones o excepciones?

Tavali Chang, Sebastián. Entre el acto administrativo y el derecho a la tutela efectiva: apuntes sobre la motivación como requisito fundante.

Rojas Calderón, Christian. La actividad sancionatoria de la Administración y su configuración a partir de la Ley N° 19.880 de bases generales de los procedimientos administrativos.

Opazo de la Fuente, Valeska y Aros Rojas, Pablo. ¿Cuándo pierde eficacia el procedimiento administrativo sancionador y por qué? Dos visiones a las respuestas jurisprudenciales.

Matheus Hidalgo, Mayerlin. Aplicación supletoria de la Ley 18.880 al procedimiento digital migratorio: conformidad con los principios y normas que lo rigen.

Mayorga McDonald, Ramón. El impacto de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo en la Jurisprudencia Migratoria a veinte años de su entrada en vigencia.

Cañas Ortega, Esteban y Guerrero López, Roberto. La Ley 19.880 ante la protección de humedales urbanos y el cambio climático.

Barriga Alarcón, María Paz. Los instructivos presidenciales a la luz de los principios consagrados en la Ley N° 19.880.

Silva Horta, Daniel. El aporte sustantivo de la Ley N° 19.880 en materia disciplinaria: el derecho de las personas a exigir la responsabilidad del personal de la administración.

Agüero Vargas, Francisco. Competir en una cancha dispareja. Una relectura de la aplicación del procedimiento administrativo a las universidades estatales.

II. Comentarios a la Ley N°19.886.

Flores Rivas, Juan Carlos. Evaluación y adjudicación en licitaciones públicas.

Ruiz Ibáñez, Andrés. La participación conjunta de oferentes y los riesgos de colusión en la nueva Ley de Contratación Pública: ¿una oportunidad perdida?

Loo Gutiérrez, Martín. La nueva disciplina de algunas potestades exorbitantes de la Administración Pública en los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios.

Asenjo Asenjo, Karen. El poder de modificación unilateral del contrato en la nueva Ley de Compras Públicas 19.886.

Herrera Orellana, Luis Alfonso. Derechos del contratista y del titular de inversiones extranjeras directas ante las "potestades exorbitantes" previstas en la Ley 19.886 de bases sobre contratos administrativos.

Ortega Gutiérrez, Jorge. La Compra Pública de Innovación en Chile: Análisis de la potencialidad del marco regulatorio.

Lazo Vitoria, Ximena. La ambición verde de la contratación pública frente al cambio climático.

III. Comentarios a la regulación del empleo público

Ledesma Romero, José Miguel. Revisión crítica del estatuto administrativo desde la gestión pública.

IV. Nuevas perspectivas del acto y procedimiento administrativo

Diez Sastre, Silvia y Gómez, Rosa Fernanda. El precedente administrativo: fundamentos, límites y su consagración en el ordenamiento jurídico chileno

Méndez, Pablo. Procedimiento administrativo y "Better Regulation".

Pedraza Córdoba, Juanita. Actuaciones administrativas automatizadas y reserva de humanidad.

Carrasco Fuentes, Pablo. La reconducción normativa como alternativa a la imposición de la sanción administrativa ambiental.

Bustos Sánchez, Vicente. La categoría de "sistemas" en el derecho administrativo chileno: una aproximación funcional.

Estas reflexiones dogmáticas, basadas en la experiencia comparada y el desarrollo jurisprudencial, se nutren del análisis y discusión que surge de las Jornadas de Derecho Administrativo que, año a año, son un lugar de encuentro obligado de expertos en el área, permitiendo profundizar la discusión y análisis de esta disciplina del derecho. El resultado de aquello, se transforma en una serie de propuestas o sugerencias sobre el modo en el que se debe interpretar y aplicar el Derecho Administrativo para la mejor gestión del quehacer estatal.

Javiera Paz Florit González
Coordinadora académica (UC)

José María Rodríguez de Santiago (2023)

Planes Administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración.
Madrid: Marcial Pons, 162 pp.

Se trata de un libro español. Por ello, cabría pensar que no podría sernos de utilidad. Pero no es así. Ello por cuanto su propósito, en orden a construir una teoría general sobre los planes administrativos como forma de actuación de la Administración, que es relevante en España, lo es igualmente en Chile.

En efecto, esto último porque en nuestro país el estudio doctrinario de esta materia se halla un tanto olvidado, quizás por la vinculación que, en su origen, tuvo con la planificación económica (véase: Contreras Strauch, Osvaldo, *Antecedentes y Perspectivas de la Planificación en Chile*, Editorial Jurídica, Santiago, 1971), con la excepción de un relativamente reciente y muy interesante libro (Fontanet Labbé, Luis, *Planificación Administrativa*, Hammurabi, Santiago, 2018). Y, asimismo, porque muy probablemente no nos damos cuenta de que, así como estamos “rodeados” por la Administración –y, penosamente, cada vez más–, también lo estamos, consecuentemente, por planes administrativos tales como, por ejemplo, planes de desarrollo institucional, planes de inspección, planes urbanísticos, planes de prevención y descontaminación atmosférica, etcétera, etcétera, etcétera.

En términos sencillos, Hartmut Maurer define la planificación administrativa como la “fijación previsible de objetivos y anticipación intelectual de los comportamientos necesarios para su realización” (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag, C. H. Beck, München, 2011, p. 440), y Eberhard Schmidt-Assmann, como “el análisis de las situaciones actuales, el pronóstico de futuros desarrollos y la formulación previa de una ordenación normativa” (*Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 344). Por su parte, el libro en comento nos señala que es “un procedimiento (tendencialmente riguroso) de obtención y elaboración de información sobre el estado actual de las cosas (diagnóstico), de realización de un juicio de pronóstico sobre su evolución, de fijación de objetivos determinados y de decisión sobre los medios para alcanzarlos mediante la ponderación entre alternativas” (p. 20).

Así planteado, podríamos pensar que los planes administrativos no tienen mayor relevancia, que solo afectan a la Administración, y con carácter más bien indicativo que vinculante. Mas ello es cierto solo respecto de algunos planes administrativos, pues hay otros que afectan no solo a la Administración, sino que también a los particulares, y con carácter vinculante. El ejemplo más palmario de esto último, en Chile, lo hallamos en los planes urbanísticos (conocidos también como instrumentos de planificación territorial), pues el artículo 29, inciso 2º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, señala que “tendrán fuerza legal en su aplicación, incluso para las reparticiones públicas”; en otras palabras, “tienen fuerza imperativa, es decir, deben ser obe-

decidos” (Fernández Richard, José y Holmes Salvo, Felipe, *Derecho Urbanístico Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 92).

Ahora bien, la importancia práctica de los planes administrativos es variada, pero, en lo práctico, merece destacarse que ellos se sitúan en un “nivel intermedio” entre la ley, singularizada por su mandato general y abstracto, y las decisiones individuales de ejecución que adopta la Administración (entre estos últimos, los actos administrativos), estableciendo a esta última parámetros que delimitan y uniforman el ejercicio de sus facultades y atribuciones.

De ahí que los planes administrativos generen dos deseables efectos: (i).- Dan mayor coherencia a las decisiones de ejecución que ella adopta, maximizando así la igualdad ante la ley; y (ii).- Dan mayor previsibilidad a las mismas, otorgando así mayor certeza jurídica. Igualmente, lo destaca el libro en comento al señalar que “El plan permite a los ciudadanos conocer las medidas y los comportamientos que la Administración se compromete a llevar a cabo (previsibilidad), conforme a los cuales también el particular puede configurar autónomamente su propio plan vital sabiendo ‘a qué atenerse’ desde la perspectiva del Derecho” (pp. 49-50).

En este contexto, el libro en análisis, con el propósito de elaborar una teoría general sobre los planes administrativos, reconoce al menos cuatro ejes que nos resultan particularmente provechosos:

(1º).- Los planes administrativos, en el contexto de las formas de actuación de la Administración (pp. 19-42). Entre otros tópicos, aborda la distinción entre la planificación y el plan; la independencia del plan respecto de la forma jurídica que adopta; su rol práctico, como “nivel intermedio” entre la ley y las decisiones individuales de ejecución; y el plan como “tipo” de decisión administrativa.

(2º).- Los planes administrativos y el Estado de Derecho (pp. 43-76). Entre otros tópicos, se aborda la relación de estos con la racionalidad y la previsibilidad en el ejercicio del poder (y, consecuentemente, con la seguridad jurídica y con la protección de la confianza legítima); con el principio de división de poderes; con el principio de legalidad; con los derechos fundamentales, y con la democracia.

(3º).- Los planes administrativos: tipología y escala (pp. 77-111). Al efecto, esta obra los distingue en función del volumen de la actividad dirigida por el plan y por su fuerza vinculante. Y en relación a esto último, reconoce, en un extremo, los “planes indicativos”, y en el otro, los “planes vinculantes con el carácter de reglas frente a todos”; con múltiples hipótesis entremedio (por ejemplo, los “planes con eficacia indirecta”, los “planes vinculantes para la Administración de la organización jurídico-pública

que los aprueba", los "planes con efectos de *soft law* para otras Administraciones", etcétera).

(4°).- Los planes administrativos: proceso de creación, seguimiento, evaluación y modificación; y su control judicial (pp. 131-135 y 143-154). Y en relación a esto último, aborda cuestiones tales como la apertura (la admisión de este control), los estándares (parámetros, criterios o cánones para efectuarlo) y la intensidad (la intensidad de este control, mediante la aplicación de tales estándares).

En suma, este libro nos propone una teoría general de los planes administrativos como forma de actuación de la Administración, cuya utilidad se explica, conforme nos expone, por la manifiesta conexión

de estos "con el incremento de la racionalidad en el ejercicio del poder público entendida como mandato de optimización adscrito al principio del Estado de Derecho" (p. 49). Propósito este último que nunca "está de más" ni nunca "pasa de moda", pues, en palabras de Niceto Alcalá Zamora, "Sea un bien o un mal, la Administración Pública satisface necesidades ineludibles, que solo ella puede atender (...); pero al mismo tiempo, su hipertrofia y el mal uso, el abuso o el desuso, según los casos, de sus palancas y resortes por los encargados de su manejo, implica gravísimos peligros y amenazas para la libertad individual" ("Prólogo", en: González Pérez, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, IJ-UNAM, México DF, 1971, pp. 12-13).

Cristian Román Cordero

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile*

Rodrigo Valdés Alé (2021).

La influencia de las pandemias en el Derecho Urbanístico chileno. Del Movimiento Higienista al desarrollo sustentable. Santiago, Editorial Sa Cabana, 275 pp.

El Derecho Urbanístico ha adquirido importancia en el último tiempo. Pero, ¿Qué es? José Fernández Richard y Felipe Holmes Salvo señalan que es “el conjunto de principios y reglas que rigen la planificación de las ciudades y el diseño de sus construcciones”¹; en tanto que para Antonio Carceller Fernández, “es el conjunto de normas jurídicas que, por sí mismas o a través del planeamiento que regulan, establecen el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y la ordenación urbana y regulan la actividad encaminada al uso del suelo, la urbanización y la edificación”².

Se trata, conforme se observa, de dos definiciones doctrinarias que ponen de relieve, en esencia, el contenido normativo de esta disciplina jurídica.

Pero yendo al fondo: ¿Cuál es su finalidad? Cuestión muy relevante al menos para la interpretación de la profusa –y a veces discordante– normativa que lo conforma.

Al respecto Felipe Holmes Salvo nos señala que tal finalidad no es otra que “mejorar la calidad de vida de las personas en las urbes”³. Lo que está en línea con lo señalado por el distinguido profesor Lautaro Ríos Álvarez, quien en su tesis doctoral, de 1985, nos observa que “la necesidad del Derecho Urbanístico responde en definitiva a un llamado que el bien común, el orden público y la conciliación de los intereses privados hacen al legislador para impedir que la vida urbana sea más caótica de cuanto ha llegado a ser. Este llamado trae cada día nuevos requerimientos normativos, en la medida que presionan sobre la ciudad la explosión demográfica y la corriente migratoria que fluye desde el campo, los adelantos tecnológicos que abren audaces perspectivas al arte de construir y el desarrollo industrial con sus necesidades de localización y mano de obra y con algunos “productos espaciales”, como el automóvil que contamina de manera creciente las ciudades y el hábitat urbano”⁴.

En suma, a la luz de todo lo anterior, bien podemos entender que el Derecho Urbanístico es, efectivamente, un conjunto de principios y reglas referido, en esencia, al uso racional del suelo urbano⁵; mas que reconoce un fin que identificamos, en términos muy sencillos, como el *buen vivir* de los habitantes de las ciudades⁶.

Conclusión esta última que se corresponde con el Urbanismo, disciplina que, lógicamente, sirve de base conceptual al Derecho Urbanístico, puesto que tiene como “funciones claves”, según releva la Carta de Atenas, de 1933⁷: el habitar, el laborar, el circular y el recrear. En efecto, en un luminoso párrafo sobre este punto, ésta señala: “Nuestra tarea actual consiste en arrancarlas [a las ciudades –nota nuestra–] del desorden mediante planes en los que se escalarán en el tiempo los distintos proyectos. El problema del alojamiento, de la vivienda, tiene la primacía sobre todos los demás. A ello hay que reservar los mejores emplazamientos de la ciudad, y si éstos se han echado a perder por la indiferencia o el ánimo de lucro, hay que poner en acción todo lo que sea necesario para recuperarlos. Varios factores deben concurrir a mejorar la vivienda. Hay que buscar simultáneamente las mejores vistas, el aire más salubre teniendo en cuenta los vientos y las brumas, las vertientes mejor orientadas; por último, hay que utilizar las superficies verdes existentes, crearlas si faltan o reconstruirlas si han sido destruidas”⁸. Y no en vano Antonio Carceller Fernández ha observado que el Urbanismo es la “ciencia que se ocupa de la ordenación y desarrollo de la ciudad persiguiendo, con la ayuda de todos los medios técnicos, determinar la mejor situación de las vías, edificios e instalaciones públicos y de las viviendas privadas, modo que la población se asiente en forma cómoda, sana y agradable”⁹.

Pues bien, en este contexto, el libro que comentamos nos viene a recordar que, a finales del Siglo XIX, el Urbanismo y, consecuentemente, el Derecho Urbanístico, en sus inicios, entendieron y atendieron como ese *buen vivir* de todos los habitantes de las ciudades, a la higiene; mediante la cual se pretendía evitar la propagación de múltiples enfermedades que entonces asolaban a la población. Todo

¹ Fernández Richard, José y Holmes Salvo, Felipe, *Derecho Urbanístico Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 17.

² Carceller Fernández, Antonio, *Introducción al Derecho Urbanístico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 17.

³ Holmes Salvo, Felipe, *Propiedad Urbana. Régimen Jurídico*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 5.

⁴ Ríos Álvarez, Lautaro, *El Urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, p. 165.

⁵ En idéntico sentido, aunque dándole al Derecho Urbanístico un carácter multidisciplinario, Rivero Ysern señala que “La ordenación del territorio, el medio ambiente, la sociología, al economía y la gestión empresarial, son ciencias diversas que convergen en un mismo objetivo: conseguir ciudades sostenibles donde la vida, el trabajo, el ocio y la vivienda dignifiquen a las personas” Rivero Ysern, José Luis, *Manual Básico de Derecho Urbanístico*, Editorial Tecnos, 2017, pp. 15-16.

⁶ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado: “La materia de estos autos se relaciona directamente con la aplicación de las normas que forman parte del derecho urbanístico que es definido como el conjunto de disposiciones que busca obtener un orden racional del espacio y la ciudad” (Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6.832-2017).

⁷ En este sentido, véase: Román Cordero, Cristian, *Derecho Urbanístico*, Apuntes de Clases, Parte I.- Concepto de Derecho Urbanístico (inédito).

⁸ Publicada por Le Corbusier y José Luis Sert, en 1942.

⁹ Carta de Atenas, punto 22.

¹⁰ Carceller Fernández, Antonio, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989, p. 28.

ello en armonía con lo que se vino en denominar el Movimiento Higienista¹¹.

En efecto, tan pronto se tuvo claridad sobre el hecho que las enfermedades se transmitían por “pequeños seres”, adquirió relevancia el mejorar la higiene tanto personal como colectiva; y esto último, entre otras medidas, exigió corregir algunas características propias de las ciudades antiguas (especialmente medievales), tales como la existencia en éstas de callejuelas tan estrechas que era incluso posible, sin dificultad, estrechar la mano del vecino del frente (debido, entre otras razones, al ser tales ciudades, por razones de defensa, amuralladas)¹².

¹¹ En este sentido, cabe recordar que el primer congreso internacional sobre planificación urbana, celebrado en Nueva York, en 1898, tuvo por objeto discutir sobre la “crisis del estiércol de caballo”, empleados entonces para transporte, y que generaban un problema sanitario gravísimo para las grandes ciudades como Nueva York y Londres. Pensemos tan solo que en la primera de ellas se empleaban al menos 200.000 caballos con ese fin, y cada uno de ellos producía al menos 10 kilos de excrementos al día. En efecto, el libro *Superfreakonomics*, de Steven Levitt y Stephen Dubner, narra así esta situación: “Lo peor de todo era el estiércol. Un caballo medio producía unos 10 kilos de excrementos al día. Con 200.000 caballos, eso son aproximadamente dos mil toneladas de estiércol de caballo. Cada día. ¿Adónde iban a parar? (...) En 1898, Nueva York fue la sede de la primera conferencia internacional de planificación urbana. La agenda estuvo dominada por el estiércol de caballo, porque todas las ciudades del mundo estaban experimentando la misma crisis. Pero no se encontró ninguna solución. «Perpleja ante la crisis —escribe Eric Morris—, la conferencia de planificación urbana declaró que su trabajo no había dado frutos y se disolvió a los tres días, en lugar de los diez previstos.» Parecía que el mundo había llegado a un punto en el que sus mayores ciudades no podrían sobrevivir sin el caballo, pero tampoco con él. Y entonces, el problema desapareció. No fueron la acción del gobierno ni la intervención divina las que hicieron el milagro. Los urbanitas no se alzaron en un movimiento masivo de altruismo o moderación, renunciando a todos los beneficios de la fuerza del caballo. El problema lo resolvió la innovación tecnológica. No, no la invención de un animal sin excrementos. El caballo fue desplazado por el tranvía eléctrico y el automóvil, los dos incomparablemente más limpios y mucho más eficientes. El automóvil, más barato en precio y mantenimiento que un vehículo tirado por caballos, fue proclamado «salvador del ambiente». Las ciudades de todo el mundo pudieron respirar hondo —por fin, sin taparse las narices— y reanudar su marcha hacia el progreso.” Levitt, Steven D. y Dubner, Stephen J., *Superfreakonomics*. Enfriamiento global, prostitutas patrióticas y por qué los terroristas suicidas deberían contratar un seguro de vida, Editorial Debate, Madrid, 2010, pp. 27-28.

¹² En este sentido, Valentín Letelier, en su curso de Derecho Administrativo de 1904, en el capítulo “Edilidad (Higiene de las ciudades)”, habría señalado: “Las calles de Nápoles eran tan estrechas que un gato podía saltar fácilmente del tejado de una casa al de la de enfrente, y los vecinos alcanzaban a darse la mano de un balcón al otro. El cólera que asoló Nápoles en 1833, hizo pensar en la salubricación de la ciudad y desde entonces se ha procurado el ensanchamiento de las calles que, como hemos dicho, eran estrechas y tortuosas”. Letelier, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, Imprenta y Encuadernación Chile, Santiago, 1907, p. 163. Sobre el contenido de este libro, véase: Román Cordero, Cristian,

Patente ejemplo de esto último es, en la segunda mitad del Siglo XIX, la planificación Cerdá de la ciudad de Barcelona, fuera de los muros de la ciudad antigua, que se singularizó por sus amplísimas avenidas y por su muy característico chaflán¹³. Ambos para facilitar, aparte del transporte, la mejor circulación del aire —“aireamiento”— y el “soleamiento”, y evitar con ello las enfermedades.

En este contexto, huelga destacar que Arturo Alessandri Palma, en 1892, en su memoria de prueba “Habitaciones para Obreros”, sostuvo: “Efectivamente las investigaciones científicas de nuestra época han venido a corroborar que la mayor parte de las enfermedades que atacan al hombre y principalmente las epidémicas tienen un origen natural y su causa primera está en ciertos seres microscópicos que la ciencia denomina microbios. (¡) Pues bien, estos pequeños seres, tan perjudiciales en sus efectos, nacen y se desarrollan en la humedad, en las materias pútridas, en los hacinamientos de población, lo cual sucede en casi todos los países del mundo por lo que respecta al estado actual de las habitaciones para obreros. (¡) En todas partes se han hecho curiosísimas observaciones que patentizan la íntima y estrecha proporcionalidad que existe entre las malas condiciones higiénicas de los barrios obreros y la mortalidad y estado sanitario de los pueblos y ciudades. (¡) Jeneralmente las casas de obreros carecen del aire necesario, elemento indispensable para la vida, y esto tienen por origen la falta de densidad, de ventilación, o bien, el gran número de personas que habitan cada pieza en razón de la mucha gente que necesita morada o de la falta y carestía de éstas. (¡) De suerte que no es raro ver la inmensa mortalidad que se nota en Chile, mortalidad universalmente atribuida a las malas condiciones higiénicas de nuestro bajo pueblo”¹⁴.

Asimismo, Valentín Letelier, en su curso de 1904, recogido en el libro “Apuntaciones de Derecho Administrativo”, en el Capítulo “Edilidad (Higiene de las ciudades)”, habría señalado: “Para salubricar las ciudades, se necesita que las calles sean anchas, para que el aire corra con facilidad; eso sin tomar en cuenta las necesidades de tráfico. Por este último capítulo la ciudad de Santiago que tuvo calles de lujo ya las va teniendo muy angostas. Para la higiene no es tan mal, por ser las casas bajas todavía. (...) Otras de las medidas higiénicas de que tiene que preocuparse la Administración local, son las que se refieren al ancho de las calles y a la altura de los edificios. (¡) Cuando en una calle los edificios son muy altos, es imposible que penetre en ella el

“Valentín Letelier y el Derecho Administrativo”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 26, Vol. 2, pp. 781-795.

¹³ El Diccionario de la Real Academia define al chaflán como el “Plano largo y estrecho que, en lugar de esquina, une dos paramentos o superficies planas que forman ángulo”.

¹⁴ Alessandri Palma, Arturo, *Habitaciones para Obreros*, Memoria de Prueba, Anales de la Universidad de Chile, 1892, pp. 1118-1119. Disponible acá: <https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/20367>

sol i habrá además poca luz i poco aire. Causas que provocan anemias en los habitantes."¹⁵

Ese dato pareciera ser una anécdota histórica, mas debe tenerse presente hoy en día, pues gran parte de la normativa urbanística vigente se explica y debe ser interpretada en atención a este preciso fin. A modo ejemplar, los límites de altura de las edificaciones¹⁶ y las rasantes¹⁷ se justifican esencialmente por la necesidad de "aireamiento" y "soleamiento", pues efectivamente el aire y el sol evitan la propagación de dichos "pequeños seres". De ahí el antiguo refrán: "Donde entra el aire y el sol, no entra el doctor".

Y esto era muy claro a fines del Siglo XIX y a comienzos del Siglo XX¹⁸, lo que acredita, aparte del libro "Apuntaciones de Derecho Administrativo", antes referido: (i).- el tratado, en tres tomos, del célebre arquitecto nacional Ricardo Bravo Larraín¹⁹, "La Higiene aplicada a las Construcciones (Alcantarillado, Agua Potable, Saneamiento, Calefacción, Ventilación, Etcétera)"²⁰, y (ii).- el libro "Apuntes de Derecho Administrativo i Legislación. Clase de Don Luis Schmidt"²¹, de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Chile.

Así, en este último se señala: "La reglamentación de las construcciones de los edificios por la autoridad, está impuesta por tres órdenes de consideraciones: 1.- Por razones de orden público, 2.- Por la salubridad pública, i 3.- Por la seguridad de las personas que habitan los edificios o de las propiedades colindantes. (I) En el primer caso se trata de impedir que los particulares ocupen con sus construcciones parte de las propiedades nacionales o de uso público, como las calles o plazas, dificultando el tráfico; en el segundo está de por medio la higiene de las ciudades y de las habitaciones,

íntimamente relacionada con la salud i la vida de las personas que en ellas habitan; i en el tercero, se procura garantir a los moradores de un edificio, a los transeúntes i a las casas vecinas, de los peligros de derrumbamientos e incendios, de construcciones mal concebidas o hechas teniendo en vista, ante todo, un propósito de lucro"²².

Mas lo cierto es que esta indisoluble vinculación entre el Urbanismo -y el Derecho Urbanístico- con la higiene -y el Higienismo-, con el tiempo se fue olvidando a consecuencia de las innegables y ostensibles mejoras experimentadas en estas materias en las últimas décadas. Pero que, de golpe, la hemos recordado a consecuencia de la Pandemia por la Covid-19, que azotó a la Humanidad entre los años 2020 y 2022. Y precisamente esto constituye el meollo del libro que comentamos.

Es así como éste observa que "Actualmente, las definiciones del Derecho Urbanístico más citadas suelen expresar como su fundamento el uso racional del suelo sin explicar mayormente su contenido, lo cual ha derivado en que algunos autores, erróneamente, a nuestro parecer, se centren únicamente en el derecho a construir o *ius Aedificandi*, sobredimensionando los aspectos financieros o económicos de la inversión inmobiliaria, omitiendo el carácter higienista de nuestro sistema. Dicho enfoque basa sus análisis en aspectos tales como: qué se puede construir, dónde, cómo, cuánto, ahondando en los permisos de construcción y la propiedad sobre estos, cómo se obtienen, cómo se reclama cuando se les rechaza, etc. y sobre todo en la dimensión de los costos financieros, pero no se detienen a reflexionar en el porqué de estas limitaciones al derecho de construir, su origen, qué o a quiénes protege, etc." ²³

De ahí que la gran importancia del libro que comentamos radique en que nos propone entender al Derecho Urbanístico no solo desde una perspectiva positiva/normativa, a partir de las atribuciones de los órganos de la Administración y los derechos de los propietarios urbanos, sino que, además, en función del fin que corresponde atender a esta disciplina: el *buen vivir* de los habitantes de las ciudades, lo que comprende, como un piso básico, la higiene de las construcciones.

Cuestión ésta muy relevante, pues, por ejemplo, de haberse así entendido en relación a la problemática sobre la construcción en altura, en edificación continua, en comunas que no contaban con plan regulador comunal, no podría haberse admitido como interpretación posible y plausible la ausencia de límites al respecto, como aconteció en su momento en algunas direcciones de obras municipales, sino que, inequívocamente, en el sentido diametralmente opuesto, en atención, entre otras razones, a tanpreciado fin que corresponde al Derecho Urbanís-

¹⁵ Letelier, Valentín, Op. Cit., pp. 167-168.

¹⁶ Conforme a la OGUC, en su artículo 1.1.2, la altura de edificación es "la distancia vertical, expresada en metros, entre el suelo natural y un plano paralelo superior al mismo".

¹⁷ Conforme a la OGUC, en su artículo 1.1.2, la rasante es la "recta imaginaria que, mediante un determinado ángulo de inclinación, define la envolvente teórica dentro de la cual puede desarrollarse un proyecto de edificación". Visualmente, esta se observa, en grado sumo, en las edificaciones llamadas coloquialmente "torta de novios". Técnicamente, véase: @Catálogo Arquitectura, OGUC ilustrada. I.- Del Urbanismo, catalogoarquitectura, Santiago, 2023, pp. 163-174

¹⁸ Véase: Ibarra, Macarena, Higiene y salud urbana en la mirada de médicos, arquitectos y urbanistas durante la primera mitad del Siglo XX en Chile, Revista Médica de Chile, N° 144, 2016, pp. 116-123.

¹⁹ Fue el arquitecto, entre otros, de la Iglesia de los Sacramentinos y del Barrio Huemul (pensado como habitación para obreros).

²⁰ Bravo Larraín, Ricardo, La Higiene aplicada a las Construcciones (Alcantarillado, Agua Potable, Saneamiento, Calefacción, Ventilación, Etcétera), Imprenta Cervantes, Santiago, 1910.

²¹ Schmidt, Luis, "Apuntes de Derecho Administrativo i Legislación Clase de Luis Schmidt", Escuela de Arquitectura, Universidad de Chile, Autolitografía E. Órdenes, Santiago, 1915.

²² *Ibid*, p. 248.

²³ Valdés Alé, Rodrigo, La influencia de las pandemias en el Derecho Urbanístico Chileno. Del movimiento higienista al desarrollo sustentable, Editorial Sa Cabana, Santiago, 2021, p. 16.

tico atender. Y, en efecto, el libro que comentamos sobre el particular nos plantea que, *"Se suele decir que los pueblos que olvidan su historia están condenados a repetirla y, es así como constatamos que la falta de reconocimiento de los fines últimos del Higienismo, ha permitido en Chile verdaderos atentados urbanísticos, siendo célebres, por ejemplo, los mega edificios altamente densificados de Estación Central, conocidos incluso a nivel global, que fueron aprobados ilegalmente según dan cuenta numerosos fallos y cuyas falencias han sido objeto de diferentes estudios académicos"*²⁴.

En suma, el libro que comentamos nos hace un llamado a *"dominar el horizonte"* por sobre el *"metro cuadrado"* disciplinar que representa la perspectiva positiva/normativa del Derecho Urbanístico; y a

efectos de su interpretación, tener en consideración otras disciplinas jurídicas, así como también otras disciplinas no jurídicas anexas, aunque indisolublemente vinculadas, tales como el Urbanismo, la Historia y el Higienismo. Y en este sentido bien vale recordar las sabias palabras de Ángel Ossorio: *"Cierto que no todos los hombres son aptos para las concepciones amplias, pero cierto también que quien entrega su vida a pulir una bola o afinar un tornillo, tiene más semejanza con la máquina que con el hombre"*²⁵, y que *"En la Abogacía, la especialización toca los límites del absurdo. Nuestro campo de acción es el alma, y esta no tiene casilleros. ¿Se concibe un confesor para la lujuria, otro para la avaricia y otro para la gula? ¡Pues igual en nuestro caso!"*²⁶.

Cristian Román Cordero

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Chile

²⁴ *Ibíd*, p. 16.

²⁵ Ossorio, Ángel, *El Alma de la Toga*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1981, pp. 235-236

²⁶ *Ibíd*, p. 237.

Paulina Pastene Navarrete (2022).

Estabilidad del permiso de construcción en Chile. Análisis a la luz de la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 277 pp.

El Derecho Urbanístico es en Chile una disciplina en plena formación. Con todo, mucho se ha avanzado en el último tiempo. Prueba de ello es el creciente tratamiento doctrinario que de éste se observa en artículos¹, libros monográficos², libros compilatorios de artículos³ y libros que le dan un tratamiento global y sistemático⁴. Dentro de esta segunda categoría, se halla el libro que comentamos, y que aborda, probablemente, el tema más discutido de esta disciplina hoy en día: la estabilidad del permiso de construcción (o, para ser más preciso, la inestabilidad de éste)⁵.

Como contexto, cabe destacar que el principio es que toda edificación, salvo excepciones, requiere de un permiso de construcción que otorga la respectiva Dirección de Obras Municipales⁶. Así, bien podría pensarse que una vez que ha sido otorgado, el titular podrá ejecutar tranquilamente el proyecto, sin mayores sobresaltos. Mas lo cierto es que luego de su otorgamiento, pueden acontecer muchas situaciones que lo pongan en entredicho.

Solo por mencionar tres de ellas: (i).- La Dirección de Obras Municipales que otorgó el permiso de construcción advierte en él –por sí o a instancia de un tercero interesado- una ilegalidad y, una vez tramitado el procedimiento invalidatorio, finalmente lo invalida⁷. (ii).- Un tercero interesado requiere a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre la legalidad del permiso de construcción en cuestión (o sobre la circular de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que establece una interpretación administrativa en cuya virtud se otorgó⁸) y, declarando su ilegalidad, ordena a la respectiva Dirección de Obras Municipales tramitar el procedimiento invalidatorio e informar, una vez concluido⁹. (iii).- Un

tercero interesado ejerce en contra del permiso de construcción en cuestión una acción contencioso administrativa, por ejemplo, como es lo habitual, el reclamo de ilegalidad municipal¹⁰, y ésta es acogida en sede judicial, declarándose su ilegalidad (e incidiendo, en un efecto dominó, en los actos posteriores, como la recepción de obras del edificio; comprometiendo con ello su habitabilidad o uso, según el caso).

Realidad ésta que, prontamente, reconoce el libro que comentamos en cuanto señala: “la autorización otorgada por el órgano municipal al titular del proyecto, no garantizará de forma absoluta que la ejecución de este pueda desarrollarse sin contratiempos de carácter jurídico, ya que durante el transcurso de este, podrán producirse diversos pronunciamientos, tanto de la propia Dirección de Obras Municipales –pretendiendo desconocer la autorización otorgada bajo pretexto de equivocación o ilegalidad en su otorgamiento- o de otras entidades con competencia en la materia, a saber: el Alcalde, el Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Vivienda, la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Contraloría General de la República y, por supuesto, los tribunales de justicia”¹¹.

De este modo, la inestabilidad de los permisos de edificación que describe, bien la podemos calificar de *kafkiana*, esto es, conforme a lo señalado por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Dicho de una situación: absurda hasta el punto de poder angustiar”. Adjetivo que, por cierto, resulta muy acertado en este caso no solo por cuanto comprende a cabalidad la impresión que esto ocasiona a los titulares de permisos de construcción de esta forma afectados, sino que también porque Kafka, siempre contrario al poder, y en especial a su mal uso, en su libro “El Castillo”, reprochó a la Administración, entre otras cuestiones, por defraudar la confianza que ha originado en los administrados. En efecto, el *leit motiv* de dicha obra literaria es la singular situación en la que queda el Señor K., agrimensor, al llegar a un pueblo a trabajar como tal, habiendo sido contratado para tal efecto por “El Castillo” (que representa a la Administración), mas éste, acusando un error, finalmente se retracta. Pues bien, la respuesta que “El Castillo” da al Señor K. (que, por cierto, es una respuesta *kafkiana*), guarda plena analogía con aquella que reciben, por parte de la Administración, los titulares de –inestables- permisos de construcción en Chile:

– ¡Pero cómo es posible! –gritó K.–. ¡No hice este interminable viaje para ser despedido ahora!

¹ Por ejemplo: Bocchi Jiménez, G. 2022a. Bocchi Jiménez, G. 2022b. Bocchi Jiménez, G. 2021. Cancino, F. 2005. Cordero Quinzacara, E. 2017. Cordero Quinzacara, E. 2015a. Cordero Quinzacara, E. 2015b. Cordero Quinzacara, E. 2008. Cordero Quinzacara, E. 2007. Díaz de Valdés Juliá, J. y Enteiche Rosales, N. 2015. Gil Mc Cawley, D. 2021. Gilmore Landon, R. 2018. Fernández Richard, J. 2013. Figueroa Valdés, J. e Illanes Sotta, M. 2023. Gómez González, R. 2022. Rajevec Mosler, E. 2000. Rajevec Mosler, E. 1998. Sánchez Egaña, A. 2022. Soto Kloss, E. 2007.

² Por ejemplo: Holmes Salvo, F. 2010.

³ Por ejemplo: Cordero Quinzacara, E. 2020.

⁴ Por ejemplo: Fernández Richard, J. y Holmes Salvo, F. 2008. Figueroa Valdés, J. 2022.

⁵ Este tema ha sido abordado, entre otros, por: Figueroa Valdés, J. e Illanes Sotta, M. 2023. Figueroa Valdés, J. 2022, 331-351. Díaz de Valdés Juliá, J. y Enteiche Rosales, N. 2015.

⁶ Decreto N° 458, de 1975 (artículo 116, inciso 1°).

⁷ Ley N° 19.880, de 2003 (artículo 53).

⁸ Decreto N° 458, de 1975 (artículo 4°).

⁹ Decreto N° 2.421, de 1964 (artículo 6°).

¹⁰ Decreto N° 1, de 2006 (artículo 151).

¹¹ Pastene Navarrete, P. 2022, 23. En el mismo sentido, véase: Bocchi Jiménez, G. 2022b. Bocchi Jiménez, G. 2021.

- Esa es otra cuestión –dijo el alcalde-. No es a mí a quien corresponde zanjarla; puedo, mientras tanto, explicarle cómo ha podido producirse el error. En una administración tan vasta como la administración condal, puede suceder por casualidad que una oficina decida esto y la otra aquello; ellas se ignoran entre sí, el control superior es uno de los más exactos, pero, por su propia naturaleza, llega demasiado tarde y es así como puede suceder a veces una ligera confusión. No se trata nunca, desde luego, sino de bagatelas, como en vuestro caso.”¹²

Esta situación, por cierto, no puede continuar. Y en ese preciso propósito se encamina el libro que comentamos.

Este se estructura en cuatro capítulos. En el *Capítulo I*, intitulado “El permiso de construcción como técnica administrativa autorizatoria y limitación de derecho de propiedad”, nos expone sobre la naturaleza jurídica de éste, su marco normativo, los órganos competentes y la potestad interpretativa en materias urbanísticas. En el *Capítulo II*, intitulado “¿Es admisible la discrecionalidad en el otorgamiento de los permisos de construcción?”, nos expone sobre el carácter reglado de esta potestad, los actos anteriores y posteriores al otorgamiento del permiso de construcción y la jurisprudencia que ha agregado trámites o formas al procedimiento de obtención del mismo, tales como la exigencia de evaluación ambiental y la publicación del mismo en el Diario Oficial. En el *Capítulo III*, intitulado “Cambios en la Interpretación de la Normativa Urbanística ¿Fin al paradigma de los derechos adquiridos?”, nos expone el creciente rol de la ciudadanía en estas materias y su concreción a través de un disperso sistema de impugnaciones, la jurisprudencia de los “derechos adquiridos”: su ascenso y caída, y una propuesta en pos de una mayor estabilidad y seguridad jurídica. En el *Capítulo IV*, intitulado “¿Qué esperar después de la declaración de invalidación o ilegalidad de un permiso de construcción?”, nos expone los efectos prácticos que se han seguido en estas hipótesis, y la discusión sobre la procedencia de la responsabilidad patrimonial de las municipalidades por falta de servicio en estos casos.

Ahora bien, a partir del libro que comentamos, entre las posibles razones de esta inestabilidad de los permisos de construcción, podemos destacar: (1).- El creciente rol que ha ido adquiriendo la Contraloría General de la República, a través de su potestad dictaminante, a fin de pronunciarse, sobre la legalidad de los permisos de edificación otorgados por las Direcciones de Obras Municipales (en circunstancias de que ello, en principio, le estaría vedado, atendido el carácter litigioso que, sin duda alguna, reviste)¹³. (2).- Los vaivenes jurisprudenciales evidenciados en estas materias, especialmente en lo que atañe a los efectos de los permisos de edificación, en cuanto a si de éstos se derivan o no derechos adquiridos

propriadamente dichos, que como tales obliguen a la propia Administración a su respeto (aun cuando, huelga destacar, hace ya un tiempo la jurisprudencia se ha consolidado en este último sentido)¹⁴. (3).- La jurisprudencia judicial “innovativa”, vale decir, aquella que, en vez de interpretar el Ordenamiento Jurídico, lo que le es propio, crea Derecho; con lo cual no solo excede sus atribuciones, sino que, además, se inmiscuye en aquellas propias del Legislador¹⁵. Ejemplo de esto es la exigencia de publicación del permiso de edificación en el Diario Oficial que, en algunos casos, ha realizado la Corte Suprema, por aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (en circunstancias de que, al estar esto regulado en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, no habría nada que suplir)¹⁶.

Con todo, el libro que comentamos destaca el hecho que, en el caso de los permisos de construcción declarados ilegales, ya sea en sede administrativa o judicial, de ello no se han seguido efectos prácticos. En específico, no se demuele lo que se ha edificado bajo el amparo de tales permisos, quedando muchos de esos edificios, cual “elefantes blancos”, como monumentos indelebles, en unos casos, de la “avaricia inmobiliaria”, en otros, de los “errores administrativos” (si no “horrores administrativos”), y en otros, de ambos¹⁷. Asimismo, observa la interesante tendencia por parte de los titulares de permisos de construcción que han sido declarados ilegales, ya sea en sede administrativa o judicial, en orden a deducir demandas por concepto de responsabilidad patrimonial en contra de las respectivas municipalidades, a fin de ser indemnizados por los daños que de esta forma se les ha ocasionado. Contexto en el cual ha surgido la muy interesante discusión sobre la relación entre la ilegalidad declarada del permiso de construcción y el factor de atribución de dicha responsabilidad, esto es, la falta de servicio. En términos sencillos: ¿Es dicha ilegalidad, en sí misma, falta de servicio o se trata de categorías distintas, aunque muy relacionadas? Nuestros tribunales han observado que la ilegalidad no necesariamente es falta de servicio; así, habría ilegalidades que no importan falta de servicio, y que por ello no dan lugar a dicha responsabilidad. En este sentido, doctrinariamente, se ha afirmado que tales ilegalidades, para importar falta de servicio, y con ello comprometer dicha responsabilidad, deben tener el carácter de calificadas, graves, excesivas, etcétera, lo que algunos autores

¹⁴ Véase: Figueroa Valdés, J. 2022, 341-348.

¹⁵ Véase: Soto Kloss, E. 2022, 19-20.

¹⁶ Véase: Bocchi Jiménez, G. 2022a.

¹⁷ Esto se debe a múltiples razones, a las cuales cabría agregar, posiblemente, la controvertida negociación en el ejercicio de potestades públicas, en este caso la invalidatoria; vale decir, la Dirección de Obras Municipales no invalida el permiso de edificación ilegal que sí lo amerita –esto es, lo ratifica-, a cambio de ciertas obligaciones que asuma el titular del permiso de construcción –ilegal-. Cuestión ésta que está en ciernes.

¹² Kafka, F. 1980, 91-92.

¹³ Véase: Bocchi Jiménez, G. 2021.

han englobado en la expresión “suficientemente caracterizada”¹⁸.

En otro orden de cosas, el libro que comentamos efectúa algunas propuestas a fin de corregir la actual inestabilidad de los permisos de construcción en Chile. Así, en orden a “reformular íntegramente la normativa urbanística”¹⁹, sugiere al Legislador considere: “(1).- Incorporar en la Ley General de Urbanismo y Construcciones un contencioso administrativo especial que permita la existencia de una reclamación de carácter jurisdiccional y de la que actualmente carece dicho cuerpo normativo. (1) Dicha medida permitiría uniformar la actual dispersión existente en lo que respecta a los mecanismo de revisión del permiso de construcción y despolitizar la discusión respecto a la validez de su otorgamiento, la que actualmente debe verse enfrentada a la autoridad del alcalde. (2).- Mejorar las instancias de participación ciudadana en etapas tempranas e iniciales del otorgamiento del permiso de construcción, fomentándolas e instando por su realización efectiva. (3).- Establecer como límite obligatorio la publicación en el Diario Oficial de todos los permisos de construcción que otorguen las Direcciones de Obras Municipales sobre una determinada cuantía, a efectos de poner fin a la teoría de las particularidades que actualmente impera en la jurisprudencia y fijar con certidumbre la fecha en la que deben comenzar a correr los plazos para interponer las distintas reclamaciones por parte de los terceros interesados”²⁰.

Compartiendo tales propuestas, nos permitimos señalar otras tres²¹: (1).- Precisar con claridad, en sede legal, cuál es el rol que ha de servir la Contraloría General de la República en estas materias, tanto en lo que atañe al ejercicio de su potestad interpretativa en relación a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y los instrumentos de planificación territorial; y en especial como vía de

impugnación respecto de permisos de construcción otorgados por las Direcciones de Obras Municipales²². (2).- Establecer, idealmente en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, una invalidación especial en materia urbanística, que excluya la aplicación supletoria de la invalidación general contenida en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, pues esta última, pareciera, no contener las limitaciones o restricciones a su ejercicio que precisa una materia tan singular como es la construcción (tanto por los costos asociados a cualquier proyecto en este ámbito, así como por la crucial relevancia de esta industria en la economía nacional)²⁴. (3).- Reconocer, en sede legal, a los titulares de permisos de construcción que han sido declarados ilegales, ya sea en sede administrativa o judicial, en el contexto de las demandas por concepto de responsabilidad patrimonial que dirijan en contra de la municipalidad que se los otorgó, la identidad entre la ilegalidad y la falta de servicio, liberando así a aquéllos del deber probatorio de este factor de atribución; o bien admitir la presunción de esta última a partir de la primera, en cuyo caso corresponderá a la municipalidad el desvirtuarla (a fin de liberar su responsabilidad patrimonial). Y si la municipalidad ha sido condenada a indemnizar daños en esta hipótesis, exigir a ésta, igualmente en sede legal, la instrucción de los procedimientos disciplinarios en contra de los funcionarios que participaron en el otorgamiento del permiso de construcción ilegal; y en caso de hacerse efectiva dicha responsabilidad disciplinaria, exigir a ésta ejercer en contra de aquéllos la respectiva acción de reembolso²⁵.

¹⁸ Lo que está en correspondencia con lo establecido por el artículo 19, N° 7, letra i), de la Constitución, en relación a la responsabilidad del Estado-Juez (otra hipótesis de responsabilidad del Estado por actuación jurídica), al establecer que ésta tiene lugar, en sede penal, respecto de la sentencia condenatoria y del sometimiento a proceso, en tanto sea “injustificadamente errónea o arbitraria”.

¹⁹ Pastene Navarrete, P. 2022, 261.

²⁰ Pastene Navarrete, P. 2022, 261.

²¹ Otra es avanzar en el reconocimiento doctrinario de la autonomía disciplinaria del Derecho Urbanístico en relación, muy especialmente, del Derecho Administrativo (lo que es sin perjuicio del relevante rol que éste naturalmente ha de cumplir en él, habida consideración que muchos de los órganos con incidencia en esta materia son órganos de la Administración). En otras palabras, que no se le siga entendiendo como un simple Derecho Administrativo especial. Ello por cuanto, entre otros efectos, abriría la posibilidad, como es lo propio de toda disciplina jurídica –autónoma–, a desarrollar sus principios fundantes, y entre los cuales, sin duda alguna, deberá consultarse el de estabilidad de los permisos de construcción, y en general, de los actos administrativos favorables otorgados en este contexto. En este sentido, véase: Cordero Quinzacara, E. 2015a, 119.

²² Al respecto cabe observar que la opción del Legislador de la Ley General de Urbanismo y Construcciones –de 1976– fue crear un “sistema urbanístico” cerrado, caracterizado por normas y una organización administrativa especial; y en la cual tal potestad interpretativa corresponde a la División de Desarrollo Urbano –en lo que se refiere a dicha ley y ordenanza–, y a las Secretarías Regionales Ministeriales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo –en lo que se refiere a los respectivos instrumentos de planificación territorial– (sin perjuicio del rol que, lógicamente, corresponde a los tribunales). En tal diseño, no tenía mayor incidencia la Contraloría General de la República, lo que, a su vez, acreditan las escasas referencias a ella en dicha ley; ninguna de las cuales, por cierto, para tales efectos.

²³ En términos similares, véase: Figueroa Valdés, J. e Illanes Sotta, M. 2023, 169-170. Bocchi Jiménez, G. 2021, 223-225.

²⁴ En términos similares, véase: Figueroa Valdés, J. e Illanes Sotta, M. 2023, 170-171.

²⁵ Decreto N° 1, de 2006 (artículo 151). En relación a la articulación entre responsabilidad patrimonial de las municipalidades, responsabilidad disciplinaria de los funcionarios y responsabilidad patrimonial de estos últimos, tenemos en vista el modelo desarrollado al efecto en los artículos 38, inciso 3°, y 39 de la Ley N° 19.966, Establece un Régimen de Garantías en Salud. De esta manera se lograría, o se facilitaría, el otorgamiento de justas indemnizaciones, así como también la concreción de las responsabilidades disciplinarias y patrimoniales de los funcionarios involucrados, aumentando con ello la prevención de las municipalidades en orden a no incurrir en esta clase de ilegalidades.

Finalmente, no podemos dejar de observar que el libro que comentamos tiene su origen en una tesis de magíster del programa LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y que ella fue dirigida por el distinguido profesor don Eduardo Soto Kloss, quien, además, redactó el prólogo. De él extractamos el siguiente párrafo, que compartimos plenamente: este libro "merece ser no solo leído y divulgado sino también meditado ampliamente, por cuanto a la muy completa pesquisa de antecedentes llevada a cabo para estudiar el tema, tales como antecedentes legislativos, doctrinarios, jurisprudenciales, sea de Contraloría General de la República o de Tribunales Ordinarios de Justicia, e informes de organismos, se ha unido un análisis riguroso de los aspectos estudiados y un acertado sentido crítico de la jurisprudencia existente, trabajo centrado específicamente en una institución propia de nuestro ordenamiento jurídico, que merece ser modificada en aras a una mayor seguridad jurídica para los interesados, y evitar la "creación judicial" que perturba seriamente la justicia, objeto y finalidad misma del Derecho"²⁶.

Cristian Román Cordero

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile*

Bibliografía citada

- Bocchi Jiménez, G. (2022a). La publicidad de los permisos de edificación: una incorrecta aplicación supletoria de la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 275-292.
- Bocchi Jiménez, G. (2022b). El control de la Contraloría con los poderes interpretativos de la División de Desarrollo Urbano. *Revista de Derecho Público* (96), 1-19.
- Bocchi Jiménez, G. (2021). Un ejemplo de interpretación multinivel en materia urbanística. Comentario del caso Santa Cruz con Municipalidad de Vitacura. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 213-227.
- Cancino, F. (2005). Consideraciones en torno a las limitaciones al dominio en materia urbanística. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (15), 159-170.
- Cordero Quinzacara, E. (2020). *Estudios sobre propiedad y Derecho Urbanístico*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Cordero Quinzacara, E. (2017). La formación del Derecho Urbanístico Chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al Derecho Urbanístico integrado. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (XXX, N° 1), 127-152.
- Cordero Quinzacara, E. (2015a). Naturaleza, Contenido y Principios del Derecho Urbanístico Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Año 22, N° 2), 93-138.
- Cordero Quinzacara, E. (2015b). Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLIV), 309-335.
- Cordero Quinzacara, E. (2008). El Derecho Urbanístico Chileno y la garantía constitucional de la propiedad. *Revista Nomos* (2), 91-112.
- Cordero Quinzacara, E. (2007). El Derecho Urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXIX), 269-298.
- Díaz de Valdés Juliá, J. y Enteiche Rosales, N. (2015). La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos. *Revista Actualidad Jurídica* (31), 235-266.
- Gil Mc Cawley, D. (2021). Derecho Urbanístico y Exclusión Social. *Revista Chilena de Derecho* (48, N° 1), 107-131.
- Gilmore Landon, R. (2018). Comentario a las sentencias de la Excelentísima Corte Suprema referida a los casos de Mall Barón (Valparaíso) y el Edificio Botero. *Sentencias Destacadas 2017* (125-168). Libertad y Desarrollo.
- Fernández Richard, J. y Holmes Salvo, F. (2008). *Derecho Urbanístico*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández Richard, J. (2013). Facultades y atribuciones de las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo en relación a las Direcciones de Obras Municipales. *Revista de Derecho Público* (79), 83-93.
- Figueroa Valdés, J. e Illanes Sotta, M. (2023). La estabilidad de los permisos urbanísticos: análisis doctrinario y jurisprudencial. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (38), 141-176.
- Figueroa Valdés, J. (2022). *Urbanismo y Construcción*. Editorial DER.
- Gómez González, R. (2022). Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), 157-180.
- Holmes Salvo, F. (2010). *La propiedad urbana. Régimen jurídico*. Legal Publishing.
- Kafka, F. (1980). *El Castillo*. Editorial Edaf.
- Pastene Navarrete, P. (2022). La estabilidad del permiso de construcción. Análisis a la luz de la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Rajevic Mosler, E. (2000). Derecho y Legislación Urbanística en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Vol. II, N° 2), 527-548.
- Rajevic Mosler, E. (1998). La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana. *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 25, N° 1), 65-112.
- Sánchez Egaña, A. (2022). Los vicios de procedimiento en planeamiento urbanístico: análisis del dogma de la nulidad radical en el derecho español. *Revista de Derecho Público* (96), 73-94.
- Soto Kloss, E. (2022). Prólogo. En P. Pastene Navarrete. *La estabilidad del permiso de construcción. Análisis a la luz de la jurisprudencia administrativas y jurisdiccional* (13-21). Editorial Tirant Lo Blanch.
- Soto Kloss, E. (2007). Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile. *Sentencias Destacadas 2006* (131-144). Libertad y Desarrollo.

²⁶ Soto Kloss, E. 2022, 21.

Normativa citada

Constitución Política de la República de Chile, 21 de octubre de 1980 (Chile).

Decreto N° 1 de 2006 [con fuerza de ley]. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006.

Ley N° 19.966 de 2004. Establece un Régimen de Garantías en Salud. 25 de agosto de 2004.

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.

Decreto N° 458 de 1975 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Aprueba Nueva Ley de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975.

Decreto N° 2.421 de 1964 [Ministerio de Hacienda]. Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. 7 de julio de 1964.

Medina Alcoz, Luis (2022).

Historia del Derecho administrativo español. Madrid: Marcial Pons, 535 pp.

En 2024 se ha producido entre nosotros, en la comunidad de cultores del Derecho administrativo, un fenómeno inusitado: hemos comenzado, con mayor énfasis que antes, a voltear la mirada hacia la historia de la disciplina; en efecto, las tradicionales jornadas anuales de la disciplina fueron dedicadas a la historia del Derecho administrativo, y uno de los participantes en las mismas fue el autor del libro que reseño. Luis Medina Alcoz es profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, autor de significativos escritos sobre la temática; entre otros: los dos capítulos relativos a la historia del Derecho administrativo español en el *Tratado de Derecho administrativo* (vol. I: Introducción. Fundamentos) coordinado por Rodríguez de Santiago, Doménech y Arroyo (Madrid: Marcial Pons, 2021), los que fundidos y ampliados (como lo afirma el autor) fueron la base de la *Historia del Derecho administrativo* de 2022 que reseño. Con posterioridad ofreció una lograda síntesis de esa *Historia*, en la *Lección 3: Bases históricas del Manual de Derecho administrativo*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (Madrid, Marcial Pons, 2023), pp.83-107; en fin, el autor editó en 2023, con vocación de reconstrucción de la historia de la disciplina, las *Lecciones de Derecho público y administrativo*, de Tomás María Vizmanos, de 1839 (en Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Todo lo cual nos invita a revisar la obra que el profesor Medina Alcoz dedica a la historia del Derecho administrativo español, de la que ofrezco una síntesis de su contenido, de sus propuestas y algunos comentarios; mi principal objetivo, es darla a conocer más ampliamente. Quizás la observación de la historia de la disciplina en España que nos ofrece el profesor Medina nos permita a los administrativistas chilenos comprender mejor nuestra propia historia, dados los paralelismos y conexiones históricas entre ambas.

La historia del Derecho administrativo como ocupación académica

En Chile existen pocos trabajos sobre la historia de la disciplina, lo que marca una diferencia con los esfuerzos de otras disciplinas no jurídicas; como, por ejemplo, en historia, Cristián Gazmuri (2006), *La historiografía chilena (1842-1970)*, Tomo I (1842-1920), Santiago: Taurus; o, en filosofía, Iván Jaksic (2013, traducción de la edición de 1989), *Rebeldes académicos. La filosofía chilena desde la Independencia hasta 1989*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Lo más similar en nuestra disciplina son los recientes aportes de Gabriel Bocksang Hola (2015), *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago: Thomson Reuters; y (2024). *El impulso sistemático del Derecho administrativo chileno (1861-1890)*, Santiago: Ediciones

UC, que tienen por vocación mostrar, paso a paso, la historia entera de la disciplina, como lo anuncia su autor.

Existen otros trabajos, más focalizados, como el de Julio Faúndez (2007), *Democratization, Development, and Legality: Chile, 1831-1973*, Nueva York: Palgrave Macmillan (traducción castellana: *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile, 1831-1973*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), que observa más ampliamente el decurso histórico de la Administración chilena. Una mirada de una institución administrativa específica ofrece Guillermo Jiménez (2021), El surgimiento del guardián administrativo: la Contraloría General de la República entre 1927 y 1943, en: *Revista de estudios histórico-jurídicos*, XLIII, pp.587-610.

Ha habido igualmente preocupación por describir la doctrina de la disciplina en: Rolando Pantoja Bauzá (2009), *La doctrina chilena de Derecho administrativo y su contexto jurídico político*, en: él mismo (coord.), *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp.16-55; o en revisar el aporte de algunos de sus autores, en: Andrea Paola Ruiz Rosas (2008), *Los 120 años de Cátedra de Derecho Administrativo y la huella imborrable de Don Valentín Letelier*, en: Rolando Pantoja Bauzá (coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp.13-56; ella misma (2009), *El nacimiento de la doctrina chilena de Derecho Administrativo en la obra de Don Santiago Prado Bustamante*, en: Rolando Pantoja Bauzá (coord.), *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp.16-55; y, Cristián Román Cordero (2021), *Valentín Letelier y el derecho administrativo*, en: *Revista chilena de historia del derecho*, N°26, vol. 2, pp.781-795; entre otros.

En el extranjero, la preocupación es más antigua y sistemática; así en Italia, entre muchos otros, cabe citar a: Giorgio Rebuffa (1981), *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna: Il Mulino, y, especialmente, a Luca Mannori y Bernardo Sordi (2001), *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari: Editori Laterza.

En Francia, el análisis y debate ha sido muy intenso y productivo, y cabría citar decenas de escritos sobre juristas específicos (en especial de Maurice Hauriou y Léon Duguit); solo cito por ahora los trabajos de historia general de la disciplina más difundidos, como: Jean-Louis Mestre (1985), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris: Presses universitaires de France; François Burdeau (1995), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris: Presses universitaires de France; Grégoire Bigot (2002), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris: Presses universitaires de France; Marie-Hélène Renaut (2007), *Histoire du droit admi-*

nistratif, Paris: Ellipses; y, en fin, Katia Weidenfeld (2010), *Histoire du droit administratif. Du XIVe siècle à nos jours*, Paris: Économica, 345pp. Cabe agregar la posterior recopilación de artículos de historia de la disciplina del ya citado Grégoire Bigot (2015), *Ce droit qu'on dit administratif...Études d'histoire du droit public*, Paris: Éditions La Mémoire du Droit.

En Alemania, cabe citar (según la traducción francesa) los monumentales trabajos de: Michael Stolleis (1998, traducción de la versión alemana de 1988), *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris: Presses universitaires de France; él mismo (2014, pero de 1988), *Histoire du droit public en Allemagne. 1800-1914*, Paris: Dalloz; él mismo (2018, pero de 2014), *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVIe-XXIe siècle*, Paris: Classiques Garnier. Igualmente cabe citar a: Rainer Wahl (2013, pero de 2006), *Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán*, Madrid: Marcial Pons.

En España, dentro de otros trabajos podemos citar el análisis de un breve período histórico que ofrece: Juan Alfonso Santamaría Pastor (2006), *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid: Iustel. Luego, el trabajo dedicado al contencioso administrativo de Juan Ramón Fernández Torres (2007), *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid: Iustel. Cabe agregar, sobre la historia de la Administración, los trabajos de Tomás-Ramón Fernández (2021), *La «década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea*, Madrid: Iustel; y su posterior y reciente aporte: él mismo (2024), *La Administración española en el inicio de la modernidad (1844-1868)*, Madrid: Iustel. En fin, a los trabajos de Luis Medina citados más arriba, cabe agregar su libro: *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016; el cual es tributario de su posterior monografía: *Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español*, en: *Revista de Derecho Público: teoría y método*, N°3 (2021), pp. 7-52.

En el resto de Latinoamérica, con intención abarcadora, solo conocemos el trabajo de Diego Isaías Peña Porras (2008), *La construcción del Derecho administrativo colombiano*, Bogotá: Universidad de los Andes;

La exposición de Medina Alcoz: Síntesis

El libro es de una enorme riqueza expositiva y temática, por lo que solo parcialmente podré hacer justicia de su contenido en esta síntesis.

El autor analiza la evolución de la Administración del Estado español, fijando como punto de partida el reinado de los Austrias con su "Estado jurisdiccionalista", pasando por la fase transicional de los Borbones y su "Estado absolutista", luego por el "Estado liberal" de mediados hasta finales del siglo XIX para llegar a la actualidad con el "Estado constitucional". El objetivo del autor es, entonces,

presentar la historia del Derecho administrativo español desde lo que llama su *prehistoria* en el Estado jurisdiccional, pasando por el administrativo, liberal, autoritario, hasta su fase actual, denominada Estado constitucional. Con dicho propósito, el autor divide su obra en tres partes, de las cuales una se divide nuevamente en tres partes (por ser prehistoria) y las demás en cinco partes, abarcando la evolución del Estado, la Administración y de la disciplina en sí, tanto en lo que llama su parte *objetiva* como *subjetiva*, y su desarrollo doctrinario. Resulta difícil la periodificación exacta de estas tres etapas (el autor no la ofrece en alguna intitulación), pero la riqueza de datos permite vislumbrarla.

i) La primera parte (pp.35-96), la dedica el autor a la transición del Estado jurisdiccional al Estado Administrativo, dando una contextualización de la existencia de la "sociedad corporativa" en España, explicando que dicha sociedad que evitaba la concentración de poder en la figura del rey nació en base a los feudos y corporaciones preexistentes a la formación de la corona, lo que dio bastantes trabas al poder real, el que requería del consentimiento de los señores feudales y otras corporaciones, como iglesias o universidades. Más adelante, surgirán escuelas para entender el rol y forma de operación de la administración; el movimiento arbitrista, estudios sobre el arte de gobernar, ciencia *cameralista* o de policía y una de economía política (p.107). La última tomaría fuerza a mediados-finales del siglo XVIII y caería con la reacción fernandina (1823-1833), para resurgir durante el reinado de la reina Isabel II y caer durante la restauración (1873-1923).

Respecto al desarrollo del Estado administrativo, el autor separa su obra en un capítulo dedicado al desarrollo del Estado, partiendo por las teorías ilustradas del siglo XVIII, desarrollándose la idea de un ser individual dotado de libertades naturales, para después explicar el efecto "concentrador del poder" que tendría el gobierno de los revolucionarios franceses, teniendo como cúspide el ascenso de Napoleón Bonaparte como emperador de Francia. De esta forma, el autor (en el parágrafo 113) explica que el surgimiento de este nuevo "Estado administrativo" se debe al cambio de sociedad provocado por los revolucionarios franceses, ya que, al abolir las corporaciones intermedias durante la revolución de 1789, dejaron un vacío de poder que llenó la administración, de esta forma teniendo un inmenso poder sobre la sociedad.

Cabe rescatar la cita que el autor ofrece de famosas afirmaciones de Alexis de Tocqueville, contenidas en *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856), que explica dicho fenómeno así: "La Revolución no ha tenido únicamente por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir una forma antigua de la sociedad (...)", quien agrega que: "Desde la caída del Imperio romano no se había conocido en el mundo un poder semejante. La revolución creó un nuevo poder o, mejor dicho, ese poder nació espontáneamente de las ruinas que forjó la revolución". Revisa también el autor el desarrollo del Estado administrativo en España, desde sus comienzos en la Cons-

titución de 1812, pasando por periodos de altos y bajos hasta 1874, donde se consolida.

ii) En la segunda parte (pp.99-340), se refiere el autor al tránsito del Estado administrativo al Estado autoritario. Respecto al Estado español, el autor habla del cambio de paradigma que establecerá la Constitución de Cádiz de 1812 y el movimiento liberal que ella inspiró, logrando sobrevivir a la restauración de Fernando VII, teniendo un auge importante en las décadas de 1830-1860, recibiendo un duro golpe con la revolución de 1868 y la restauración de 1874. Sin perjuicio de los acentos autoritarios de Constituciones posteriores y el entendimiento por parte de los autores españoles de que el Estado debía tener un rol más activo en la sociedad que lo que se proponía en el resto de Europa, considera que los efectos del espíritu de Cádiz son notables.

Respecto al desarrollo de la Administración, explica que la poca influencia del Estado mínimo en España ocurrió gracias a raíz de las guerras napoleónicas, a sus consecuencias económicas y problemas de sucesión. Así, se configuró un Estado amplio con un rol intervencionista de la Administración española y aún con un intento de *laissez faire* en 1868, el que fracasó y se consolidó un "Estado-Nodriza" o "Estado-providencia", bajo el cual la Administración volvió a sus rutas intervencionistas. Durante el siglo XX, la Administración empezaría a adquirir notas aún más autoritarias, teniendo su cúspide en el régimen franquista.

Durante el mismo periodo y desde un punto de vista objetivo de la disciplina, el autor observa un intento unificador del derecho por parte de los revolucionarios y cómo el Derecho administrativo cooperó en el quiebre de dicha unidad, estableciéndose –dice– como un "derecho especializado", en cuanto era más bien un derecho construido a partir de elementos anteriores a la Revolución, dándole así una estructura única, siendo uno de los primeros en delimitarse.

Por otro lado, desde el que llama punto de vista subjetivo del Derecho administrativo, el autor habla de una *eclipsación* de la doctrina iusnaturalista de los derechos por la *idolatración* del Estado. Sin perjuicio de que aquello –dice– era la regla general en Europa, como en España se desarrolló un contencioso administrativo que protegía indirectamente los derechos públicos subjetivos, muestra la notable separación entre el contencioso de anulación (dependiente de los consejos provinciales y el Consejo de Estado) y el contencioso de indemnización (en manos de los tribunales ordinarios). Respecto al contencioso de anulación, presentó varias trabas que no le daban una eficacia suficiente, y aun cuando algunas de esas fallas fueron subsanadas con la ley de Santamaría de Paredes, nunca llegó a la protección directa.

En cuanto al avance de la doctrina, señala que a medida que fue avanzando el siglo se fue superando la ciencia de policía y fue dando lugar a nuevas teorías respecto a la Administración, notablemente

la economía política y la ciencia de la administración. Así, surgiría la ciencia de la administración y llevaría a la que llama primera edad de oro del Derecho administrativo español, donde se darían notables desarrollos de distintas áreas, en especial en el contencioso administrativo. Señala que hacia finales del siglo XIX, la doctrina española empezó a mirar hacia afuera, adoptando ideas foráneas que contribuyeron al *apagón* posterior de la doctrina administrativista, que fue en el estado en que la encontró la guerra civil de 1936 y el posterior régimen franquista.

iii) En la tercera parte (pp.343-461), el autor se refiere al paso desde el Estado autoritario al Estado constitucional. Respecto al desarrollo del Estado, una vez acabada la guerra civil (1936-1939) y con la consolidación del gobierno de Franco, se trabajó en la reconstrucción del Estado español basándose en los regímenes totalitarios alineados a Franco (como Italia o Alemania), pero después de la Segunda Guerra Mundial, el régimen dejaría de lado su giro fascista para encajar en el mundo de la posguerra, lo que llevó a notables aperturas que culminarían con la Constitución de 1978 y la democratización de España.

Respecto a la Administración y la disciplina, señala que ella también estuvo sujeta a la *fascistización*. Aun así, uno de sus aportes más notables fue el redescubrimiento de la primera edad de oro del Derecho administrativo español (ocurrida desde mediados a finales del siglo XIX), lo que llevó al estudio de dichos autores, escapando de la influencia foránea que impactó a la disciplina desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Desde la segunda posguerra, señala el autor que ella logró desatarse hasta cierto punto del autoritarismo imperante y siguió la línea trazada por los países europeos occidentales del iusnaturalismo y la protección de los derechos de los ciudadanos. En este punto destaca el importante rol de los miembros de la *Revista de Administración Pública (RAP)* en la formación de este nuevo Derecho administrativo, como también las circunstancias del régimen franquista, que usó al Derecho administrativo como un mecanismo para la transición hacia un régimen menos autoritario, de tal forma que, a la llegada de la Constitución de 1978, el Derecho administrativo se implementó sin mayores problemas, en plena armonía con esa Constitución.

Desde un punto de vista objetivo de la disciplina, el autor afirma que el Derecho administrativo que surgió en la era de Franco nació acéfalo, dado que sus planteamientos escapan a la lógica de su régimen imperante, de tal forma que la Constitución de 1978 nació con una Administración acorde e implementada. Pero no un Derecho administrativo de carácter autoritario y conservador, sino –dice– uno que entendía y rescataba las ideas del iusnaturalismo, logrando así tener una base constitucional. Se denota una notable evolución en distintas áreas de este derecho, aunque el autor advierte de una posible involución. Ya desde un punto de vista subjetivo, esta etapa se caracterizó, a juicio del autor, por

la que llama *iusnaturalización* del Derecho administrativo gracias al Derecho constitucional europeo, en desarrollo en esa época. De esta forma, se empezaron a proteger directamente las afectaciones al derecho de los administrados.

Desde el punto de vista de la doctrina, recalca el autor que fue gracias a la RAP (*Revista de Administración Pública*) y a los profesores involucrados en ella, que revivió el estudio del Derecho administrativo y se produjo su *refundación*, dado que dichos autores buscaron desligar al Derecho administrativo español de su herencia autoritaria que traía desde el siglo XIX; calificando a Eduardo García de Enterría, líder indiscutido de ese movimiento intelectual, como el más importante jurista de la historia de la disciplina, y el *refundador* de la misma, a partir de la década de 1950. De esta forma, dice, también *renació* la escuela de la ciencia de la Administración, que había desaparecido a mediados del siglo XIX.

Cierra el volumen la impresionante relación bibliográfica y un índice onomástico, los que permiten, de una sola mirada, captar la vasta investigación que dio lugar a esta obra.

Valoración global de la obra de Medina Alcoz

Antes de exponer algunas críticas, que es el verdadero homenaje que cabe realizar a los autores de libros académicos, debo señalar, en términos globales, que este es un libro excepcional, en el más preciso sentido de la expresión, pues reconstruye por vez primera la historia toda del Derecho administrativo español; tarea que cumple el autor con vocación abarcadora de todo el fenómeno cultural que denominamos como tal, buscando rastros en todas sus fuentes: legislación, jurisprudencia y doctrina, aunque el autor abarca también una disciplina paralela: la ciencia de la Administración y elige un método que distingue al interior del Derecho administrativo los aspectos objetivos y subjetivos, según describo más arriba. Pero esto último forma parte del método de comprensión de la historia de la disciplina que postula el autor, lo que se manifiesta en su exposición, lo que comento más adelante.

Cabe destacar la utilidad de este libro para la investigación de la historia del Derecho administrativo chileno. En efecto, la utilidad de esta obra no se restringe a los lectores españoles, sino también a los lectores hispanoamericanos, en especial los chilenos, tanto por su método y exhaustividad de fuentes, sino también por la información que aporta sobre el desarrollo de la disciplina en España, cuya influencia en Chile, en épocas específicas, cabe explorar ahora más profundamente. Es esta la principal motivación de la noticia que aquí ofrezco de esta obra; no obstante que podemos decir sin ambages que la investigación y obra de Medina Alcoz ha resultado académicamente lograda con brillantez, y sitúa al autor como la más relevante referencia sobre la materia de la historia del Derecho administrativo en España.

Los aportes del libro son los propios de un libro académico logrado y la exhibición de las ideas del autor producirá constructivas discusiones sobre la forma de abordar la historia de la disciplina, sobre sus ideas respecto de temas concretos de la disciplina (el concepto y alcance de los derechos públicos subjetivos es uno de ellos), sobre el criterio restringido o amplio de hacerlo (esto es, reducir la historia únicamente a las instituciones propiamente jurídicas que gatilla la relación jurídica Administración-administrado, o ampliarla a la historia de la conformación de la Administración; a lo que me refiero más adelante), entre otros aspectos. En todo caso, no es posible abarcar en el espacio restringido de una recensión todas las discusiones y temáticas que se abren para nosotros a raíz de las tomas de posición del autor; salvo lo que desarrollo en seguida.

A esos aportes se agrega otro, que está en la base de su desarrollo: la ingente cantidad de información sobre fuentes recopiladas, exhibidas e inteligentemente distribuidas en la obra, ya no solo de España, sino también de otros países, como Francia, Italia y Alemania; y además, de Latinoamérica.

La historia de la disciplina es una preocupación que es reciente entre nosotros, por lo que la observación de aportaciones extranjeras a la historia de la disciplina, como es el caso del libro de Luis Medina, en especial por su vocación de completitud, quizás nos servirá para afinar nuestra autoobservación histórica.

Tres comentarios sobre el libro

Son tres los aspectos que deseo comentar.

i) *El campo epistemológico de la historia del Derecho administrativo*. El autor decidió conjuntar la historia de la disciplina con la historia de las ciencias de la Administración y aún del Estado; en efecto, en cada una de las fases en que divide la historia, distingue, por una parte, al Estado y las ciencias de la Administración, de, por otra parte, el Derecho administrativo, el que a su vez lo divide en lo que llama sentidos subjetivo y objetivo. Es una opción científica que el autor justifica cumplidamente. Pero podemos ver las cosas desde otro punto de vista: el estudio de los órganos administrativos es parte de otra disciplina no jurídica, como es la Ciencia de la Administración; por lo tanto, atendido esto, el libro de Medina Alcoz, no obstante su título, ofrece un *plus*: la dedicación a la historia del derecho sino también a la historia de la Administración, lo que indudablemente mejora la visión del *factum* de la disciplina jurídica; pero solo eso, pues no puede ser confundida con el núcleo de la disciplina.

Entonces, cabe determinar si la historia de la disciplina ha de comprender también la historia de la Administración (en su caso, cabría agregar igualmente, la historia del administrado, que es la otra parte de la relación jurídica de Derecho administrativo); y, como las tareas de los órganos administrativos son llevadas adelante por funcionarios, cabe

determinar si ha de comprender también la historia de los funcionarios públicos (lo que se acerca más bien a una historia del derecho laboral, en este caso a un servicio laboral muy especial, como es el que se ofrece a los órganos administrativos). Como se ve, la opción de ampliar el campo epistemológico estricto de la historia del derecho puede llevar a ampliaciones insospechadas.

Existen también restricciones internas, en el núcleo del derecho, para el estudio de la historia de la disciplina dentro de sus propios fenómenos. Por ejemplo, la periodificación o marco cronológico de la misma; esto es, si es posible identificar el comienzo de la historia de la disciplina, para lo cual debe elegirse algún evento histórico significativo, tomándolo como la *génesis*; así, en Francia los autores suelen discutir si existe o no una historia de la disciplina antes de la Revolución. Pero también se puede proponer ciertos estándares y, como el propio Medina Alcoz lo propone respecto de la Administración, llamar *prehistoria* algunos períodos.

Puede, es otro ejemplo, concentrarse el estudio de la historia de la disciplina en la pura legalidad, en las normas o fuentes escritas (lo que la haría incompleta, parcial), o en la jurisprudencia (lo que produciría el mismo fenómeno de parcialidad), o, en fin, podría reducirse a indagar solo la doctrina de los autores (lo que resultaría igualmente parcial); de ahí que lo que suele hacerse, con mejor provecho, es la investigación y exposición conjunta de esos tres fenómenos (normativa, jurisprudencia y doctrina) conjuntados, dando así una especie de panorama global de la cultura de la disciplina, a partir de sus fuentes. Pero tal grado de perfección es difícilmente abordable, y requiere esfuerzos de varios investigadores. Lo más similar a ese ideal son las citadas investigaciones de Bocksang 2015 y 2024, pero que hasta ahora solo abarcan hasta 1890. Lo usual es que las investigaciones aborden con mayor énfasis algunos de esos aspectos. Las opciones de los autores, así, pueden ser diversas.

Por lo tanto, diversas opciones están abiertas a los cultores de su historia. El libro de Medina Alcoz es, en este sentido, un modelo que cabe observar, pues como hemos visto desarrolla de manera paralela tanto la historia del Derecho administrativo como de la historia de la Ciencia de la Administración, ofreciendo así un panorama histórico muy amplio. En efecto, el autor reconoce la importancia de la Ciencia de la Administración para el Derecho administrativo, pero hay puntos en donde se mezclan ambas disciplinas, lo cual debiera, mejor, originar una revisión interdisciplinaria, y evitar así que la historia de la disciplina del Derecho Administrativo se desvíe de su núcleo, que es la relación jurídica entre el administrado y la Administración.

A mi juicio, es esa relación jurídico-administrativa (entre un órgano administrativo y un administrado), su desenvolvimiento y sus conflictos, lo que en estricto rigor es objeto de la disciplina del Derecho administrativo y, por lo tanto, de su historia. La historia de una disciplina jurídica, entonces, debe ce-

ñirse únicamente al fenómeno jurídico. Si se observa bien, con el hecho de visitar la historia el jurista positivo realiza un esfuerzo interdisciplinario, entre su disciplina jurídico-positiva (el Derecho administrativo) y otra histórica (la historia del derecho); de ahí que proponerse traspasar el objeto de análisis aún más lejos, introduciéndose en otras disciplinas, como la ciencia de la Administración y su propia historia, exige no solo un esfuerzo mayúsculo sino arriesgar confundir perspectivas, conceptos y metodologías, todas muy distintas a las del derecho. En todo caso, la visita que Medina realiza a la historia de las ciencias de la Administración proporciona un panorama insuperable del *factum* de uno de los sujetos de la relación jurídico-administrativa: la Administración; el que es, como digo más arriba, solo uno de los sujetos de esa relación, y es extraño no dedicar los mismos esfuerzos investigativos para observar la posición de los administrados; u olvidar, en esa lógica, la historia de los funcionarios de la Administración.

En suma, como es la relación administración-administrado la que es objeto de la disciplina del Derecho administrativo, es ella la que debe ser observada de distintas formas, en especial la conformación y ejercicio de las potestades administrativas, que es el objeto de los juicios de anulación de actos administrativos; como también la actividad de servicio público, de cuyas anomalías surge la reparación de los daños que eventualmente provoque la Administración en su actuar, de donde surgen los juicios de indemnización por responsabilidad; y en ambos casos, un contencioso administrativo, cuya historia ha de formar parte también de la historia de la disciplina (aunque es, en sí, una interdisciplina, pues forma parte del Derecho procesal). Y los aspectos relacionados con la organización administrativa son más bien materia de ciencias no jurídicas, cuyo desarrollo en este libro es en todo caso un aporte interesante; es, como digo más arriba, una especie de trabajo interdisciplinario, en que un jurista (Luis Medina) va más allá del derecho estrictamente, y aporta antecedentes de la historia de las ciencias de la Administración.

ii) La influencia de los derechos extranjeros: Derecho histórico comparado. Respecto a la influencia foránea, el autor aporta interesantes antecedentes y análisis para el caso español, lo que transforma su libro en una referencia ineludible a la hora del estudio de la historia del Derecho administrativo patrio. En efecto, postula nuestro autor, respecto de la influencia del Derecho administrativo francés en el del Derecho administrativo español, que en primera instancia, la doctrina administrativista española tomó y seleccionó cuidadosamente los elementos que le parecieran convenientes del derecho francés, y que la ruptura con esa influencia solo se produjo posteriormente, en la época de desarrollo de un Derecho administrativo español propio; el esfuerzo dirigido a provocar dicha ruptura, fue motivado por considerarse dicho pasado, como dice el autor, "mediocre". Así, explica Luis Medina, que dicho fenómeno puede atribuirse a una especie de

despegue cultural que habría alcanzado el Derecho administrativo en España, produciéndose así un desbalance entre el estudio del desarrollo foráneo y el patrio, donde hacia el siglo XX, los autores españoles consideraban los textos de sus antecesores como meras copias de sus contrapartes francesas; más esto no significó la desaparición total del desarrollo español, pero sí un fuerte debilitamiento, y habría sido lo que llevó al olvido la primera edad de oro de la disciplina en el país ibérico.

Según el autor, a medida que la influencia extranjera fue permeando en el Derecho administrativo español, este fue perdiendo influencia a nivel internacional, ya que, agrega, en la "primera edad de oro" la doctrina española logró alcanzar a otros autores europeos como Laferrière o Gianquinto, y a autores y doctrinas Latinoamericanas. Destaca Medina que la obra de Colmeiro, que es un autor relevante del siglo XIX español, tuvo gran influencia en Latinoamérica; entre otros lugares, menciona, con razón, a Chile, pues la influencia del Manual de Colmeiro, de 1850, en el Manual de Santiago Prado, de 1859, está plenamente identificada. Por lo tanto, podemos decir, que la primera circulación de las ideas jurídicas de Derecho administrativo español se produjo entre nosotros a partir de la obra de Colmeiro, en la versión ofrecida por Prado. Esta circulación de las ideas jurídicas se verá nuevamente, con una enorme intensidad, a partir de los años 70 del siglo XX, por la obra de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (su famoso *Curso* editado a partir de 1974, y que este año ha cumplido cincuenta años; véase la crónica y entrevista que le dedico en esta *Revista*, N° 39, 2024, pp. 307-318).

Podemos ver ciertos paralelismos de la historia del Derecho administrativo español con la del chileno. En cuanto a España, nos muestra el autor que con la caída del Antiguo Régimen y el surgimiento del Estado liberal, se produjo una verdadera captura del poder por parte de los revolucionarios, quienes reemplazaron al viejo Estado por el Estado administrativo, y le dotaron de tal poder y de tal protección a ese poder desde el punto de vista del actuar de la Administración, que era verdaderamente incontestable. Con el tiempo, fue surgiendo la necesidad de desarrollar mecanismos para controlar dicho actuar administrativo; pero su implementación fue lenta.

Esta obra nos ofrece un panorama muy completo desde el surgimiento de un vigoroso desarrollo del Derecho administrativo en España, su eventual caída y su recuperación durante un período en que la represión política imperaba; la silenciosa revolución del control a la Administración tomaba forma, ya para unirse a un sistema democrático y adaptarse a él sin problemas, o más bien, la democracia se moldeó tomando por base lo que se había logrado desde el Derecho administrativo. Y de alguna forma, dicho panorama lo podemos ver en nuestro país, en cuanto la débil posición que desarrollaron los tribunales en el control a la Administración fue perdiendo poder a medida que avanzaba el siglo XIX, para finalmente decaer a principios del siglo

XX y renacer parcialmente solo en el último tercio del siglo XX.

Como se ve, este recuento es relevante para el estudio de las influencias extranjeras en el caso de Chile. A partir de ahora, con los aportes de Medina Alcoz, al estudiar la historia del Derecho administrativo patrio no podremos sino revisar el caso español, período por período, y compararlo con el estado paralelo del caso chileno, por las influencias que hubo y no hubo, en especial en el siglo XIX y principios del XX; pues en épocas recientes, esto es, desde la década de 1970, es indiscutible la influencia decidida y amplia del Derecho administrativo español que se ha producido en Chile.

Desde el punto de vista disciplinario, se puede decir entonces que, una vez que se han producido esas influencias, obliga al investigador a asumir el estudio de un Derecho comparado histórico (la que vendría a ser una disciplina distinta a las mencionadas antes), que tiene su propio contenido y metodologías.

iii) La conexión histórica del Derecho administrativo con el poder y la libertad. Según el autor, el desarrollo del Derecho administrativo escapa a la teoría liberal de los derechos y más bien se trataría esta disciplina de un intento de reafirmación del poder de la Administración del Estado; afirmación que se puede contrastar con aquella según la cual el Derecho administrativo ha de ser más bien el punto de equilibrio entre las potestades de la Administración y los derechos de los administrados; en que cada cual tiene sus propios designios: la Administración, la búsqueda del interés general y los particulares su libre desenvolvimiento en sociedad. Es el *drama*, por decirlo así, de esta disciplina, y la mirada que Medina Alcoz nos ofrece nos permite constatar cómo en las raíces históricas existen paradojas: el nacimiento de una disciplina en medio de capturas autoritarias del poder, no necesariamente democráticas.

En efecto, pareciera existir en la historia de la disciplina en España (igualmente en Francia y quizás en Chile) una cierta apertura por parte de los regímenes autoritarios históricos al desarrollo del Derecho administrativo, si bien *limitado* (sin llegar a poner en cuestión los poderes de los gobernantes de tales regímenes autoritarios). Así, vemos que la historia muestra que paradójicamente ha sido bajo regímenes autoritarios donde se han dado importantes pasos o avances de esta disciplina; en esas épocas de limitadas libertades políticas, de modo paradójico, suele desarrollarse un *cierto Derecho administrativo* (evidentemente *limitado* a aquellas acciones que no produzcan mellas en las bases del autoritarismo del momento, respecto *del resto de las libertades ciudadanas*).

Pero, tal Derecho administrativo a pesar de sus orígenes en muchos casos ha llegado a ser compatible con ideas democráticas; incluso ese limitado Derecho administrativo puede llegar a ser clave en la recuperación democrática de los países. En efecto, como destaca Medina, en el caso de España, que fue el trabajo de los profesores de la RAP y notablemente

Eduardo García de Enterría, en la década de 1950 del siglo XX, en medio de una dictadura, lo que generó todo un Derecho administrativo, que no cupo en esa época dictatorial sino calificarlo de *democrático*, a tal punto que se anticipó en cierto modo a las bases democráticas que, *con posterioridad*, consagraría la Constitución de 1978 en dicho país.

En Francia, se produce un fenómeno similar, pues si bien nace la disciplina a partir de textos precisos dictados durante la primera etapa de la Revolución Francesa, su primer desarrollo se produjo en la época napoleónica, donde no imperaba precisamente una democracia liberal ni plena separación de poderes; no obstante, en medio de ello, comenzó a florecer la disciplina.

¿Qué podemos decir del caso chileno? En conexión con las ideas políticas imperantes durante el siglo XIX, vemos una resistencia por parte del legislador chileno decimonónico a crear instancias jurisdiccionales para que los administrados pudieran defender sus derechos contra los abusos de la Administración; dicho entorpecimiento fue de tal forma profundo, y si bien en esa época es posible observar entre nosotros un incipiente Derecho administrativo (así lo ha demostrado Bocksang 2015 y 2024, a

través de una gran recogida de fuentes legales y jurisprudenciales), pero es de tal forma precario en cuanto a las acciones principales de nulidad e indemnización, que más bien cabría llamar de prehistoria a esa etapa de la disciplina, lo que anticipó su verdadero hundimiento en casi todo el siglo XX, hasta la década de 1970/1980, paradójicamente, en medio de una dictadura; a partir de la cual se ha venido produciendo, en los últimos cincuenta años, un verdadero desarrollo de la disciplina, en términos doctrinarios, nunca visto antes, pero con desiguales avances en cuanto a sus otras fuentes legales y jurisprudenciales, en que el poder y la libertad se han conjugado de un modo distinto al histórico. Pero esto es algo que cabrá investigar y proponer entre nosotros.

No hemos desarrollado hasta ahora en Chile investigaciones históricas globales como la de Medina Alcoz, única manera de intentar identificar las verdaderas causas del derrotero histórico del Derecho administrativo patrio y, luego de las discusiones naturales entre los cultores de la disciplina, poder hipotetizar su designio actual; esta última es, por lo demás, la utilidad de la historia. En ese camino, tendremos, no cabe dudas, como compañía intelectual, la obra de Medina Alcoz.

Alejandro Vergara Blanco

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad católica de Chile*

Modificación de 2023 a la Ley de contratación pública y prestación de servicios: El criterio de sustentabilidad.

Camila Antonieta Castro Fuentes*

Hace 21 años se legisló por primera vez en Chile la contratación pública mediante la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Prestación de Servicios, más conocida como Ley de Compras Públicas, siendo un hito de relevancia en esta materia para los organismos del Estado y los privados que le proveen a éste. Esta normativa, fue modernizada con la Ley 21.634 del 2023, la cual realizó una serie de profundas modificaciones, entre ellas, la adición de la sustentabilidad como un criterio a incorporar de manera transversal para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

De este modo, se desarrollará una breve crónica en relación a los antecedentes de esta reforma legal junto a un análisis de las normas que se consideran relevantes.

1. Antecedentes generales de la Ley N° 19.886 y su reglamento.

Es importante y útil poder entender los inicios de la regulación de las bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios para verificar desde cuándo se incorpora este criterio de sustentabilidad.

De este modo, en el mensaje presidencial¹ de fecha 27 de octubre de 1999, se da cuenta que hace dos décadas se venía discutiendo la importancia de regular al menos dos tipos de contratos, a saber, el de suministro y el de prestación de servicios, dado que el Estado es el mayor comprador de bienes y servicios, haciendo imperativo resguardar el uso eficiente de los recursos públicos. Mas tarde, con fecha 30 de julio de 2003 se publicó la Ley N° 19.886, en la cual dentro de sus principios y objetivos no se hizo mención a la sus-

tentabilidad, pues este último es un concepto relativamente nuevo en esta materia.

En este sentido, no se puede dejar de mencionar el Decreto N° 250 de fecha 24 de septiembre de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley en comento, el cual tampoco dentro de su texto original hizo mención a dicho criterio.

No obstante, cabe señalar que tanto la ley como el reglamento estuvieron expuestos a diversas modificaciones, la primera en 11 oportunidades y la segunda en 8. La última reforma legal se desarrollará en el apartado siguiente puesto que es la que ha significado un mayor cambio para este marco regulatorio.

Dentro de las modificaciones al reglamento, el Decreto N° 1.410, publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015, dice relación con el ámbito de la sustentabilidad, pero enfocado principalmente a un aspecto social y económico, dado que tenía como objeto incluir en las compras públicas a las empresas de menor tamaño, propiciando el desarrollo local que enfrentan situaciones de pobreza, de alto desempleo, escasez de conectividad y capacidad productiva². Esto, es un primer acercamiento a la sustentabilidad independiente de que no se mencione el término en forma expresa y se encuentre en el reglamento y no en la ley, ya que da indicios a la trascendencia de considerar estos criterios al momento de contratar bienes y servicios por parte del Estado.

² Decreto 1410 que modifica decreto supremo N° 250, de 2004, que aprueba reglamento de la ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicada en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2015. Una de las modificaciones a las que se hace referencia este Decreto es en el artículo 10, el cual agrega la letra n), el cual señala: "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. (...)".

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Talca. Abogada. Magíster en Derecho, mención en Derecho Administrativo. ORCID 0009-0004-9081-8400.

¹ Historia de la Ley 19.886.

Artículo recibido el 08 de diciembre de 2024 y aceptado el 09 de diciembre de 2024

2. Antecedentes de la modernización de la Ley N° 19.886. Enfoque de sustentabilidad.

La reforma de la Ley N° 21.634 moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. De este modo, es posible observar varios artículos que hablan directamente acerca de la sustentabilidad, por lo que se revisarán ciertos hitos de relevancia dentro de la discusión legislativa, a objeto de identificar el momento y el por qué se incorpora en dicha normativa.

a) Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje Presidencial

Con fecha 30 de marzo de 2021, se remite mensaje presidencial, en cuyos antecedentes y fundamentos, entre otros, se encuentran "La Adaptación de Chile al Cambio Climático y la necesidad de aumentar el gasto por innovación", el cual alude a que se debe entregar mayor sustentabilidad en la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado para entregar mejor calidad en las prestaciones públicas con el debido cuidado del medio ambiente³.

Por otra parte, dentro del proyecto inicial se contemplaban como nuevos aspectos a considerar en los procedimientos de contratación, específicamente en las bases de licitación, el ciclo completo de vida del bien, servicio u obra y su sustentabilidad ambiental. No obstante, estos criterios no quedan en el texto definitivo, estableciéndose como principios a los cuales deben propender los organismos del Estado.

De este modo, se da cuenta que no existe un mayor desarrollo sobre este criterio dentro del mensaje presidencial y del proyecto de ley original.

b) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Primer Informe de Comisión de Economía.

Con fecha 29 de noviembre de 2021, se efectuó el Primer Informe de Comisión de Economía, en donde se abordaron diferentes aspectos del proyecto de ley, por diferentes exponentes especialistas en la materia, entre ellos la ex Directora de ChileCompra, doña Trinidad Inostroza, quien opinó que: *"la contratación pública persigue satisfacer oportu-*

*namente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía y se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, de valor por dinero que consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones y de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental."*⁴

Lo que esta experta comentó sobre este punto, luego pasó a incorporarse en forma prácticamente textual como parte del artículo 2 bis de la ley, siendo un momento de suma importancia para la discusión posterior que terminaría en el texto definitivo de la ley, pues marca un antes y un después para la sustentabilidad, ya que se establece, al menos hasta esta instancia, como objetivo y principio.

c) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Boletín de indicaciones.

Con fecha 03 de marzo de 2022, se efectuaron indicaciones del Ejecutivo y de Parlamentarios. En dicha instancia, se incorporó directamente el artículo 2° bis por los Honorables Senadores señora Carvajal y señores Elizalde y Pizarro, estableciéndolo como objetivo y principio, según lo ya citado en el punto anterior.

Asimismo, dentro del proyecto se hablaba de "sustentabilidad ambiental", siendo eliminada la expresión "ambiental", indicado por los mismos legisladores antes mencionados, quienes, además, abordaron los poderes de ChileCompra, refiriendo que se deberán impartir instrucciones obligatorias de general aplicación, de manera de robustecer la probidad, transparencia y sustentabilidad, entre otros.

Del mismo modo, los Senadores establecieron el Plan Anual Estratégico, debiendo considerarse en éstos, entre otros, criterios de sustentabilidad. En este sentido, sí hubo discusión, pues S.E. el Presidente de la República refirió que el plan anual deberá elaborarse con "criterios de sustentabilidad ambiental"⁵, es decir, agrega el concepto "ambiental", lo cual finalmente no es recogido en el texto final.

Por añadidura, el Presidente, indica que en el art. 6° se debe incorporar la frase "trans-

³ Historia de la Ley N° 21.634. p. 7.

⁴ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Primer Informe de Comisión de Economía.

⁵ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Boletín de indicaciones.

parencia, sustentabilidad”, en cuanto a objetivos que deben cumplir los órganos del Estado. Así también, suma un nuevo capítulo, a fin de crear el Comité de Innovación y Sustentabilidad en las Compras Públicas, el cual dentro de sus funciones tendría el determinar aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas incorporando criterios de esta índole.

Por otro lado, con fecha 16 de marzo de 2022, se desarrolló el segundo boletín sin modificación alguna en este aspecto; en el tercer boletín de fecha 15 de julio de 2022 se mantuvo en términos generales, salvo los comentarios de los Senadores, nuevamente, señora Carvajal y señores Elizalde y Pizarro, quienes optaban para que el nuevo capítulo se llamara “De la promoción de la Innovación en el Sistema de Compras Públicas” y no de la creación de este Comité ya señalado. Con todo, en el Boletín de indicaciones de fecha 29 de julio de 2022, se mantiene el nombre del capítulo: Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad.

Lo anterior es de gran relevancia, ya que a través de este Comité se asesorará al Estado y a ChileCompra sobre aquellas necesidades públicas que pueden ser satisfechas con ciertos bienes y servicios de carácter sustentable.

- d) Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe de Comisión de Economía.

Con fecha 26 de mayo de 2023, se desarrolló el Segundo Informe de Comisión de Economía. En esta instancia el Ministro respectivo, don Nicolás Grau Veloso, efectuó la presentación del nuevo paquete de indicaciones referente al último capítulo “De la promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas”, señalando que los procedimientos de Trato directo o Contratación directa con Publicidad procederán cuando se traten de empresas de menor tamaño (inferiores a 30 UTM), que favorezca el elevado contenido social y sustentabilidad ambiental⁶, entre otras, cuestión relevante que fue incorporada posteriormente en el texto final de la ley.

Este hito, es esencial ya que se alude directamente a la sustentabilidad en sus tres aspectos, esto es: económico, social y ambiental, empero, solo se contempla en un procedimiento específico, es decir, en el de Trato

Directo o Contratación directa con Publicidad, cuestión que igualmente se podría ampliar a otros de mayor envergadura.

Por otra parte, es muy interesante que, dentro de la discusión, hiciera una presentación la presidenta de la Asociación Chilena de Municipalidades y alcaldesa de Peñalolén de la época, doña Carolina Leitaó, quien señala que el artículo 6° del proyecto establece que se deben agregar a las bases de licitación consideraciones del ciclo completo de vida del bien, servicio u obra y sustentabilidad ambiental. Al respecto, ella estimaba que el tenor era facultativo, siendo que aquella debía ser obligatoria para dar cumplimiento a la normativa internacional a la que Chile está adscrita y que, por tanto, es plenamente vinculante.

Por último, la asesora del Ministerio de Hacienda, doña Gabriela Rodríguez, planteó, dentro de la discusión, que debería plasmarse la palabra sustentabilidad sin agregar el concepto “ambiental”, ya que aquella incluye a ésta, siendo más amplia y abarcando más aspectos relevantes. Coinciden, en este sentido, los Senadores mencionados en el literal c), estableciendo este criterio como un elemento y objeto esencial.

3. Criterios de sustentabilidad en la Ley N° 21.634

Con la Ley N° 21.634, nacen a la vida jurídica, entre otras, normas relacionadas con compras y contrataciones públicas que aluden a la sustentabilidad. A continuación, se hará mención a algunas de ellas en consideración a su relevancia:

- a) Se incorpora el artículo 2° bis, que señala: *“La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía. Se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero. Este último consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones. Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.”*

⁶ Historia de la Ley N° 21.634. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe de Comisión de Economía.

En este artículo se expresa la sustentabilidad como objeto y principio en la contratación pública, manifestándolo en forma expresa, directa e indubitada⁷. Del artículo se desprende que efectivamente la sustentabilidad es un criterio que se debe considerar en forma transversal, es decir, se debe aplicar en todos los procedimientos, no obstante, la intensidad de esa aplicación dependerá del objeto de contratación y de la planificación anual de cada organismo del Estado.

b) En relación con las bases de licitación, en el artículo 6° se agrega un inciso final que queda de la siguiente manera: “(...) los organismos del Estado deberán propender a la probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en sus contrataciones”⁸.

La sustentabilidad se establece como principio, el cual fue incorporado por esta reforma, debiendo todos los organismos direccionarse a que dentro de las bases de licitación de bienes o servicios que pretenden contratar, se establezcan ciertos requisitos, especificaciones y/o criterios que tengan un impacto real en lo económico, social y ambiental.

c) Se modifica el artículo 12°, estableciendo en el inciso 2° lo siguiente: “Para elaborar su plan anual cada institución deberá utilizar los procedimientos de contratación (...) y considerar las necesidades públicas a satisfacer, su plan estratégico de desarrollo, sus adquisiciones habituales, el presupuesto asignado y criterios de sustentabilidad y eficiencia en el uso de recursos públicos (...)”.

Este aspecto es esencial, ya que gran parte de cómo se aplicará este criterio dependerá de la planificación anual de cada organismo del Estado, toda vez que entrega una orden al señalar que deberá utilizar, entre otros, criterios de sustentabilidad, es decir, existe una obligación⁹ de que las instituciones puedan incorporar este aspecto de relevancia y que los proveedores tomen conocimiento anticipadamente de las demandas del mercado con sus respectivos requisitos para adaptarse a ellos.

d) Por su parte, el artículo 7° con relación a los procedimientos especiales dispone que: “(...) Estos procedimientos persiguen objetivos particulares, como son la promoción de las empresas de menor tamaño y proveedores locales, los de probidad, eficacia, eficiencia, innovación, ahorro, competencia, sustentabilidad y acceso. (...)”. En el mismo sentido, el artículo 60 en relación al procedimiento de Trato directo o Contratación directa con publicidad señala que procederá: “(...) cuando se trate de adquisiciones inferiores a 30 unidades tributarias mensuales, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como el impulso a las empresas de menor tamaño, incluidas aquellas lideradas por mujeres, los proveedores locales, la descentralización y la sustentabilidad ambiental. (...)”

Estos artículos se analizan en forma conjunta, pues ambos aluden a procedimientos de contratación, siendo materializaciones de la transversalidad del criterio de sustentabilidad. El art. 7° lo hace al señalar de forma expresa que, entre otros, la sustentabilidad se persigue como objetivo en los procedimientos especiales, los cuales la misma ley define; y el 60, al señalar que se privilegian materias como la sustentabilidad ambiental en materia de contratación directa con publicidad.

e) Respecto de las funciones de la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, se agregan en el artículo 30, la letra i) y j), los cuales rezan: “i) Proponer al Ministerio de Hacienda políticas públicas sobre las compras y contrataciones regidas por esta ley, que promuevan la eficiencia, la transparencia, la probidad, la competitividad, la sustentabilidad y buenas prácticas en ellas. j) Impartir instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia, la sustentabilidad y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos (...)”

Ha existido un consenso transversal de que se requiere un ChileCompra más robustecido¹⁰, por ello, la adición de estas nuevas funciones en materia de sustentabilidad es un avance, ya que puede incidir a su favor en las políticas públicas

⁷ LAZO y CASTRO 2024, 127.

⁸ Ley N° 21.634.

⁹ LAZO y CASTRO 2024, 133.

¹⁰ LAZO y MIRANDA 2024.

que adopte el Ministerio de Hacienda en contrataciones públicas y, puede impartir instrucciones vinculantes que consideren a aquel criterio, entre varios otros, lo que implicaría por ejemplo, que en vez de dictar directivas que son meras orientaciones, pueden sustituirlas por directrices obligatorias a los organismos del Estado.

Lo anterior, implica que la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas influirá en una doble dimensión para materializar este criterio sustentable, resguardando su consideración y aplicación para que no quede en letra muerta de la ley.

f) Asimismo, se adiciona el Capítulo VIII que crea el Comité de Compras Públicas de Innovación y sustentabilidad. En este sentido, el Art. 41 establece: *“Este Comité tendrá como función principal asesorar al Estado y a la Dirección de Compras y Contratación Pública en las compras públicas de innovación, que involucran procesos de investigación y desarrollo, así como en la determinación de aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas a través de bienes o servicios que incorporen innovación o criterios de sustentabilidad (...)”*

La creación de este Comité es un paso hacia adelante en materia de sustentabilidad, pues jugará un papel protagónico en la modernización y mejora en los procesos de compras públicas, estando alineado con las demás entidades que influyen directamente en esta materia como es ChileCompra. Si bien su implementación está por verse, existen altas expectativas sobre el aporte que puede significar para las compras públicas estratégicas.

4. Comentarios finales

El objeto de investigación de esta crónica es cómo el criterio de sustentabilidad se fue incorporando a la Ley de Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, dándose cuenta que antes del año 2023, no existía en la ley, apareciendo recién en el año 2015 en la modificación del reglamento, pero ni siquiera de forma expresa, sino solo aludiendo a aspectos sociales y económicos en las compras públicas.

No es sino hasta la reforma de la Ley N° 21.634 que se incorpora este criterio en diversos artículos, según lo expuesto en el acápite anterior, pero es importante señá-

lar que en la iniciativa de ley se hablaba de “sustentabilidad ambiental”, sin desarrollar el concepto ni sus alcances. Desde ahí, surge la relevancia de la discusión parlamentaria y de lo que se consideró en ésta, pues fueron los informes de la Comisión Económica, donde a través de opiniones de expertos en el área, se estableció la necesidad de incorporar la sustentabilidad como objetivo y principio.

Es más, no solo se logró instalar a dicho criterio como un aspecto trascendental en la ley, sino que también se logró diferenciar sustentabilidad de sustentabilidad ambiental, como se propuso en su oportunidad, ya que aquella es mucho más amplia, al abarcar por sí sola el ámbito económico, social y ambiental.

Por otro lado, no puede dejar de señalarse que lo que ocurrió con esta reforma, no es más que el cumplimiento por parte del Estado de Chile, de las obligaciones que había asumido por sí mismo al estar adscrito a tratados internacionales sobre la materia.

Por último, recién a finales de 2024 entrarán en vigor dichas normativas, por lo que es importante hacer seguimiento a la aplicación de las normas de sustentabilidad, haciendo presente que tanto la academia como los organismos públicos y los proveedores están expectantes al respecto.

Bibliografía citada

- LAZO VITORIA, Ximena y CASTRO FUENTES, Camila (2024): “Contratación Pública Sostenible en la Ley N° 21.634 que moderniza la Ley de Compras Públicas”, en: CASTRO FUENTES, Camila [coord.], Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctico de la Reforma a la Ley N° 19.886 (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 111-160.
- LAZO VITORIA, Ximena y MIRANDA ZÚNIGA, Ricardo (2024), “Una ‘nueva’ Ley de compras públicas para Chile”, Observatorio de Contratación Pública. en: <https://www.obcp.es/opiniones/una-nueva-ley-de-compras-publicas-para-chile> [Fecha de consulta: 5 diciembre 2024].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2003), Historia de la Ley N° 19.886 <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/> [fecha de consulta: 3 diciembre 2024].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), Historia de la Ley N° 21.634. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8245/> [fecha de consulta: 4 diciembre 2024].
- Decreto N° 250, 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 N° 1.410, modifica Derecho Supremo No 250, de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servi-

- cios. del Ministerio de Hacienda. Diario Oficial, 12 mayo 2015.
- Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 julio 2003.
- Ley N° 21.634, 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. Diario oficial, 11 diciembre 2023.

Actas de las XXIII Jornadas de Derecho de energía (Punta Arenas, 2024): Cambio climático y transición energética

La presente sección de *Coloquios* contiene las versiones escritas de las presentaciones realizadas en las XXIII Jornadas de Derecho de Energía "Cambio climático y transición energética", celebradas el día 15 de octubre de 2024, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Magallanes (UMAG), organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE), en conjunto con la UMAG. El haber realizado esta versión en la ciudad de Punta Arenas responde a uno de nuestros objetivos principales de trasladar estas instancias académicas y enriquecedoras más allá de nuestra ciudad capital, desarrollándolas en aquellos lugares en los cuales los temas tratados tienen mayor incidencia.

Estas Jornadas, realizadas durante 23 años, se han consolidado como 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. Este encuentro contó, por ejemplo, con la distinguida presencia del SEREMI de Energía Región de Magallanes y Antártica chilena, don Sergio Cuitiño, así como también con la conferencia inaugural de don Juan Carlos Olmedo, presidente del Consejo Directivo del Coordinador Eléctrico Nacional. Por otra parte, las temáticas abordadas deben ser consideradas un aporte al debate actual en la materia, al tratar sobre energías renovables y cambio climático, la relación de suministro y almacenamiento entre agua y energía, el control jurisdiccional y administrativo en el sector eléctrico, y, por último, sobre la legislación sectorial eléctrica.

A continuación, publicamos los siguientes trabajos presentados en dichas jornadas, los que hemos clasificado según sus temáticas y paneles de discusión de aquella ocasión.

Transición Energética

Regulación para la transición energética en Chile: Un enfoque en el mercado mayorista

Juan Carlos OLMEDO HIDALGO

La Ley marco de cambio climático y el soterramiento de líneas eléctricas: Un enfoque integral para la resiliencia energética

Loreto VERGARA ABARZÚA

Binomio Aguas / Energía

Efectos ambientales y sociales del cambio al modelo energético verde: La transición justa

Jesús CONDE ANTEQUERA

Nuevos retos del binomio agua y energía: especial referencia al caso de las centrales hidroeléctricas reversibles y su actual impulso en España

Estanislao ARANA GARCÍA

La reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea y el nuevo régimen de la energía hidroeléctrica en España

Asensio NAVARRO ORTEGA

Energía y Libre Competencia

Competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer actuaciones de órganos administrativos del sector eléctrico

Andrea VON CHRISMAR MEDINA

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce la función jurisdiccional para preservar y potenciar el bien jurídico de la libre competencia, también en mercados regulados

Jorge QUINTANILLA HERNÁNDEZ y Sophia CAICEDO HENRÍQUEZ

La atribución del Coordinador Eléctrico Nacional para proponer medidas o modificaciones normativas en el contexto de su función de monitoreo de la competencia

Paulo OYANEDEL SOTO y Nader MUFDI GUERRA

Instalaciones, Concesiones, Sanciones y Normas Técnicas

Distribución, mantenimiento y realismo mágico: El extraño caso de jibarización del artículo 57 de la Ley General de Servicios Eléctricos

Ernesto OLIVARES RODRÍGUEZ

Normas técnicas: Naturaleza e instancias de control

Santiago PORTALUPPI FERNÁNDEZ y Samuel GUZMÁN LAVÍN

Sobre el régimen jurídico aplicable al desmantelamiento de las instalaciones de transmisión eléctrica

Rodrigo QUEZADA MARÍN

Concesiones eléctricas y Ley marco de autorizaciones sectoriales

Matías RAMÍREZ NOVA

El reclamo de ilegalidad de la ley N°18.410 de 1985: En particular la proporcionalidad sancionatoria

Paulo ARÁNGUIZ LOYOLA

Regulación para la transición energética en Chile: Un enfoque en el mercado mayorista

Juan Carlos Olmedo Hidalgo*

Introducción

La transición energética es un desafío global impulsado por la urgencia de mitigar los efectos del cambio climático y avanzar hacia una economía descarbonizada. En Chile, este proceso ha ganado tracción desde mediados de la década del 2000 con políticas públicas orientadas a fomentar las energías renovables, la electrificación de la demanda, generación distribuida y la modernización del sistema eléctrico. Este artículo se explora los desafíos y propuestas regulatorias necesarias para facilitar la transición energética, destacando la implementación de un mercado mayorista basado en ofertas como un elemento crucial para lograr la eficiencia del mercado eléctrico.

I. El Paradigma de la Transición Energética

La transición energética en el mundo se puede definir en base a los conceptos de las 5Ds y 2Cs, lo que podemos denominar el paradigma de ella. Estos conceptos consisten en:

1. **Descarbonización:** Se requiere efectuar la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, lo cual se manifiesta en el retiro progresivo de las centrales termoeléctricas y con un aumento en la participación de energías renovables variables (ERV). En el caso de Chile, en el año 2019 el Estado y las empresas propietarias de centrales carboneras acordaron el retiro progresivo de éstas, lo cual está ocurriendo en forma acelerada.

2. **Digitalización:** Se está produciendo la incorporación de tecnologías digitales para la gestión de la red eléctrica, tales como redes inteligentes (Smart Grids), inteligencia artificial (IA), internet de las cosas (IoT¹) y Big Data, entre otras.

3. **Descentralización:** El desarrollo de recursos energéticos distribuidos² (DER) permitirá disponer de en una arquitectura de red más flexible, resiliente y confiable.

4. **Democratización:** La tendencia a instalar capacidad de generación en usuarios finales de energía eléctrica y el avance de la electromovilidad crea el concepto de prosumidores, es decir, un usuario que consume y produce energía eléctrica, lo que lo habilita a ofrecer servicios de red. Esto implicará el crecimiento de los agentes que pueden participar en el mercado eléctrico, viabilizando incluso transacciones peer-to-peer³ (P2P).

5. **Demanda eléctrica creciente:** Actualmente, la electrificación de la demanda es la solución de mayor viabilidad para el reemplazo de combustibles fósiles. IRENA⁴ ha estimado que la demanda eléctrica al año 2050 se duplicaría respecto de los niveles actuales.

6. **Ciberseguridad.** La creciente adopción de tecnologías como redes inteligentes, generación distribuida, almacenamiento de energía y medidores inteligentes, hace que el sistema eléctrico se vuelva más eficiente, pero también más vulnerable a ataques cibernéticos, lo que implica tomar acciones para su protección.

optimizar recursos y ofrecer nuevas capacidades. La IoT se aplica en diversos ámbitos como hogares inteligentes, ciudades conectadas, salud, agricultura, transporte y energía, promoviendo una mayor eficiencia, personalización y sostenibilidad en las actividades humanas.

² Los *Recursos Energéticos Distribuidos* son pequeños activos de generación, almacenamiento, y gestión de energía que se encuentran cerca o en el punto de consumo, en lugar de estar centralizados en grandes plantas de generación eléctrica.

³ Una transacción peer-to-peer (P2P) es un intercambio directo de energía entre usuarios individuales sin la necesidad de intermediarios tradicionales, como una empresa distribuidora. Por ejemplo, un prosumidor puede vender su excedente energético directamente a otros usuarios en la misma red, utilizando plataformas digitales que gestionan las transacciones mediante tecnologías como blockchain.

⁴ IRENA (2023), *World Energy Transitions Outlook 2023: 1.5°C Pathway*, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi. www.irena.org/publications

¹ La Internet de las Cosas (IoT) es un concepto tecnológico que conecta objetos físicos, dispositivos y sistemas a Internet, permitiéndoles recopilar, intercambiar y analizar datos en tiempo real. Estos dispositivos, equipados con sensores, software y conectividad, interactúan entre sí y con plataformas centralizadas para automatizar procesos,

7. Cambio climático. Produce una afectación directa en la confiabilidad, resiliencia y sostenibilidad de los sistemas eléctricos. Eventos como olas de calor, sequías prolongadas y eventos climáticos extremos afectan tanto la generación de energía renovable variable, como la hidroeléctrica y eólica, así como la infraestructura de transmisión y distribución. Esto implica adoptar acciones para crear una red resiliente a los efectos del cambio climático.

Estos factores reflejan los cambios que se deben implementar para desarrollar un sistema energético más flexible, resiliente y orientado a asegurar el acceso a la energía eléctrica al usuario final.

II. Estado Actual del Sistema Energético Chileno

Chile ha logrado avances notables en su transición energética, siendo uno de los hitos el acuerdo alcanzado entre el gobierno y los propietarios de centrales termoeléctricas a carbón en julio de 2019 para el retiro progresivo de ellas al año 2040. Este proceso está ocurriendo aceleradamente, es así como a octubre de 2024, más de 1.700 MW de capacidad de generación térmica a carbón han sido retirados del sistema eléctrico, marcando un paso decisivo hacia la descarbonización. La penetración de energías renovables variables (ERV) continúa creciendo a un ritmo acelerado, alcanzando en 2023 aproximadamente un 32% de participación en términos de energía y un 71% en participación instantánea de potencia durante las horas de máxima generación de estas fuentes. Esta tendencia, caracterizada por la creciente integración de ERV, se espera que se profundice en los próximos años. Si se considera la producción hidroeléctrica junto con las ERV, la participación total de energías renovables en 2023 llegó al 60%, un aumento del 8% respecto de 2022 y del 18% en comparación con 2021. Además, la participación instantánea de energías renovables, incluyendo ERV, hidráulica y otras, alcanzó un 92% en 2023. Este impulso se mantuvo en 2024, alcanzándose un récord del 96% en participación horaria de energías renovables en diciembre de este año. Al mes de octubre de 2024 existe una capacidad instalada solar fotovoltaica de 11.000 MW, proyectándose la incorporación de 4000 MW adicionales para 2025, y aproximadamente 5.000 MW de centrales eólicas.

Al mes de octubre de 2024 existen 1050 MW de sistemas de almacenamiento de una

duración aproximada de 4 horas, en operación y etapa de pruebas. proyectos adicionales en desarrollo, el almacenamiento se perfila como una solución para proveer de flexibilidad al sistema eléctrico.

En materia de electrificación de la demanda, la electromovilidad ha avanzado significativamente. Es así como Chile, cuenta con la flota de buses eléctricos que es la segunda más grande del mundo después de China.

Este avance acelerado de la transformación de la red eléctrica y electrificación de la demanda energética releva la necesidad de abordar los desafíos regulatorios y operativos que se requieren implementar.

III. Desafíos de la Transición Energética

La transición energética hacia las condiciones operativas proyectadas para los próximos años demandará un cambio significativo en el diseño del sistema eléctrico chileno, apuntando a niveles superiores de seguridad, fortaleza y flexibilidad. Para abordar los desafíos operacionales, el Coordinador elaboró una Hoja de Ruta para una Transición Energética Acelerada, la que releva la magnitud de esta transformación y los plazos necesarios para alcanzarla, identificando las estrategias clave para habilitar un sistema sostenible y confiable en el marco de una matriz 100% renovable al año 2030.

El sistema eléctrico del futuro deberá gestionar dinámicas marcadas por la transición desde tecnologías síncronas convencionales⁵ hacia recursos basados en electrónica de potencia (IBR⁶). Este cambio implicará gestionar

⁵ Un generador síncrono convencional es un dispositivo de generación eléctrica que convierte la energía mecánica, proveniente de una fuente como una turbina hidráulica, de vapor o de gas, en energía eléctrica mediante un proceso de sincronización con la red eléctrica. Funciona basándose en el principio del electromagnetismo, donde un rotor imantado impulsado por la turbina gira dentro de un estator, produciendo corriente alterna con una frecuencia fija, sincronizada con la frecuencia de la red. Este tipo de generador proporciona características esenciales para la estabilidad del sistema eléctrico, como inercia mecánica, regulación de frecuencia y soporte de voltaje.

⁶ Los Recursos Basados en Inversores (IBR) son tecnologías de generación o almacenamiento de energía que utilizan electrónica de potencia, en lugar de maquinaria síncrona convencional, para conectar y operar en el sistema eléctrico. Estos recursos incluyen paneles solares fotovoltaicos, turbinas eólicas de última generación, baterías de almacenamiento de energía y otros dispositivos electrónicos. A diferencia de las unidades síncronas, los IBR no generan energía directamente a partir de movimientos mecánicos, sino que convierten la energía mediante inversores que regulan la frecuencia, el voltaje y otros parámetros esenciales para la estabilidad de la red.

volúmenes crecientes de energías renovables variables, incorporar sistemas de almacenamiento de larga duración, y facilitar una operación descentralizada mediante la integración de recursos energéticos distribuidos.

Además, el proceso de electrificación masiva en sectores como la industria, el transporte, el comercio y otros usos finales—incluyendo consumos intensivos como data centers y la electromovilidad—exigirá una expansión significativa de la red, con una demanda que podría duplicarse para 2050. Para ello, será necesario reforzar la red eléctrica con puntos de control distribuidos, capaces de coordinar cientos o miles de dispositivos basados en electrónica de potencia. Estos desafíos técnicos requerirán estrategias avanzadas de monitoreo y control que aseguren respuestas rápidas, confiables y precisas, garantizando estabilidad y seguridad operativa.

Por otra parte, el almacenamiento de energía de larga duración desempeñará un rol fundamental, al permitir gestionar excedentes de generación renovable, estabilizar la red y reducir costos operativos. Su implementación masiva será necesaria para integrar recursos basados en inversores, facilitar la descentralización y apoyar una transición energética que combine sostenibilidad, seguridad y eficiencia económica.

Estos desafíos requieren de una planificación integral de la expansión de la red y reformas regulatorias que permitan construir un sistema eléctrico adaptado a un futuro energético descarbonizado, descentralizado, sostenible y resiliente.

IV. Propuesta de Reforma al Mercado Mayorista

Para garantizar una transición energética eficiente, segura y confiable, es fundamental realizar cambios estructurales tanto en la planificación y operación de la red eléctrica como en el desarrollo del mercado eléctrico chileno. Dado el rol central del Coordinador Eléctrico Nacional en la industria, y su posición estratégica para impulsar estas transformaciones, en 2023 se contrató a la empresa ECCO Internacional para realizar un estudio orientado a diseñar un nuevo mercado mayorista⁷. Este diseño incluye una hoja de ruta para implementar un mercado de ofertas que

abarque energía, servicios complementarios y capacidad, abordando los desafíos técnicos, tecnológicos, administrativos, financieros y de implementación. Además, el estudio incorpora las mejores prácticas internacionales y los avances realizados por el Coordinador, apoyando integralmente la transición hacia un sistema eléctrico seguro, confiable, eficiente y neutro en emisiones.

El Sistema Eléctrico Nacional opera actualmente bajo un modelo de mercado basado en costos auditados. En este esquema, cada unidad generadora declara sus costos variables con evidencia de respaldo, y estos pueden ser auditados por el Coordinador en caso de identificar inconsistencias, determinando así el valor al que se transa la energía en el mercado mayorista de corto plazo. Este enfoque, desarrollado principalmente para sistemas hidro-térmicos durante el siglo XX, buscaba limitar el poder de mercado unilateral en contextos con alta concentración de actores o durante etapas iniciales de desregulación.

Frank Wolack en su artículo “Designing Competitive Wholesale Electricity Markets for Latin American Countries”⁸, plantea la base teórica para analizar el problema del diseño de mercados eléctricos, basada en un modelo genérico de agente-principal. Para esto, describe cinco características esenciales de un mercado mayorista de electricidad exitoso: i) un número suficiente de agentes independientes; ii) un mercado a futuro para la electricidad; iii) participación activa de consumidores de electricidad en el mercado mayorista; iv) una red de transmisión que facilite el funcionamiento del mercado; y v) un mecanismo regulatorio creíble, establecido lo más temprano posible.

Adicionalmente, el sistema utiliza un cálculo centralizado del costo de oportunidad de recursos hídricos y de almacenamiento, junto con los costos de generación térmica auditados, para minimizar el costo total de operación del sistema eléctrico. Si bien este modelo ha demostrado ser efectivo en sistemas con baja penetración de energías renovables variables (ERV) y activos bajos en carbono, como baterías (BESS) y programas de respuesta de la demanda (DR), su eficacia se ve comprometida ante los desafíos actuales de descarbonización.

⁷ <https://www.coordinador.cl/novedades/coordinador-electrico-publica-informe-de-propuesta-para-reforma-al-mercado-electrico-mayorista/>

⁸ Frank A. Wolack, 2003. “Designing Competitive Wholesale Electricity Markets for Latin American Countries,” Research Department Publications 1003, Inter-American Development Bank, Research Department.

Hoy en día, estos recursos —ERV, BESS y DER— son fundamentales para la transición energética y el proceso de descarbonización de la matriz energética. Sin embargo, el diseño de mercado mayorista basado en costos auditados no permite reflejar adecuadamente los costos de oportunidad de estos activos. En este modelo, el Coordinador, como operador del sistema, debe estimarlos de manera centralizada, lo que dificulta una determinación precisa del costo marginal de energía, especialmente en el caso de sistemas de almacenamiento.

La experiencia internacional ha demostrado que este enfoque centralizado resulta ineficiente para estimar el verdadero costo de oportunidad de activos bajos en carbono en un mercado basado en costos auditados. Por lo tanto, para respaldar eficazmente la transición energética y fomentar la inversión en tecnologías de generación renovable y almacenamiento, es necesario evolucionar hacia un diseño de mercado que permita una mayor flexibilidad y refleje de manera precisa los costos de oportunidad en un entorno dinámico y descarbonizado para que existan precios competitivos.

En el caso de Chile, hay elementos que ya existen en el mercado nacional para la implementación de un mercado mayorista basado en ofertas, como son la existencia de precios nodales, un proceso de co-optimización energía y reservas, la existencia de un operador autónomo e independiente y técnicamente respaldado y la existencia de instituciones con un grado de madurez importante.

Los elementos claves para el nuevo diseño de mercado mayorista son:

a) Mercado del Día Anterior (DAM): Basado en ofertas, con precios marginales y mayor liquidez.

b) Mercado Intradiario y Tiempo Real: Actualización de precios cada 15 minutos y co-optimización de energía y reservas.

c) Reglas para la participación de hidroeléctricas: Integración gradual mediante subastas.

d) Mitigación del poder de mercado: Pruebas estructurales automáticas para garantizar la competencia justa.

e) Mercado de capacidad: Promoción de nueva generación mediante ofertas obligatorias.

La implementación del nuevo modelo de mercado requerirá ajustes significativos:

a) Participación de recursos distribuidos (DER): Mayor integración de prosumidores, almacenamiento y respuesta a la demanda.

b) Creación de mercados financieros de energía eléctrica: Introducción de derechos financieros de transmisión (FTR) para mitigar riesgos de congestión.

c) Reformas regulatorias: Implementación progresiva de cambios con colaboración entre reguladores, operadores y participantes del mercado para garantizar una transición ordenada.

1. Mercado del día siguiente

El DAM es un mercado donde generadores y consumidores ofertan energía eléctrica con un día de anticipación. Los participantes presentan ofertas de generación (productores) y demandas de consumo (consumidores) para el suministro y consumo del día siguiente.

El mercado determina el despacho óptimo de generación y fija precios horarios basados en las ofertas. Estas transacciones son vinculantes, es decir, deben cumplirse, salvo ajustes en tiempo real.

El objetivo de este mercado es planificar y asegurar un suministro eficiente y confiable de energía eléctrica, a través de señales de precios que reflejen condiciones esperadas del sistema, ayudando a los agentes a tomar decisiones informadas.

2. Programación de unidades en tiempo real (RTUC)

Esta etapa consiste en un proceso de planificación y despacho en tiempo real para asegurar que las unidades de generación adecuadas estén en operación para satisfacer la demanda en cualquier momento. Funciona basándose en las condiciones reales del sistema, como la demanda actual, reservas disponibles y restricciones operativas, el operador ajusta dinámicamente qué unidades deben operar. Este programa de generación incluye tanto la generación como los servicios de reserva necesarios para la estabilidad del sistema.

Se busca garantizar que siempre haya suficientes recursos disponibles para satisfacer la demanda, incluso en condiciones cambiantes o imprevistas, al optimizar la operación de recursos para minimizar costos operativos mientras se mantienen los estándares de confiabilidad.

Aporta flexibilidad a la operación, pues permite adaptarse a condiciones imprevistas como fluctuaciones de demanda o generación

variable (p.ej., energía eólica o solar) y, busca asegurar que los recursos necesarios estén disponibles en el momento adecuado.

3. Mercado en tiempo real (RTM)

Es un mercado donde se ajustan las diferencias entre las previsiones realizadas en el DAM y las condiciones reales del sistema eléctrico en tiempo real. Permite realizar transacciones adicionales de energía eléctrica para equilibrar oferta y demanda en intervalos muy cortos.

Los precios en el RTM se recalculan en intervalos cortos, cada 15 minutos o menos, y reflejan el costo marginal de producir una unidad adicional de electricidad en un momento dado.

Las transacciones y ajustes se realizan con base en la oferta y demanda actual, considerando restricciones físicas y operativas.

El objetivo de este mercado es ajustar las desviaciones entre el plan del DAM y la realidad del sistema y, garantizar el equilibrio y la estabilidad del sistema eléctrico en todo momento.

Al recalcular precios y ajustar generación en tiempo real, el sistema opera de manera más eficiente, minimiza los riesgos de desequilibrio y posibles cortes de energía y refleja condiciones reales del mercado en todo momento, incentivando el uso óptimo de recursos disponibles.

4. Relación entre los mercados DAM, RTUC y RTM

Estos mercados trabajan juntos para garantizar un suministro confiable y eficiente, optimizando la planificación anticipada, los ajustes en tiempo real y la corrección de desviaciones.

a) DAM: Proporciona la planificación inicial para el día siguiente.

b) RTUC: Ajusta la disponibilidad de recursos en tiempo real según las condiciones del sistema.

c) RTM: Corrige las desviaciones entre la planificación inicial (DAM) y las condiciones vigentes en cada momento en el sistema eléctrico, con recalcular continuo de la operación mediante actualización de ofertas.

5. Nuevas estructuras y mecanismos

La implementación de los mercados DAM y RTM requiere la creación de nuevas estructuras y mecanismos de liquidación de transacciones:

a) Co-optimización de energía y reservas: Integra la planificación y despacho de energía y servicios complementarios para lograr un despacho óptimo. Maximiza la eficiencia operativa al coordinar recursos de manera integrada.

b) Precios marginales nodales: Los precios reflejan el costo real de generar y entregar electricidad en un punto específico de la red, considerando restricciones físicas. Proporciona señales precisas de precios y fomenta inversiones donde más se necesitan. Este mecanismo ya existe en el mercado mayorista actual, lo cual es una ventaja, solo requerirá algunos ajustes.

c) Precios de escasez a través de curvas de demanda de reserva operativa (ORDC).

d) Adecuación de recursos a través de un mercado de capacidad con opciones de confiabilidad.

e) Derechos financieros de transmisión (FTRs): Funcionan como un seguro para los participantes del mercado contra la congestión en la red de transmisión. Ofrecen estabilidad financiera y seguridad para generadores y consumidores.

f) Liquidación múltiple: Las transacciones de energía y reservas se liquidan de forma independiente en el DAM y el RTM. Reduce manipulaciones del mercado al ajustar precios en tiempo real según las diferencias con el DAM.

V. Conclusiones

La transición energética en Chile representa una oportunidad para redefinir su sistema eléctrico, haciéndolo más sostenible, resiliente y orientado al futuro. Sin embargo, el éxito de esta transformación dependerá de la capacidad de los actores involucrados para comprometerse con un cambio estructural en el mercado mayorista y las políticas regulatorias. Este proceso requiere compromiso de todos quienes están involucrados en el mercado eléctrico, pues son cambios que requieren tiempos extensos de implementación progresiva, estimado entre 7 a 10 años.

Este modelo de mercado, que considera una serie de cambios, implica dar señales para tener un mercado competitivo, eficiente y con menos costos de operación, a la vez que entrega al operador del sistema las herramientas necesarias para manejarlo eficientemente.

Además, permite crear señales de precio eficientes para todos los recursos que tengan

costos de oportunidad, como los sistemas de almacenamiento y otros recursos que posean limitaciones de capacidad de algún tipo.

El modelo de mercado mayorista en base a ofertas da espacio para que entren nuevos agentes al mercado eléctrico, principalmente la demanda y actores financieros.

Alex Papalexopulus⁹ señala que para hacer efectiva la participación de la demanda, se requiere la modificación de la normativa de distribución separando la gestión de la red de la función de comercialización, crean el Operador de Red de Distribución (DSO) y los agregados o comercializadores.

⁹ Conferencia Anual APEX 2024, Santiago de Chile.

La Ley marco de cambio climático y el soterramiento de líneas eléctricas: Un enfoque integral para la resiliencia energética

The Climate Change Framework Law and the Undergrounding of Power Lines: A Comprehensive Approach to Energy Resilience

Loreto Vergara Abarzúa*

Palabras clave: Cambio Climático, Vulnerabilidad, Resiliencia, Soterramiento.

Keywords: Climate Change, Vulnerability, Resilience, Burial.

I. Contexto: La Urgencia de Adaptarse al Cambio Climático

El cambio climático, fenómeno global que está alterando los patrones climáticos en diversas partes del mundo, presenta desafíos significativos para países como Chile, que ha comenzado a experimentar de forma intensificada sus efectos adversos. Ante este escenario, el legislador chileno promulgó en 2022 la Ley N° 21.455, conocida como la Ley Marco de Cambio Climático (LMCC), cuyo objetivo principal es impulsar un enfoque integral de adaptación y mitigación. La ley busca reducir la vulnerabilidad del país y aumentar la resiliencia frente a los impactos climáticos.

El sector energético, en particular las líneas eléctricas, es uno de los más vulnerables a los fenómenos climáticos extremos. En los últimos años, Chile ha sido testigo de graves afectaciones en su infraestructura eléctrica

debido a incendios forestales, tormentas intensas y vientos extremos. Durante el verano de 2023, los incendios forestales arrasaron con miles de hectáreas de bosque, afectando directamente las instalaciones eléctricas. Además, el temporal de agosto de 2023 dejó a miles de usuarios sin suministro eléctrico en el centro-sur del país, poniendo en evidencia la vulnerabilidad de las redes eléctricas chilenas frente a estos eventos.

Este contexto resalta la urgente necesidad de aumentar la resiliencia del sistema eléctrico, adaptándolo a las nuevas condiciones climáticas extremas para asegurar la continuidad del servicio y proteger la infraestructura crítica de Chile.

II. La Ley Marco de Cambio Climático: Objetivos y Enfoque Integral

La LMCC establece las bases normativas para que Chile enfrente los efectos del cambio climático de manera eficaz, mediante un enfoque que combine tanto la adaptación como la

* Abogada de la Universidad Central, Máster en derecho privado de la Universidad Austral de Chile Correo electrónico loreto.vergara@saesa.cl.

mitigación. En su artículo 3, la ley define dos conceptos clave que guiarán la gestión del cambio climático en el país:

Adaptación al cambio climático: Se entiende como cualquier acción, medida o proceso de ajuste al clima actual o proyectado, con el objetivo de reducir los daños, mitigar los riesgos, aumentar la resiliencia y aprovechar las oportunidades derivadas del cambio climático.

Vulnerabilidad al cambio climático: Hace referencia a la susceptibilidad de los sistemas, ecosistemas y comunidades a ser afectados negativamente por los efectos del cambio climático, incluidas las capacidades limitadas para adaptarse a estos impactos.

Con estos conceptos, la LMCC otorga a la Administración del Estado la facultad de elaborar Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático, los cuales abordan las necesidades de adaptación de los sectores más vulnerables, como el energético, promoviendo la resiliencia frente a los efectos del cambio climático en el largo plazo.

III. El Sector Energético: Alta Vulnerabilidad al Cambio Climático

El sector energético de Chile enfrenta desafíos importantes debido a la vulnerabilidad de sus infraestructuras, especialmente las líneas eléctricas aéreas, que son altamente susceptibles a fenómenos climáticos extremos. Ejemplos recientes incluyen los incendios forestales de 2023 y las tormentas de agosto de 2023, que dañaron gravemente las instalaciones eléctricas en el centro-sur del país, afectando el suministro de electricidad de miles de hogares y empresas.

Estos eventos subrayan la necesidad de transformar y adaptar el sistema energético para hacerlo más resiliente. La infraestructura energética debe ser capaz de resistir los impactos de fenómenos climáticos cada vez más recurrentes y extremos. El soterramiento de las líneas eléctricas, en este contexto, se presenta como una de las soluciones más efectivas para reducir la vulnerabilidad y aumentar la resiliencia de la red eléctrica.

IV. El Soterramiento de Líneas Eléctricas: Solución Estratégica para Aumentar la Resiliencia

Dentro de las medidas de adaptación propuestas por la LMCC, el soterramiento de

líneas eléctricas se destaca como una solución técnica que puede reducir significativamente la vulnerabilidad del sistema ante los señalados incendios forestales, tormentas, vientos fuertes y otros fenómenos climáticos. Algunas de las ventajas de esta solución son:

1. Reducción del riesgo de daños: Las líneas subterráneas son menos susceptibles a los daños causados por incendios forestales, caídas de árboles o tormentas, lo que puede contribuir a la reducción del riesgo y frecuencia de las interrupciones del suministro eléctrico.

2. Mayor fiabilidad del suministro eléctrico: Al soterrar las líneas, se minimiza el impacto de los fenómenos climáticos en la continuidad del servicio, garantizando una mayor fiabilidad del sistema eléctrico.

3. Mejora estética y urbanística: El soterramiento contribuye a la integración armoniosa de la infraestructura eléctrica con el entorno, mejorando la belleza del paisaje y reduciendo el impacto visual de las líneas aéreas, especialmente en zonas rurales y turísticas.

Aunque el soterramiento de líneas eléctricas ofrece claros beneficios, su implementación implica desafíos significativos en términos de costos y logística, especialmente en un país como Chile, donde la geografía y las condiciones del terreno varían considerablemente. Sin embargo, algunas empresas concesionarias de distribución eléctrica del sur de Chile ya están llevando a cabo proyectos piloto en zonas rurales, utilizando técnicas innovadoras como el arado y la zanja abierta para reducir los costos de instalación y mantenimiento.

V. El Reconocimiento Tarifario y la Necesidad de Regulación Adecuada

A pesar de los beneficios evidentes del soterramiento de líneas eléctricas, uno de los mayores obstáculos es el alto costo de inversión que requiere su implementación. Por ello, para que esta solución sea viable y escalable, es necesario contar con un marco normativo adecuado, que contemple incentivos económicos para las empresas distribuidoras de energía, sin que ello afecte negativamente a las tarifas de electricidad para los usuarios.

Actualmente, existen los Pliegos Técnicos RPTD N° 11 y 13¹ de la SEC, que regulan la construcción de líneas subterráneas, pero se requiere de una actualización y un fortalecimiento.

¹ Pliego Técnico Normativo RPTD N°11 y 13, de 2020.

lecimiento de estas normativas, incorporando mecanismos de aplicación de incentivos económicos a las empresas, que les permitan recuperar su inversión, sin trasladar los costos adicionales a los consumidores.

Por su parte el Decreto 11T de 2016, del Ministerio de Energía, de fecha 31 de agosto de 2022, regula las condiciones de aplicación de las tarifas subterráneas distinguiendo entre los clientes de alta y baja tensión en distribución. Asimismo, regula las condiciones para los nuevos desarrollos inmobiliarios y para aquellos que surgen por efecto de disposiciones municipales. Además, establece los factores aplicables a las tarifas aéreas, lo que en la práctica constituye el recargo que aumenta los precios de las tarifas soterradas.

El próximo Reglamento de la LMCC, que se espera sea publicado en los próximos meses, podría ser una oportunidad para incorporar medidas de apoyo, como subsidios o compensaciones para las empresas que adopten la construcción de redes subterráneas. Asimismo, debe existir un reconocimiento tarifario que permita compensar a las empresas por los costos adicionales que implica esta infraestructura, asegurando que no haya un impacto

negativo en las tarifas de electricidad para los usuarios finales.

VI. Conclusión: Un Sistema Eléctrico Resiliente Ante el Cambio Climático

El cambio climático está alterando profundamente el entorno operativo del sector energético en Chile. La Ley Marco de Cambio Climático (LMCC) ofrece el marco necesario para enfrentar estos desafíos y promover la adaptación del sistema eléctrico a los efectos del cambio climático. El soterramiento de líneas eléctricas es una de las soluciones más efectivas para aumentar la resiliencia de las redes eléctricas y asegurar la continuidad del suministro eléctrico frente a fenómenos climáticos extremos.

No obstante, para que esta medida sea adoptada de manera masiva y efectiva, es imprescindible contar con un marco regulatorio que contemple incentivos económicos y un reconocimiento tarifario adecuado. Solo a través de un enfoque integral que combine políticas públicas, regulación técnica y estrategias económicas, Chile podrá garantizar un sistema energético más robusto y adaptado a los desafíos del cambio climático.

Efectos ambientales y sociales del cambio al modelo energético verde: La transición justa

Environmental and social effects of the change to the green energy model: the just transition

Jesús Conde Antequera*

RESUMEN: La apuesta por un desarrollo sostenible implica necesariamente un cambio del modelo energético que priorice la energía renovable. Pero esta transición energética puede tener importantes efectos negativos sobre la economía de las sociedades rurales cuya propia existencia se ha constituido entorno a las actividades que ahora han de desaparecer.

Palabras clave: Transición ecológica; transición justa; desarrollo sostenible; energías renovables; despoblación.

* Profesor Titular de la Universidad de Granada, Granada, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Dirección Postal: Pza. de la Universidad s/n, 18002, Granada. Correo electrónico: jesusconde@ugr.es. ORCID: 0000-0002-1505-3127.

ABSTRACT: The commitment to sustainable development necessarily implies a change in the energy model that prioritizes renewable energy. But this energy transition can have important negative effects on the economy of rural societies whose very existence has been built around the activities that must now disappear.

Keywords: Ecological transition, just transition, sustainable development, renewable energies, depopulation.

Introducción

La Unión Europea es verde. Así se refleja en la exigencia, que hace el artículo 11 de su Tratado de Funcionamiento, de integración de la protección ambiental en el desarrollo de todas las políticas y acciones europeas con objeto de fomentar un desarrollo sostenible y en el establecimiento de una política ambiental basada en el objetivo de lograr un nivel de protección elevado, al que se refiere el artículo 191.2 de dicho Tratado.

El *Pacto Verde Europeo (European Green Deal)* ha concretado recientemente esta política ambiental de protección intensa en el sector energético, dentro del marco propuesto por los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (concretamente, el ODS 7, que propugna un incremento del porcentaje de las energías renovables en el mix energético) y del objetivo consensuado en la COP 26 de alcanzar la neutralidad climática (cero emisiones de gases de efecto invernadero) en 2050. Este Pacto Verde Europeo, también conocido como el Pacto verde para el clima, parte de la necesidad de trabajar para que Europa sea el primer continente energéticamente neutro, planteando a tal efecto una hoja de ruta hasta esa fecha y una nueva estrategia de crecimiento de la Unión Europea basada en el objetivo de hacer frente a los desafíos climáticos y medioambientales¹. Con este Pacto como referencia, el *Clean Energy Package*² ha articulado posteriormente el compromiso de los Estados miembros de elevar ese por-

centaje de reducción de GEI al 40 % en 2030 respecto emisiones de 1990 y el Reglamento UE 2021/1119, también conocido como la *Ley europea del clima*³ ha dado lugar al paquete de medidas "Objetivo 55", conocido como el *Fit for 55*, que plantea lograr una reducción de hasta el 55 % de dichas emisiones para 2030, como objetivos intermedios al efecto de llegar en 2050 a la pretendida neutralidad climática.

Estos objetivos de reducción de emisiones, justificados en la problemática de base que supone el cambio climático, han tenido un importante reflejo en las políticas energéticas y en la regulación del sector eléctrico, entendiéndose este sector como uno de los más estratégicos para el logro de dichos objetivos ambientales relacionados con la lucha contra el cambio climático. Desde esta perspectiva, tanto la normativa europea como las consecuentes regulaciones desarrolladas en los Estados miembros han planteado la necesidad de articular un cambio en el modelo energético hasta ahora vigente, basado en la transición hacia el empleo de fuentes de energía renovable y el desmantelamiento de las centrales térmicas y basadas en el carbón. Es decir, la descarbonización de la economía y la configuración de un mix energético integrado fundamentalmente por energías renovables.

Este cambio de modelo energético hacia el empleo exclusivo de fuentes de energía renovable y la total descarbonización o eliminación de las energías térmicas o basadas en el empleo del carbón es lo que se ha denominado aquí la "Transición energética" o, también, "Transición ecológica".

A este fin, además, se añade recientemente la necesidad de lograr una mayor independencia energética del exterior, dado el problema de gran dependencia que se ha visto además intensificado con motivo de los conflictos ruso-ucraniano y en Oriente Medio. La autogeneración de energía renovable en Europa se vislumbra, así como una solución

¹ El Pacto Verde para el clima, propuesto en diciembre de 2019, se ha planteado como una estrategia de crecimiento económico de la Unión Europea condicionada por un paquete de iniciativas políticas orientadas a lograr una transición ecológica cuyo objetivo sea alcanzar la neutralidad climática en 2050. Además, el Consejo Europeo de octubre de 2014, acordó el marco de actuación de la UE en materia de clima y energía hasta 2030, en el que se plantea el objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero al menos un 40 % con respecto a 1990 en 2030 y elevar la cuota de renovables en el consumo de energía final por encima del 27 %

² Denominado específicamente "The Clean Energy for all Europeans Package", es un conjunto de ocho iniciativas legislativas sobre aspectos energéticos entre las que se incluye la Directiva (EU) 2018/2001, sobre energías renovables, que incrementa el objetivo inicial del Consejo Europeo de la cuota de renovables para 2030 del 27% al 32 %.

³ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

paliativa ante este problema de dependencia, perfectamente compatible y adicional a la solución ambiental que supone.

Sin embargo, como ocurre en todo cambio de modelo, el cierre y desmantelamiento de las centrales térmicas o de carbón implica el fin de una actividad económica en lugares principalmente rurales que muchas veces adolecen de un problema de despoblación y, consecuentemente, de escasez de servicios, lo que conlleva dificultades de acceso a los mismos para sus ciudadanos en condiciones de igualdad, sobre todo teniendo en cuenta que las minas de carbón y las centrales térmicas suelen estar territorialmente ubicadas en estas zonas rurales desfavorecidas en este sentido que tradicionalmente han fundamentado en dichas actividades su fuente de riqueza y su propia existencia, y que son actividades que ahora están abocadas a desaparecer en aras al logro del objetivo de la neutralidad climática.

El objetivo ambiental europeo, por lo tanto, puede entrar en conflicto con otro de los objetivos funcionales de la Unión Europea, previsto en el artículo 174 del referido Tratado, cual es el de la cohesión económica, social y territorial, conforme al cual se ha propuesto la necesidad de prestar especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones con escasa densidad de población, imponiéndose así a los Estados miembros la obligación de reconducir su política económica en este sentido. Así, se ha acuñado en Europa el concepto de "Transición Justa", para hacer referencia a la máxima "*Que nadie se quede atrás*", con la que la Agenda 2030 perfila el nuevo concepto de desarrollo sostenible, en el que ahora se incluyen también el objetivo de la inclusión y cohesión territorial y el principio de la solidaridad.

I. El proceso de transición energética en España: la ley de cambio climático y transición energética y la apuesta por las centrales hidroeléctricas reversibles

En España, las previsiones europeas sobre el proceso de transición energética han tomado cuerpo legal con la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE, en adelante) que, en cuanto ahora nos interesa resaltar, ha vinculado en gran medida el objetivo de la descarbonización y la neutralidad climática a los usos del

agua para producción de energía⁴. De este modo, el artículo 7 de la referida Ley, como ejemplo de la intención política de dedicar todos los recursos posibles al logro de los objetivos en materia de energías renovables, establece una nueva correlación de la normativa de aguas con dichos objetivos energéticos al prever la obligación de priorizar las nuevas concesiones de uso del dominio público hidráulico para producción de energía hidroeléctrica cuando dicho uso haya de servir para la integración de las energías renovables en el Sistema Eléctrico. Y teniendo en cuenta las características de las energías renovables, y concretamente las de las centrales hidroeléctricas, ha de entenderse lógica la previsión de apostar por la promoción de las centrales hidroeléctricas reversibles que este precepto hace seguidamente.

En efecto, la fiabilidad, continuidad y seguridad en el suministro que requiere la integración de las diferentes fuentes de energía en el Sistema Eléctrico no puede lograrse con la mayoría de las formas de obtención de energía renovable, incluidas las centrales hidroeléctricas fluyentes, que son las actualmente existentes en su mayoría. Pero las centrales hidroeléctricas reversibles, caracterizadas por la posibilidad de almacenamiento energético en forma de almacenamiento de agua en depósitos superiores construidos expresamente para poder obtener un flujo de agua continuo en momentos en los que esta escasee, se entienden como la forma más oportuna para lograr esa difícil integración de las energías renovables en un Sistema Eléctrico dominado hasta ahora por las energías térmicas, carbónicas y nucleares.

Para dar cumplimiento a la LCCTE en cuanto a su mandato de priorización de los usos hidroeléctricos a dicho objetivo de la integración, el Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos de Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, ha introducido una modificación al artículo 60 del R.D. Legislativo

⁴ Así, el artículo 3 de esta Ley establece el objetivo de que, para el año 2030, se alcance un consumo de energía final procedente de fuentes renovables de, al menos, un 42%. En consonancia con esta LCCTE, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC) pretende que un 74% del total de la producción eléctrica sea renovable en 2030 y prevé para el año 2030 una potencia total instalada en el sector eléctrico de 161 GW, de los que 16 GW se producirán en centrales hidráulicas y de los que 9,5 GW procederán de centrales de bombeo.

1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), con la que se prevé un nuevo uso, el de "Almacenamiento hidráulico de energía", con carácter prioritario al resto de usos industriales para producción de energía eléctrica, lo que implicará un privilegio en el acceso a las concesiones demaniales para la implantación de estas centrales hidroeléctricas reversibles respecto a otras tipologías de aprovechamientos hidroeléctricos.

Estas previsiones, del nuevo uso de almacenamiento hidráulico de energía y de la priorización del otorgamiento de nuevas concesiones demaniales a tales usos, no resultan inocuas desde un punto de vista jurídico, dadas las importantes consecuencias o efectos de estas nuevas centrales, tanto desde una perspectiva socio-económica, como ambiental. De hecho, el propio artículo 7 de la LCCTE ha supeditado esa promoción de las centrales reversibles al cumplimiento de los objetivos ambientales de las masas de agua y los regímenes de caudales ecológicos fijados en los planes hidrológicos de cuenca, a la compatibilidad de estos nuevos derechos concedidos con los otorgados a terceros, a la gestión eficiente del recurso y a su protección ambiental.

II. Los efectos de la transición energética. Especial referencia a los derivados de la implantación de las centrales hidroeléctricas reversibles

1. Efectos de carácter social: la transición justa.

Como se decía anteriormente, en España la transición energética, o ecológica, implica el cese de la producción de carbón nacional y el consecuente cierre de las instalaciones de minería del carbón y de las centrales térmicas. A ello se refiere expresamente el artículo 29 de la LCCTE, que remite al Plan de Cierre del Reino de España para la Minería del Carbón no Competitiva en el marco de la Decisión 2010/787/UE. Asimismo, el incentivo a las energías renovables y, específicamente, a la implantación de centrales hidroeléctricas reversibles, se complementa con el desincentivo de las energías fósiles (artículos 9 a 11). El cierre de estas instalaciones implicará, inevitablemente, el cese de la actividad económica que conllevan y, consecuentemente, la pérdida de oportunidades de obtención de riqueza directa o indirecta que dichas actividades implican.

A esta situación venidera respecto a la reducción o eliminación de actividad económica generadora de riqueza en los ámbitos territoriales en los que se encuentran ubicadas estas instalaciones se une, casualmente en el tiempo, el hecho de que un importante número de concesiones demaniales para aprovechamientos hidroeléctricos tradicionales (centrales fluyentes) se encuentran próximas a caducar o ya han caducado, por el hecho de haber transcurrido el plazo de duración de dichas concesiones, limitado a 75 años por las sucesivas Leyes de aguas de 1985 y 2001 y que, tras dicha extinción, prevén la reversión a la Administración de las obras construidas en el dominio público hidráulico (artículo 53.4 TRLA) y la posterior demolición de las instalaciones y la restauración del medio físico en el caso de que técnicamente no se considere viable la continuidad de la explotación, conforme a lo establecido en los artículos 89.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y 101 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En caso de que proceda el cese de la actividad y la demolición de las instalaciones de producción de energía eléctrica por extinción de las concesiones, nos encontraríamos ante un nuevo problema de pérdida de oportunidad económica que habría que adicional al del cierre de centrales térmicas o de carbón en los casos de zonas rurales despobladas y con dificultades de reto demográfico.

Esta situación derivada de la transición energética y del periodo concreto de extinción de concesiones demaniales en España, con consecuencias sobre la pervivencia de las entidades rurales con problemas de despoblación o reto demográfico, contrasta directamente, como indicábamos en nuestra introducción, con los objetivos del artículo 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre cohesión económica, social y territorial de las zonas rurales y afectadas por dichos procesos de cierre y desmantelamiento de actividades, en definitiva económicas, motivado por estos requerimientos de transición y que encaja perfectamente en el paradigma de la Agenda 2030, del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, de no dejar a nadie atrás, para cuyo logro se establecen 17 objetivos.

En España, como en Europa y en otras partes del mundo, este fin ha cristalizado en la expresión "transición justa", que ha venido a constituirse en referencia semántica y límite solidario al desarrollo implicado por el cambio del modelo energético y ambiental. Ese obje-

tivo de la transición justa ha quedado directamente vinculado al reto demográfico, como acredita el hecho de la propia denominación del Ministerio competente para su logro, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD), o la aprobación, en 2019, de la Estrategia de Transición Justa, como pilar del Marco Estratégico de Energía y Clima, o el Plan Territorial de Transición Justa de España 2021-2027, dentro del Plan de medidas del Gobierno ante el reto demográfico, que incluye asimismo el Programa DUS 5000 para la financiación de proyectos locales de energía limpia. Estos instrumentos para el logro de esa transición justa se acompañan de otras medidas específicas con tal finalidad, como las establecidas en el Real Decreto Ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que ... se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación, o la Estrategia del Agua para la Transición Ecológica (2022) y las previsiones específicas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2023). Pero, quizá, las medidas de carácter jurídico más significativas han sido las establecidas normativamente a través de una Disposición Adicional 22ª en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, conforme a la cual se establece la posibilidad de regular la concesión de capacidad de acceso a los nudos de red liberados por los cierres de dichas instalaciones a nuevas instalaciones de energías renovables (lo cual podría ser el caso de las comunidades energéticas locales o de nuevas actividades de generación renovable que se pudieran desarrollar en ámbitos rurales despoblados), y en la Disposición Adicional 16ª del TRLA, denominada "concesiones de agua para transición justa", conforme a la cual, en los supuestos de extinción de concesiones actuales para usos de producción de energía eléctrica por cierre de instalaciones de energía térmica de carbón o termonuclear, se podrá decidir el otorgamiento de una nueva concesión demanial a nuevas iniciativas y proyectos en el área geográfica donde se encontraba la instalación, ponderándose al efecto para su otorgamiento criterios económicos, sociales y medioambientales, con carácter prioritario a otros usos del agua, excepto el de abastecimiento de población.

Junto a estas medidas de carácter jurídico, la normativa española ha implementado otras fórmulas estratégicas para lograr esa "compensación" de carácter solidario que demanda la transición justa. En este sentido, citamos al menos la implementación del Fondo de Transición Justa, cuyo objetivo es prestar

apoyo financiero a los territorios enfrentados a esos retos socioeconómicos graves derivados del proceso de transición a la neutralidad climática, y la regulación de los Convenios de Transición Justa, a los que se refiere la LCCTE como principal herramienta del Instituto para la Transición Justa para implementar la referida Estrategia de Transición Justa en los territorios afectados por el cierre de minas de carbón y de centrales térmicas y nucleares, con el objetivo prioritario de mantener y crear actividad y empleo en dichos territorios.

2. Efectos ambientales. El impacto ambiental de las instalaciones de bombeo y su compatibilidad con las previsiones sobre caudales ecológicos en un contexto de cambio climático.

Por otro lado, la implantación de las centrales hidroeléctricas reversibles o de bombeo plantea asimismo cuestiones problemáticas desde una perspectiva puramente ambiental. Ciertamente es que la razón de su promoción en la LCCTE es propiamente ambiental, pues así queda justificado por el hecho de atender al objetivo de la lucha contra el cambio climático, que se aborda como problema ambiental prioritario y acuciante en la actualidad. Es decir, el objetivo de poner en marcha esta tipología de centrales es, precisamente, que su aportación al mix energético, como energías renovables, permita consolidar un Sistema Eléctrico nacional seguro y fiable sustituyendo las aportaciones de energía de otras fuentes carbónicas o térmicas no renovables que contribuyen al cambio climático por ser emisoras de gases de efecto invernadero.

Sin embargo, estas nuevas centrales hidroeléctricas de bombeo y, específicamente, la construcción de las nuevas balsas o depósitos para el almacenamiento hidrológico de la energía, que básicamente se hará en espacios naturales, implica asimismo un nuevo impacto ambiental sobre tales territorios, en su mayor parte protegidos por sus valores ambientales. Y, por otro lado, el almacenamiento del agua en los depósitos implica, cuanto menos, una necesidad temporal de derivar caudales de agua y mantenerla para esos fines industriales de producción de energía, por lo que tal actividad puede entrar en conflicto con otros requerimientos ambientales como el mantenimiento de la calidad de las aguas, cuando la captación de aguas para su depósito sea considerable y extendida temporalmente, o con las restricciones a otros usos del agua (específicamente los usos industriales para pro-

ducción de energía eléctrica) que imponen los caudales ecológicos; sobre todo en momentos de escasez de agua o sequía, cada vez más frecuentes e intensos con motivo, precisamente, del cambio climático.

Esta nueva problemática de compatibilidad ambiental adquiere mayor dimensión en tanto que no ha sido objeto de atención actualmente en la normativa vigente. La normativa sobre evaluación ambiental vigente, tanto en Europa como en España, no contempla este conflicto de intereses ambientales, más que en cuanto a la necesidad de valorar o evaluar todos los posibles impactos ambientales de una actividad en proyecto. Ello supone que, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de las nuevas actividades o usos, habrían de evaluarse de forma integrada los beneficios ambientales de estas y los efectos ambientales negativos sobre el territorio y sobre el agua que puedan conllevar, ponderando ambos efectos dentro de unos márgenes de discrecionalidad nuevos.

Conclusión

El cambio climático impone la necesidad de reconsiderar el binomio “agua-energía” y abordarlo desde los postulados y nuevos principios que implica la transición energética. Los objetivos de descarbonización e integración de las energías renovables en el Sistema Eléctrico han tenido su reflejo en la normativa reguladora de los usos del dominio público hidráulico, con el reconocimiento del nuevo uso de almacenamiento hidráulico de energía, y en la normativa sobre cambio climático, con la apuesta por la promoción de las centrales de bombeo, pero ello conlleva efectos sociales negativos en áreas territoriales desfavorecidas por la despoblación y la desigualdad so-

cio-económica, que han de ser compensados para lograr que el proceso de transición sea justo y solidario. Asimismo, los impactos ambientales de la implantación de estas centrales de bombeo y de la construcción de los depósitos de almacenamiento hidroeléctrico han de ponderarse en su evaluación con los beneficios ambientales derivados de la colaboración de estas energías renovables al logro del objetivo de la descarbonización y la lucha contra el cambio climático. En definitiva, actualmente es precisa una coordinación de las políticas sobre agua, energía y cambio climático, en el sentido de lograr un modelo transversal de gobernanza capaz de dar respuesta a las principales necesidades y retos confluyentes en los sectores hídrico, energético y medio ambiental.

Normativa citada

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007.
- Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999.
- Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética.
- Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos de Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.
- R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.
- Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto Ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que ... se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación.
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Nuevos retos del binomio agua y energía: especial referencia al caso de las centrales hidroeléctricas reversibles y su actual impulso en España.

New challenges for the Water and Energy Binomial: special reference to the case of reversible hydroelectric plants and their current momentum in Spain

Estanislao Arana García*

Introducción

La relación entre el agua y la energía es bidireccional y de una interdependencia cada vez más clara y evidente. El agua es necesaria para la energía y la energía es fundamental para casi cualquier proceso que tenga que ver con el agua. El consumo de energía es fundamental a lo largo de todo el ciclo del agua. Desde el ciclo urbano del agua (abastecimiento, saneamiento y depuración) hasta la gestión del agua para el regadío, la energía es esencial para poder aprovechar y utilizar el agua. Tanto es así que se calcula que el 8% de la energía mundial se consume en el tratamiento del agua. Por otra parte, el agua es esencial para la producción de energía. El 15% del agua consumida en el mundo es para la producción de energía. La interdependencia, por tanto, es más que evidente a nivel global.

La energía es un factor determinante para el acceso a los servicios de agua y saneamiento. En este ámbito del "agua urbana", el coste de la energía es uno de los componentes que más influyen al precio final de producción y distribución del agua. Por tanto, en un entorno en el que los precios de la energía están subiendo cada vez más, los costes de producción de esta agua urbana se están incrementando. En un régimen de precios intervenidos, el sobrecoste para el ciclo urbano del agua está haciendo que haya muchos problemas de revisión de precios en los contratos de agua que no siempre se están pudiendo materializar con las negativas consecuencias tanto para el cumplimiento del principio europeo de la recuperación de costes como para poder asegurar las necesarias inversiones que se necesi-

tan en las infraestructuras de que depende el sector del agua urbana.

Por otra parte, el agua no es sólo necesaria para la producción de energía hidroeléctrica, la producción de otras fuentes de energía, como por ejemplo la nuclear, también dependen del agua para refrigerar sus sistemas. En el verano de 2022, la subida de las temperaturas de los ríos ha hecho que esta función de refrigeración de las centrales nucleares en Francia se complicara sobremanera haciendo, de nuevo, resentirse el principio de seguridad energética aún más.

La relación o, incluso, dependencia del agua sobre la energía y de la energía sobre el agua se ha hecho en los últimos años más patente y urgente. La crisis de seguridad energética que vivimos, especialmente en Europa, a raíz de la crisis energética de 2022 provocada, entre otras circunstancias, por las restricciones chinas, la invasión de Ucrania y unos precios máximos del carbón y el gas han hecho que el precio de la electricidad se eleve sobre manera ya que tenemos un sistema aún muy dependiente de energías no renovables (en 2022 un 57,8% del mix energético fue no renovable). A pesar de un aumento récord del 14% en la capacidad de energías renovables en 2023, el aumento de la demanda de energía llevó a un incremento del 1,5% en el consumo de combustibles fósiles.

I. El agua como fuente de generación directa de energía: la energía hidroeléctrica en un contexto de "crisis hídrica"

Refiriéndome al caso de España, en el año 1940 el 92% de la energía procedía de fuentes hidroeléctricas. En la actualidad, con una

* Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Granada. Correo electrónico: earana@ugr.es.

mayor población y, sobre todo, con unas demandas energéticas mucho más elevadas que en aquel momento, la producción de energía hidroeléctrica representa en el mix nacional entre un 17 y un 18% del total de la energía producida¹.

La energía hidroeléctrica es la energía renovable más limpia, eficiente y que ofrece más seguridad en el suministro ya que, disponiendo de agua, no depende de factores externos como sucede con la energía solar o la eólica.

El problema, sin embargo, está en que vivimos en un momento de crisis para la seguridad hídrica mundial. A pesar de que el agua en el planeta sea la misma, la forma en que se presenta en la actualidad y su irregular distribución constituyen factores de incertidumbre que no favorecen la seguridad hídrica. Pero el problema más importante tiene que ver con el continuo y progresivo aumento de la población. Según la ONU, para 2050 una cuarta parte de la población mundial vivirá en países con falta crónica de agua limpia. La demanda mundial de agua dulce crecerá en más del 40% debido, principalmente, al aumento de la población que se prevé alcance los 8500 millones en 2030, 9700 millones en 2050 y 10.400 millones en 2100. El aumento de población conlleva necesariamente unas necesidades cada vez mayores de alimento que son el principal responsable del consumo de agua en el mundo. Según datos de la FAO, la agricultura representa el 70% del consumo de agua dulce global. En España la alimentación representa cerca de un 80% de la huella hídrica personal de un consumidor (6.700 litros por persona y día). Se va a necesitar, por tanto, un mayor volumen de agua destinada a la producción de alimentos, resintiéndose, por tanto, otros usos como el energético.

Más demanda de energía y población en crecimiento en un contexto de cambio climático que conlleva, además, una disminución de la disponibilidad de agua a medio o largo plazo debido al aumento de las temperaturas y alteración de los patrones de lluvia.

En el caso español, el punto de inflexión en la toma de conciencia de la importancia que tiene el binomio agua y energía es la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE). Esta Ley, como parte de la política energética europea, plantea reducir hasta la eliminación la obtención de energía

a través de fuentes carbónicas, esencialmente combustibles fósiles. Una norma que, por tanto, plantea la necesidad imperiosa e imprescindible de fomentar definitivamente las energías renovables incorporándolas más efectivamente al mix energético. Los objetivos de descarbonización, de reducción dependencia energética externa y de seguridad del suministro se pueden lograr potenciando la aportación de las energías renovables.

Estamos, por tanto, ante una encrucijada. Necesitamos incorporar más cantidad de energía renovable, entre ella, la procedente del agua, pero, por otra parte, vamos a tener menos agua disponible para usos diferentes al abastecimiento urbano y a la producción de alimentos. La salida a esta encrucijada, en el caso español, aunque no exclusivamente, está en las llamadas centrales hidroeléctricas reversibles que se potencian en el artículo 7 de la Ley de Cambio Climático. Igualmente, este precepto se refiere, tratando de destacar sus posibilidades a veces desconocidas o, mejor, desatendidas, a la generación de energía eléctrica en el ciclo urbano del agua.

II. La energía hidroeléctrica procedente de centrales hidroeléctricas reversibles

El Artículo 7.1 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de 2021 establece que *“Al objeto de cumplir los objetivos en materia de energías renovables establecidos en esta ley, las nuevas concesiones que se otorguen, de acuerdo con lo establecido en la legislación de aguas sobre el dominio público hidráulico para la generación de energía eléctrica, tendrán como prioridad el apoyo a la integración de las tecnologías renovables en el sistema eléctrico. A tal fin, se promoverán, en particular, las centrales hidroeléctricas reversibles, siempre que cumplan con los objetivos ambientales de las masas de agua y los regímenes de caudales ecológicos fijados en los planes hidrológicos de cuenca y sean compatibles con los derechos otorgados a terceros, con la gestión eficiente del recurso y su protección ambiental”*.

Como puede verse, se trata una apuesta estratégica enunciada, en primer lugar, por una norma con rango de Ley que, posteriormente, ha sido desarrollada con reformas de la legislación de aguas y con la aprobación de planes y proyectos que han tratado de materializar esta decidida apuesta por las centrales hidroeléctricas reversibles. Desde luego,

¹ El PNIEC (Plan Nacional Integrado Energía y Clima) rebaja del 17% actual al 15% para 2030 la representatividad de la energía hidroeléctrica en el mix energético nacional.

desde esta norma de cabecera se tratan de salvaguardar dos derechos o bienes jurídicos necesitados de cuidado, la protección ambiental del agua (incluidos los caudales ecológicos) y los derechos preexistentes de terceros que no pueden ser vulnerados ni alterados por este nuevo régimen "potenciado" de energía renovable procedente de centrales hidroeléctricas reversibles.

Por su parte, el apartado tercero de este precepto hace referencia a una fuente de energía renovable poco explotada hasta la fecha, la procedente o la que puede generarse en el ciclo urbano del agua. Expresamente, este precepto señala: *"Al objeto de avanzar en nuevos desarrollos tecnológicos en materia de energías renovables y contribuir al logro de los objetivos previstos en la ley se promoverá, para usos propios del ciclo urbano del agua, el aprovechamiento para la generación eléctrica de los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento urbanos, siempre condicionado al cumplimiento de los objetivos de dichos sistemas cuando sea técnica y económicamente viable"*.

En España existen 1.350 centrales hidroeléctricas. La mayoría, 1.200, son minicentrales (potencia inferior a 10 MW) que sólo producen el 12% de la energía hidroeléctrica. 150 centrales generan, por tanto, el 88% de la producción hidroeléctrica anual. La energía hidroeléctrica es aquella que se genera al transformar la fuerza del agua en energía eléctrica a través de la rotación de las turbinas de la central hidroeléctrica que, a su vez, puede ser de 3 tipos que voy a describir, a continuación, de una forma muy simple y esquemática:

a) Centrales de agua fluyente que son aquellas en las que se capta un parte del caudal del río que se utiliza para mover las turbinas y se devuelve nuevamente al río, aprovechándose su velocidad natural. No cabe almacenamiento; la potencia instalada es pequeña y tiene escasa incidencia ambiental.

b) Centrales de embalse. En este caso, partimos de la existencia de un embalse que puede ser natural (un lago, por ej) o, por lo general, cuentan con la construcción de una presa. El agua se transporta hasta las turbinas a través de unas tuberías para posteriormente devolverla al cauce normal del río. Centrales de gran tamaño. Resulta posible controlar a voluntad la producción de energía eléctrica en tanto que el embalse contenga agua. Impacto ambiental elevado al requerir gran infraestructura e interrumpir cauce natural del río.

c) Centrales de bombeo o reversibles. Este tipo de centrales es la gran apuesta nacional y son las que pueden ayudar a salvar la contradicción que supone la necesidad de una mayor presencia de energía renovable procedente del agua y la menor disponibilidad de este recurso.

Las centrales de bombeo o reversibles son aquellas en las que existe un depósito superior, aguas arriba y otro inferior, aguas abajo. Estas presas se utilizan como una especie de batería del sistema, en los momentos de más demanda de electricidad se libera el agua situada en el depósito superior para generar electricidad mientras que en los momentos de menor demanda eléctrica, el agua situada en el embalse inferior se bombea nuevamente hacia el superior para su almacenamiento hasta que sea necesario liberarla nuevamente. En esta operación de bombeo se consume electricidad. Modelo que proporciona gran seguridad al sistema.

Este tipo de centrales hidroeléctricas disponen de dos embalses situados a niveles diferentes. Cuando la demanda diaria de energía eléctrica es máxima, estas centrales trabajan como una central hidroeléctrica convencional: el agua cae desde el embalse superior haciendo girar las turbinas y después queda almacenada en el embalse inferior. Durante las horas del día de menor demanda, el agua se bombea al embalse superior para que vuelva a hacer el ciclo productivo. Este tipo de central utiliza los recursos hídricos de una forma más racional.

A su vez, las centrales hidroeléctricas reversibles cuentan con dos modalidades: A) bombeo puro (siempre hay que bombear) y B) bombeo mixto (no necesita el bombeo ya que cuenta con aportaciones naturales a los dos embalses). Existen, además, otros tipos de centrales reversibles aunque sean más extrañas o entrañen más dificultad técnica para instalarse. Me refiero a las centrales marítimas en vez de fluviales. Se trata de un tipo de centrales con mucha proyección en aquellos países con amplia extensión de costa como es el caso de España y Chile. Los problemas de corrosión provocada por el agua marina además de otros problemas ambientales que generan este tipo de centrales. Por último, ya mencionado anteriormente, tenemos la posibilidad de centrales integradas en redes de aguas, como las de distribución de agua potable, canales de riego y de navegación, tuberías en presión o estaciones de tratamiento de aguas residuales.

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030, prevé duplicar la potencia instalada de bombeo de cara a 2030. Además de las cuestiones técnicas, este objetivo se tiene que cumplir con una profunda revisión y adaptación del régimen jurídico actual de la energía hidroeléctrica. Se plantean diversos y nuevos supuestos que deben encajarse en la legislación hídrica y energética actual o bien proponer algunas reformas si fuese necesario.

Los problemas jurídicos que se plantean para lograr ese objetivo de potenciación de las centrales reversibles son de dos tipos y tienen que ver con que nos encontremos con centrales hidroeléctricas "normales" y que se convierten o transforman en centrales hidroeléctricas reversibles o que estemos ante el supuesto de centrales hidroeléctricas que se construyan de nuevo.

Antes de describir, también, muy esquemáticamente, los problemas jurídicos que se plantean en función de qué tipo de central hidroeléctrica estemos, quisiera mencionar, muy básicamente, cuál sería el grupo normativo aplicable en España a este tipo de producción energética. En este sentido, podemos afirmar que nos encontramos con tres normas principales o esenciales que se corresponden directamente con los tres sectores normativos que aquí entran en juego (agua, energía y medio ambiente): Ley de Aguas (y su Reglamento del Dominio Público Hidráulico), Ley del Sector Eléctrico y Ley de Evaluación Ambiental. Existen o se exigen tres instrumentos de control administrativo y prevención ambiental: dos autorizaciones administrativas de energía (funcionamiento de instalaciones de generación de energía y conexión a la red), un título habilitante para uso del dominio público hidráulico (concesión normalmente) y una declaración del impacto ambiental de dichas instalaciones.

La implantación de nuevas centrales hidroeléctricas reversibles nos puede situar en varias situaciones:

a) Solicitudes de implantación de aprovechamientos reversibles para los que se requeriría la construcción de nuevas obras hidráulicas o infraestructuras del tipo embalse, presas o canales. Se parte de 0.

b) Implantación de nuevos aprovechamientos reversibles sobre infraestructuras estatales ya existentes (a solicitud de particulares o tras concurso convocado por la Administración).

c) Solicitudes para la implantación de nuevos aprovechamientos reversibles sobre

embalses o infraestructuras existentes que han sido concesionadas (embalses privados) por parte de personas distintas a los actuales concesionarios de explotación de dichas infraestructuras.

d) Solicitudes para la implantación de nuevos aprovechamientos reversibles sobre dos depósitos o balsas situaciones fuera del DPH.

En la reconversión de centrales hidroeléctricas podemos estar en diferentes situaciones o solicitudes. Antes de mencionar esas dos situaciones, precisar que cuando hablamos de reconversiones nos referimos al aprovechamiento de una Central Hidroeléctrica Reversible por parte de concesionarios de energía hidroeléctrica que quieren modificar o ampliar su concesión. En este caso, nos podemos encontrar con dos tipos de solicitudes de reconversión:

a) Solicitudes de concesionarios hidroeléctricos preexistentes que pretenden ampliar la producción respecto de la que obtiene con las instalaciones actuales, mediante la mejora o ampliación de la instalación existente.

b) Supuesto de solicitudes de concesionarios para ampliar la producción mediante la incorporación de nuevas instalaciones independientes de las ya existentes sobre el mismo embalse cuya explotación se le haya concedido.

Estas son las situaciones ante las que nos podemos encontrar y ante la ausencia de una regulación o previsión normativa previa, las soluciones a las que hemos llegado serían las siguientes, sobre todo y como exige la Ley de Cambio Climático, compatibilizando estas nuevas instalaciones con los Derechos preexistentes de terceros. Los supuestos reales que se están dando en España son, descritos muy esquemáticamente, los siguientes:

1. Situaciones de Derechos preexistentes

a) *Derechos de concesionarios de aguas para usos hidroeléctricos con concesiones vigentes.*

Es el concesionario actual el que plantea ampliar o mejorar su aprovechamiento mediante la instalación reversible. A su vez, dos situaciones:

i) tiene una concesión de uso privativo de aguas para producción eléctrica de central no reversible (fluyente o a pie de presa). La solución sería la de la modificación concesional reconvirtiendo la tradicional en una reversible (procedimiento del Art. 143 y ss del

Reglamento del Dominio Público Hidráulico). El objeto de la concesión y el caudal no han variado y las instalaciones serían características técnicas de la instalación que ahora se van a modificar.

ii) tiene una concesión de uso del agua sobre un embalse "privado" que construyó para hacer efectiva esa concesión (obras hidráulicas privadas). Partiendo de considerar que "el tramo de río afectado", que es una característica esencial, no es todo el embalse sino sólo "el punto de toma" y que sobre el embalse puede haber diversos puntos de toma. Al ser el mismo titular, se produciría una modificación concesional que amparase las nuevas instalaciones.

En ambos casos lo que procede es restaurar el equilibrio económico de la concesión si la reconversión requiere inversiones en nuevas infraestructuras que sean costosas. La nueva mayor producción puede absorber ese coste y, si no, cabe la ampliación del plazo concesional.

iii) Casos en que sobre un embalse concedido (obra de titularidad privada) un tercero (no concesionario actual) solicite instalar una CHR.

En este caso estamos ante una nueva concesión (procedimiento del 104 y ss del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Obviamente, estamos en un supuesto en el que es necesario compatibilizar los derechos con el concesionario preexistente. Al no coincidir los conceptos de "tramo de río afectado" y "punto de toma", no habría incompatibilidad de la concesión que supusiera la desestimación de la solicitud de la nueva concesión.

En última instancia, cabe que el Estado fuerce la compatibilidad con modificaciones de oficio e indemnizaciones (Art. 96.3 Reglamento del Dominio Público Hidráulico).

b) *Derechos afectados de otros concesionarios (no de uso hidroeléctrico).*

Salvo los casos de doble depósito, el agua para las CHR no es un uso consuntivo (cierta polémica técnica) por lo que los problemas no son muy grandes. Posibles soluciones: a)

Forzar acuerdo privado con afectado para la autorización de la modificación o para las nuevas concesiones; b) Aplicación de lo dispuesto en el Art. 90.2 (indemnizaciones) con cargo al beneficiario; c) Responsabilidad patrimonial y recuperación con incremento de canon o imposición de nueva condición en la concesión; d) Expropiaciones.

2. Situación para nuevas concesiones de CHR (sin derechos preexistentes).

En este caso, el procedimiento que prevé el Derecho español es el del Art. 104 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico: competencia de proyectos. Estaríamos con la posibilidad de acceso por concurso del 132 del Reglamento cuando se trate de concesión del embalse o aprovechamiento del embalse (del Estado o revertidos).

III. Conclusión

Las posibilidades de potenciar las aportaciones de la energía hidroeléctrica al mix energético en un contexto de crisis hídrica, pasan, necesariamente, por la técnica de las centrales hidroeléctricas reversibles. Uno de los problemas principales que tiene este objetivo es el de no contar con un régimen jurídico lo suficientemente desarrollado como para dar seguridad jurídica a los inversores. Es necesario, por tanto, la creación de reglas claras y consensuadas con el sector para que este sector económico, de verdad, cuente con la estabilidad necesaria como para desarrollarse. La regulación en sectores económicos tan sensibles como el energético en general y el energético renovable en particular, debe llevarse a cabo de manera muy equilibrada y consensuada con el sector. El Estado debe medir y calcular muy bien los instrumentos de fomento de las energías renovables para evitar cambios sobrevenidos en las reglas de juego que lleven a una situación como la vivida en España en 2014 donde el régimen retributivo cambió de manera radical y que generó huidas en las inversiones y condenas, sobre todo, en instancias internacionales que aún no han sido satisfechas y que están provocando no pocos ni pequeños problemas al Estado Español.

La reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea y el nuevo régimen de la energía hidroeléctrica en España

Asensio Navarro Ortega*

RESUMEN: El trabajo aborda, en el contexto de crisis geopolítica tras la invasión bélica de Rusia a Ucrania, las líneas primordiales que ordena la reciente reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea. Los principios de sostenibilidad, autosuficiencia y equilibrio competitivo en los que se basa dicha reforma plantean retos y desafíos en cuenta la persistencia de ciertas disfuncionalidades, como puede suceder en relación con la determinación de precios del mercado eléctrico, por resultar un sistema en exceso homogeneizado. En este sentido, se explica cómo las instituciones comunitarias acertaron al establecer una interpretación singular del régimen de fijación de precios de la electricidad en España y Portugal, por su especial configuración como "isla energética". Finalmente, se atiende a la alta relevancia estratégica que tiene la energía hidroeléctrica, por su condición de renovable y su capacidad de almacenamiento. Ello le permite participar en la regulación de precios del oscilante mercado mayorista de la electricidad y ser determinante no solo a efectos ambientales, sino, también, económicos.

Palabras clave: derecho energético, reformas, mercado, electricidad, precio, energías renovables, energía hidroeléctrica, Unión Europea.

ABSTRACT: The paper focuses on the reform of the European Union's electricity market in the context of the geopolitical crisis after Russia's war invasion of Ukraine. The principles of sustainability, self-sufficiency, and competitive balance on which said reform is based are analyzed, starting from the dysfunctional pricing of the electricity market because it is excessively homogenizing. Specifically, we explain how the community institutions correctly established a unique interpretation of the pricing regime for Spain and Portugal due to their unique configuration as an "energy island." Hydroelectric energy's high relevance is easily understood due to its renewable status and storage capacity. The conclusions allow it to participate in regulating prices in the oscillating wholesale electricity market and be decisive not only for environmental and economic purposes.

Keywords: Energy law, reforms, market, electricity, price, renewable energies, hydroelectric energy, European Union

Introducción: crisis geopolítica, shock energéticos y reformas legales

La invasión bélica de Ucrania por parte de Rusia ha provocado perturbaciones a gran escala desde el punto de vista humanitario, geopolítico y económico, a nivel mundial y muy especialmente en Europa. El inicio del conflicto generó una crisis energética en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea debido al aumento súbito e incontrolado del precio de los suministros energéticos. Rusia es un gigante energético y, como tal, uno de los mayores exportadores de gas y petróleo del mundo. La invasión rusa de Ucrania le acarrió al Estado ruso sanciones económicas en sectores clave como la energía, la banca y las exportaciones. Sin embargo, estas restricciones

también afectaron comportamiento de los precios de los alimentos y de los suministros energéticos en países importadores de la Unión Europea y de otras regiones dependientes.

El incremento descontrolado de los precios, evidenció una incuestionable dependencia del gas ruso cuyo origen trae causa, principalmente, en las siguientes razones:

1. La abundancia de recursos naturales de Rusia que le convierten en una superpotencia energética; y su proximidad geográfica con otras regiones europeas, que le permitían ofrecer el suministro de energías a un precio más económico.

2. La proliferación de acuerdos comerciales con países que se integran en la Unión Europea, durante el período de la guerra fría.

3. El desarrollo de una infraestructura estratégica con un plan de inversiones comparti-

* Departamento de Derecho administrativo de la Universidad de Granada. Correo electrónico: asenavort@ugr.es.

do con estos países, desde las décadas de los años 70 y 80, a través de importantes gaseoductos que conectan Rusia con Europa Central.

Esta indubitada dependencia del gas ruso introdujo perturbaciones desde el plano político y económico. En la medida en que la energía es un input para producir el resto de los insumos, se produjo una re-escalada global de precios de las materias básicas y de los bienes de primera necesidad, que desencadenó en una pérdida notable del poder adquisitivo de las familias. Se inició un ciclo de hiperinflación que, en cada repetición, generaba más inflación. Este fenómeno macroeconómico procíclico actuó como efecto mariposa y obligó a una rápida intervención de los poderes públicos europeos, escarmentados con lo sucedido en anteriores crisis, como la financiera provocada por las hipotecas *subprime* y la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la Covid-19.

Ilustración 1 Promedio mensual del precio de la electricidad en el mercado mayorista español desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de octubre de 2022 en €/MWh.



Fuente: www.consilium.europa.eu, a partir de datos de OMIE.

El grupo de reflexión independiente *Bruegel* ha calculado que, desde septiembre de 2021, y hasta 2024, los países de la UE destinaron más de 657 000 millones € a proteger a los consumidores del aumento de los costes de la energía. Estos países adoptaron diferentes medidas dirigidas a aliviar la subida de precios, que se repercutía sobre los ciudadanos (subvenciones y suspensión del IVA). La rápida intervención de las instituciones europeas y Estados miembros de la Unión Europea, en muchos casos no resultaba efectiva, por la magnitud del fenómeno. Poco a poco se fue esclareciendo la necesidad de establecer nuevos instrumentos de reequilibrio financiero para garantizar el suministro energético, incentivar la colaboración público-privada y facilitar un sistema de excepciones consensuadas en el siempre hipervigilado régimen de defensa de la competencia.

En el ámbito jurídico, sin embargo, la situación se ha digerido de una forma más lenta. La crisis de precios ha introducido incertidumbre y riesgo regulatorio en un sector, el energético, ya de por sí extremadamente complejo, al que ahora se suma nuevas externalidades y shocks energéticos. Lo que ha obligado a adaptar algunos de los pilares del mercado de la electricidad, reformándolos en su conjunto. Una primera lección es que el nuevo régimen de las renovables no resulta incompatible con el empleo de otras fuentes tradicionales capaces de garantizar el suministro, la autosuficiencia y la sostenibilidad del sistema.

I. Los principios de actuación en los que se base la reforma del mercado eléctrico de la unión europea: sostenibilidad, autosuficiencia y equilibrio competitivo

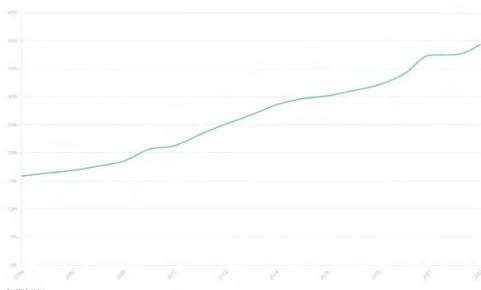
La protección frente a injerencias extranjeras, así como la obligación de asegurar la autosuficiencia energética, obligaron, como decimos, a una rápida intervención de los gobiernos de los Estados miembros y el trílogo de la Unión Europea. Con el objetivo de crear un mercado energético más eficiente, competitivo y sostenible, se ha procurado favorecer la interconexión de los mercados nacionales de la energía, apostar por la descarbonización de la economía y garantizar la seguridad del suministro energético, avanzando hacia una liberalización del mercado, la creación de una política energética común y el impulso hacia una transición energética más verde y sostenible. Este planteamiento introduce la necesidad de repensar el modelo de producción, distribución y consumo de energía por parte de los Estados miembros.

El *Pacto Verde Europeo (Green Deal, 2019)* implanta el objetivo de lograr la neutralidad ambiental de los países de la Unión Europea para el año 2050, impulsando la descarbonización, favoreciendo la transición a fuentes de energías renovables como la solar, eólica e hidroeléctrica; reduciendo la dependencia hacia combustibles fósiles a través del mecanismo de ajuste en frontera por carbono, que grava la importaciones de productos con altas emisiones de carbono, o reformando el sistema de comercio de emisiones de la Unión Europea.

La *Estrategia de Energía de la Unión Europea (2020)* insiste en la necesidad de apostar por mercados nacionales integrados,

capaces de favorecer la interconexión, y la mejora en la seguridad y eficiencia energética, avanzando hacia una diversificación de proveedores de gas (importando gas natural licuado procedente de países como Estados Unidos, Qatar o Argelia) o reforzando las reservas estratégicas. Sin embargo, ya se venía produciendo, de facto, un crecimiento sostenido de las energías renovables en el ámbito de la Unión Europea (vid. ut infra) durante los últimos años:

Ilustración 2 Porcentaje de energías renovables en la generación de electricidad en la UE (2004-2022).



Fuente: www.consilium.europa.eu, a partir de Eurostat.

En el año 2022, el 39,4% del total de la electricidad se generó a partir de fuentes de energía renovables (energía eólica: 15,9%; energía hidroeléctrica: 11,3%; energía solar: 7,6%; energía de biomasa: 4,4%; energía geotérmica: 0,2%); el 38,7%, a partir de combustibles fósiles (gas: 19,6%; carbón: 15,8%; otros: 1,7%) y el 21,9% a partir de energía nuclear. El aumento sostenido (vid. ut supra) en el empleo de renovables no ha conseguido, sin embargo, reducir la dependencia energética exterior. Más bien al contrario. Las políticas de fomento destinadas a incentivar y priorizar su uso frente a los combustibles fósiles, unido al sistema de determinación de precios mayoristas del mercado eléctrico de la Unión Europea, y la dependencia energética exterior, han tenido un efecto que, combinado, ha resultado perverso para los intereses de la Unión y ha hecho saltar los resortes del modelo como a continuación analizamos.

II. La disfuncional (por heterodoxa) determinación del precio de la electricidad en el mercado europeo: la excepción ibérica

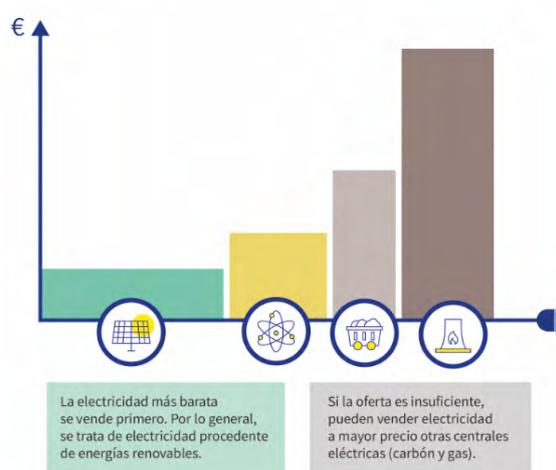
El precio de la electricidad en el mercado europeo se determina principalmente a través del mercado mayorista de electricidad. Conforme a este sistema, las empresas gene-

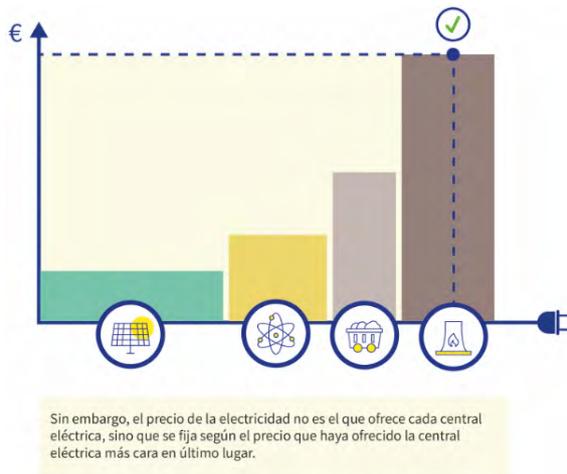
radoras de electricidad venden su producción a comercializadoras y empresas que, a su vez, revenden la electricidad a los consumidores finales. El mercado funciona a través de submercados nacionales e internacionales que operan bajo reglas comunes establecidas por la *Comunidad Europea de la Energía* (ACER) y la *Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad* (ENTSO-E).

El mecanismo para determinar el precio está basado en un modelo de subasta marginalista (la electricidad se negocia como un producto básico, habitualmente en las bolsas de energía) que fija el precio en función de la oferta y la demanda. Cada generador ofrece la electricidad a un precio (oferta), en función de sus costes de producción. A través de una subasta diaria o intra-diaria se ajusta la cantidad oferta a la demanda.

Finalmente, el precio de la electricidad lo fija el último generador que entra en el mercado, de ahí la denominación que recibe de "precio marginal". Este generador más caro es el que, teóricamente, cubre la demanda, y todo el volumen de energía suministrada se vende a dicho precio. Es lo que se conoce como el "*criterio de orden de mérito*". El precio mayorista de la electricidad se fija según el coste de la última fuente de energía incorporada a la producción en cada momento para atender la demanda (*precio=coste marginal*).

Ilustración 3 Funcionamiento del criterio de orden de mérito. Fuente: consilium.europa.eu.



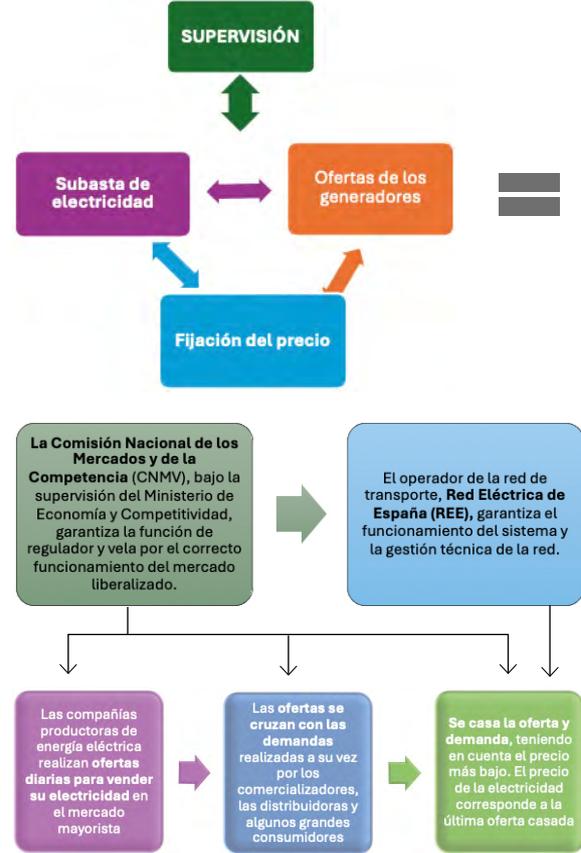


Conforme a este procedimiento, el *mix de generación eléctrica* o *pool energético* difiere considerablemente entre Estados. Igual que difieren las fuentes de energía que se incluyen para calcular este *mix energético*. Hay Estados que prácticamente se abastecen de energías renovables, mientras que, otros, se nutren, principalmente, de combustibles fósiles. Las diferencias obedecen a las singularidades geográficas, de disponibilidad de recursos naturales, estructura económica o políticas energéticas que se manifiestan en cada Estado miembro. De hecho, la oscilación de precios se produce por factores endógenos y exógenos. Lo que sí es común, en cualquier Estado miembro, es que las energías renovables (solar, eólica) tengan precios inferiores, por lo que se suelen añadir las primeras al *mix energético*. Ello no es casual, sino que se ha conseguido mediante la creación de incentivos económicos y tributarios para la instalación de renovables por parte de las empresas generadoras. Lo que ha generado la obtención de beneficios extraordinarios ("*beneficios caídos del cielo*").

Dado que el almacenamiento de electricidad de las renovables es inoperante, la energía producida no se puede reservar y se ha de consumir instantáneamente. Esto dificulta el empleo de renovables, en momentos puntuales, ya que dependen de factores climáticos cambiantes. Por eso, cuando se produce un pico de demanda energético, la última fuente de producción eléctrica que se incorpora en el ciclo combinado proviene de fuentes combustibles, como el gas, dada su predictibilidad y garantía de utilización en el momento preciso. De ahí que, al subir el precio del gas, subiera el precio del *mix energético*, y subiera también el precio de la gran mayoría de productos de los consumidores finales. A la postre, los

más perjudicados de este sistema disfuncional de fijación de precios.

Ilustración 4 Esquema general del mercado de electricidad en España.



Fuente: elaboración propia.

Cada Estado adapta la cadencia del mercado a sus singularidades. España, por ejemplo, es el único país europeo que tiene un sistema de precios al consumidor por franjas horarias diarias, atendiendo a las particularidades del sistema regulatorio¹ y al régimen retributivo determinado por procedimientos de competencia competitiva². El gobierno es-

¹ La norma básica del sector es la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), que mantiene la distinción entre las actividades reguladas y las no reguladas, impulsando la competencia efectiva en el sector. Distingue entre las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización. El Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

² En cuanto al régimen económico de las energías renovables en España destacan el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica: habilita al Gobierno a establecer otro marco retributivo, alternativo al régimen retributivo específico, al objeto de favorecer la previsibilidad y estabilidad en los ingresos y financiación de las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable que se construyan. Y el Real Decreto 960/2020,

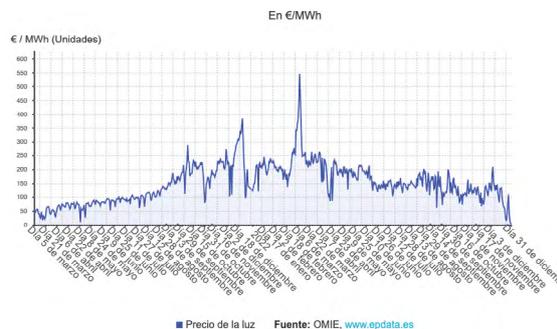
pañol intentó una reducción de impuestos a la electricidad, pero tuvo escasa eficacia. Las oscilaciones de precios fueron más acusadas en España, aun cuando la dependencia energética del gas ruso era inferior.

Para atacar el problema, España y Portugal se asociaron, ya que el mercado eléctrico mayorista en la península está unificado³. El *Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo*, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista, introdujo la denominada *excepción ibérica*, a través de la cual se fija un tope para el precio del gas que se utiliza en la generación de electricidad, que, en la práctica estableció un precio máximo de la electricidad en el mercado mayorista. El argumento esgrimido por parte de los gobiernos de los dos Estados miembros es que la Península Ibérica es una *isla energética*. Mientras que en Centroeuropa la electricidad puede provenir diversificada gracias a la mayor conectividad de infraestructuras, el sistema de distribución energético de España y Portugal es periférico y está encapsulado, debiendo atravesar la barrera montañosa pirenaica. Gracias a la interpretación favorable por parte de las instituciones europeas de este hecho diferenciador, no sin divergencias, se produjo una bajada y estabilización sustancial de los precios de la energía (*vid.* Figura 5, *ut infra*). Si bien, las críticas frente a la decisión por parte de otros Estados fueron feroces, por cuanto dicha interpretación *ad cusam* era susceptible de alterar las reglas generales de competencia.

de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables y se otorga mediante procedimientos de concurrencia competitiva en los que la variable de oferta es el precio por unidad de energía eléctrica, y el producto que se subasta es potencia instalada, energía eléctrica o una combinación de ambas. A estos se suman, con un nivel todavía más técnico, la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, por la que se regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y se establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025.

³ A través del Operador del Mercado Ibérico de Energía-Polo Español (OMIE), que gestiona el mercado spot de MIBEL, que comprenden un mercado diario y seis mercados intradiarios. Por otra parte, el Operador del Mercado Ibérico de Energía - Polo Portugués (OMIP) gestiona el mercado de derivados de MIBEL. Destaca la integración del mercado eléctrico español y portugués en el Mercado Ibérico de Electricidad. Mientras, Red Eléctrica de España (REE), es el ente encargado de las funciones de operador del sistema.

Ilustración 5 Evolución diaria del precio de la luz en el mercado mayorista español en 2021 y 2022.



Fuente: Europa Press Data (www.epdata.es) y OMIE

III. La necesaria reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea

El 16 de julio de 2024 entra en vigor el *Reglamento (UE) 2024/1747 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 13 de junio, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/942 y (UE) 2019/943, en relación con la mejora de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión Europea. Esta norma (la de mayor rango que rige en la Unión Europea, después de los Tratados) acierta a trazar las directrices técnicas para reducir las fluctuaciones de precios y proteger a los consumidores, acelerando la implantación de energías renovables.

Como dijimos arriba, la legislación europea sobre el clima ya había introducido el compromiso de reducir las emisiones de los Estados miembros de la Unión Europea en al menos un 55% antes de 2030 (*Objetivo 55*), configurándose como una *obligación vinculante*. El Reglamento del mercado de la electricidad de la Unión Europea, trata de ajustarse a estos parámetros e introduce, mediante un complejo equilibrio de actuaciones, mecanismos de protección de los consumidores y usuarios más vulnerables, así como la potestad de declarar crisis de precios de la electricidad a escala regional.

Una de las medidas estrella de esta reforma se dirige al sistema de contratación para el suministro de energía, para hacerlo más sea más asequible y transparente para los consumidores finales, intercediendo para que puedan acceder a contratos con precios fijos o contratos con precios dinámicos, y a recibir más información sobre las opciones contratadas. Esta búsqueda de la estabilización de los mercados y de los precios a largo plazo se concreta en el fomento de los *Contratos de Compraventa de Electricidad* (CCE o PPA).

Asimismo, se plantea un mecanismo de *contratos bidireccionales por diferencia* (CbD, por sus siglas en inglés), o de *regímenes equivalentes*, que permite a la autoridad pública compensar al productor de energía si los precios de mercado bajan en exceso, pero que, al mismo tiempo, les cobra si los precios son demasiado altos.

Junto a estas medidas, la reforma se afana en lograr una flexibilización y adaptación de los mercados intradiarios para ajustar la participación de las tecnologías renovables y el fomento de los sistemas de apoyo con pagos por la capacidad disponible no fósil.

Las claves analizadas reconfiguran la posición estratégica dentro del escenario de cambio e incertidumbre, aunque su virtual éxito deberá desarrollarse de una manera integral y complementaria con otras políticas y principios que garanticen el crecimiento económico, la autosuficiencia energética y la transición justa.

IV. El necesario redimensionamiento jurídico del nexo agua-energía renovable

Como decimos, uno de estos desafíos reguladores consiste en cumplir con el principio de transición justa hacia una economía descarbonizada, el cual se insta como un elemento de cohesión en zonas vulnerables (v. gr. despobladas), a los que se les debe proporcionar un retorno por su participación en la promoción de energías renovables. Esta afirmación es especialmente válida en determinados ámbitos, como el de las zonas donde se produce energía hidroeléctrica.

La energía hidroeléctrica es un recurso estratégico⁴, capaz de contribuir eficazmente a la descarbonización y neutralidad energética, por la disponibilidad regular del recurso que ofrece, que permite un aprovechamiento ordenado del recurso.

La energía hidroeléctrica es un recurso utilizado desde antiguo. Sin embargo, la mejora técnica de los sistemas de aprovechamiento en los últimos lustros y la accidentada orografía española, la convierten en un recurso propicio para su desarrollo. Muy básicamente, existen tres tipos de centrales hidroeléctricas: centrales de agua fluyente, centrales de em-

balse y centrales de bombeo o reversibles. De entre ellas, estas últimas, las centrales de bombeo o reversibles⁵ son las que catalizan la atención del legislador. Este tipo de centrales se sirven de un depósito superior de agua almacenada, aguas arriba, y otro inferior, aguas abajo. Dado que ambos sistemas de almacenamiento de agua se sitúan a distinta cota de altura, en los momentos de mayor demanda de electricidad, se puede liberar el agua situada en el depósito superior para generar electricidad; mientras que, en los momentos de menor demanda eléctrica, el agua situada en el embalse o depósito inferior se bombea nuevamente hacia el superior para su almacenamiento, hasta que sea necesaria para generar, nuevamente, electricidad.

A pesar de que en esta operación de bombeo para llevar el agua de una cota inferior a otra superior se consume energía (incluso, a veces, más de la que son capaces de producir) su ventaja reside en que este tipo de instalaciones actúan como baterías o reservorios energéticos que aportan seguridad al sistema, puesto que puede generar energía cuando sea necesario. En dicho sentido, la energía hidroeléctrica es un elemento estabilizador del sistema, al garantizar el *mix energético*, pues, a diferencia del resto de energías renovables, puede ser autogestionada, favoreciendo un sistema de predicción múltiple que permite controlar la oferta y la demanda. Conforme a esta potencialidad, es capaz de ofrecer un respaldo al suministro de energía en momentos en los que no se pueden usar otras fuentes de energía renovables como la solar o la eólica, permitiendo una planificación ordenada, en línea con lo que señala el *Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Energía Eléctrica (2021-2026)*.

De hecho, la *Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética*, apuesta de forma decidida por la implantación de nuevas centrales reversibles (art.7) como una forma de alcanzar los objetivos programadas dentro

⁴ Según el Informe de 2022 de la *Agencia Internacional de las Energías Renovables* (IRENA), la capacidad total de las centrales hidroeléctricas en todo el mundo es de 1.392 GW, lo que representa alrededor del 38% del total de las fuentes de energía renovable.

⁵ Dentro de estas centrales cabe distinguir entre las de bombeo puro o *closed loop*, en las que es necesario bombear previamente el agua desde la presa inferior hasta la superior para poder producir energía eléctrica; y las de bombeo mixto u *open loop*, en las que se puede producir electricidad con o sin bombeo, pues ambos depósitos reciben aportes permanentes de agua. Asimismo, existen centrales reversibles marítimas, aún en estado de experimentación, al haber muy pocas construidas, pero que está previsto que puedan ofrecer resultados muy positivos a futuro.

del objetivo 55 de la Unión Europea⁶. También prevé una mejora de las instalaciones actuales de producción de energía hidroeléctrica ya existentes, supeditando su uso al cumplimiento de los objetivos ambientales de las masas de agua de los ríos, asegurando un uso compatible con los regímenes de caudales ecológicos fijados en los planes hidrológicos de demarcación y los derechos otorgados a terceros concesionarios.

A pesar de un funcionamiento aparentemente sencillo (aprovechamiento energético procedente de un caudal de agua embalsado y turbinado), la energía hidroeléctrica presenta elevada complejidad jurídica⁷ dado que en su funcionamiento intervienen sectores normativos y competenciales que persiguen intereses contrapuestos, tales como el Derecho de aguas, el Derecho del sistema eléctrico, la Contratación pública o la normativa ambiental. La relación jurídica con la administración y el mecanismos de inversiones tampoco son sencillos, debido a la dificultad que entraña compatibilizar los procedimientos administrativos de autorización para la producción de energía hidroeléctrica que tienen en cuenta, por un lado, al sistema concesional del dominio público hidráulico y su protección ambiental, así como la renovación, construcción y modificación del régimen de infraestructuras hidráulicas (en especial, en lo relacionado con la renovación del régimen concesional y de reversión de las mismas). Y, por el otro, al derecho eléctrico, con la puesta en funcionamiento, cierre temporal, transmisión o el cierre definitivo de las instalaciones⁸. Conforme a estos parámetros, se ha introducido un procedimiento abreviado y unificado (art. 22 de *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*) que permite que las autorizaciones se tramiten conjuntamente mediante un único

procedimiento que adopta una forma simplificada, aunque susceptible de mejora.

V. Conclusión

El paquete legislativo de la Unión Europea aspira a garantizar una transición energética equitativa y socialmente justa, reforzando la economía circular y reducir la dependencia energética de regímenes que, además, tienen una reprochable salud democrática. Para ellos se ha de reforzar la innovación y la competitividad de las industrias europeas, sin perjudicar a los operadores económicos europeos frente a los de terceros países.

La autosuficiencia energética depende del desarrollo de tecnologías emergentes, basadas en sistemas de almacenamiento de fuentes renovables más eficientes, como los que presentan las centrales hidroeléctricas reversibles, la energía geotérmica, las energías marinas, el hidrógeno verde y el desarrollo de las redes inteligentes (*smarts grids*). La integración de fuentes renovables intermitentes, con mayor eficiencia y flexibilidad, permitirá afrontar con mayores garantías los retos que impone la transición energética.

La energía hidroeléctrica, como renovable con capacidad de almacenamiento, juega un importante papel para cumplir con los objetivos verdes que se propone la Unión Europea, al impactar positivamente en el oscilante mercado mayorista de los precios de la electricidad, siendo determinante no solo a efectos ambientales, sino, también, económicos.

En todo caso, el nuevo régimen de las renovables no resulta incompatible con el empleo de otras fuentes tradicionales capaces de garantizar el suministro, la autosuficiencia y la sostenibilidad del sistema, como, por ejemplo, sucede con la energía nuclear, en torno a la cual se está paralizando su desmantelamiento, al considerarse, acertadamente, necesaria, a día de hoy, para garantizar la independencia energética de los Estados miembros.

Bibliografía

- Bermejo Latre, J.L. (2022). La extinción y reversión de aprovechamientos hidroeléctricos: «el día después». *Revista Aragonesa de Administración Pública* (Extra 24), 335 – 357.
- Cagan, P. (1971). *La dinámica monetaria de la hiperinflación*. Fondo Monetario Internacional.
- Conde Antequera, J. (2023). La compatibilidad de las concesiones para centrales hidroeléctricas reversibles con los derechos de terceros. *Revista de Administración Pública* (222), 209 – 240.
- International Renewable Energy Agency (IRENA) (2022). *Renewable Energy Statistics 2022*.

⁶ Artículo 7. 1: “(...)las nuevas concesiones que se otorgan, de acuerdo con lo establecido en la legislación de aguas sobre el dominio público hidráulico para la generación de energía eléctrica, tendrán como prioridad el apoyo a la integración de las tecnologías renovables en el sistema eléctrico. A tal fin, se promoverán, en particular, las centrales hidroeléctricas reversibles (...)”.

⁷ Al utilizar bienes de dominio público natural (el agua y su vaso de almacenamiento) y artificial (las presas y embalses, así como las instalaciones para la generación de energía o centrales hidroeléctricas). A pesar de que se realiza una utilización no consuntiva del agua, su asignación a fines energéticos es susceptible de impacto ambiental.

⁸ Se obliga a los productores a mantener la explotación y la capacidad de producción en todo momento. En caso de suspensión, a reiniciarla en un plazo inferior a tres años, bajo sanción de caducidad del permiso de acceso a la red (ex arts. 33.8 de la LSE y 26.1.b) RD 1183/2020)

- Leiva López, A.D. (2024). La reforma del mercado eléctrico de la Unión Europea. *Revista española de derecho administrativo* (231), 177 – 208.
- Navarro Ortega, A. y Arana García, E. (2022). El binomio agua y energía: claves jurídicas para la transición a un sistema energético autosuficiente y sostenible. En J. Melgarejo Moreno et al. [Coord.]: *Agua, energía y medio ambiente* (675-690). Universidad de Alicante.
- Von Mises, L. (2012). *La Teoría del Dinero y el crédito*. Unión Editorial.
- Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE)
- Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica
- Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista
- Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.
- Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica.

Normativa citada

Reglamento (UE) 2024/1747 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/942 y (UE) 2019/943, en relación con la mejora de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión Europea.

Competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer actuaciones de órganos administrativos del sector eléctrico

Competence of the *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* to hear actions of administrative bodies of the electricity sector

Andrea Von Chrismar Medina*

RESUMEN: Durante los últimos cuatro años, cuatro casos han sido conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en relación a actuaciones concretas de la Comisión Nacional de Energía y el Coordinador Eléctrico Nacional. El artículo busca delimitar cuál es la competencia que tiene el TDLC para conocer de actuaciones de la CNE y el CEN, a partir del análisis de jurisprudencia en estos casos concretos.

Palabras clave: competencia, organismos reguladores, operador del sistema, regulación eléctrica.

ABSTRACT: Recently, different cases have been heard by the Chilean Competition Tribunal (TDLC) in relation to specific actions of the National Energy Commission (CNE) and the National Electricity Coordinator (CEN). The article seeks to delimit the jurisdiction of the TDLC to analyse some regulatory actions taken the CNE and the CEN, based on the case law in those specific cases.

Keywords: competition, regulatory agencies, operator, energy regulation.

* 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. Correo electrónico: avonchrismar@prieto.cl.

Introducción

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) tiene una serie de atribuciones, entre ellas, algunas de carácter jurisdiccional y otras no jurisdiccionales. Conforme con las primeras, el TDLC puede conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico (FNE), por una parte, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la normativa de libre competencia, y por otra parte, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir la normativa de libre competencia, conforme con lo dispuesto en los numerales 1 y 2, respectivamente, del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 (DL 211).

El presente artículo busca responder las preguntas acerca de hasta qué punto puede intervenir el TDLC, en el ámbito del procedimiento contencioso y del procedimiento de consulta, respectivamente, en el ejercicio de potestades por parte de organismos reguladores en materia eléctrica, y si acaso ese punto presentaría alguna diferencia tratándose de organismos que forman parte de la Administración del Estado, que están regidos por la Ley 19.880, y aquellos que no.

Para esto, se analiza la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema en relación con cuatro casos concretos, referidos a actuaciones que han sido objeto de presentaciones en procedimientos contenciosos y no contenciosos en sede de libre competencia, de dos instituciones específicas del ámbito eléctrico: la Comisión Nacional de Energía (CNE) y el Coordinador Eléctrico Nacional (CEN).

En términos generales, es posible identificar al menos dos instrumentos para promover la competencia en la industria eléctrica: por un lado, las leyes de defensa de la libre competencia; y por otro lado, la regulación sectorial aplicable a una actividad económica en particular. Estos dos tipos de normativa -regulación y competencia- conviven y se complementan en distintas industrias sometidas a una regulación concreta.¹ Para ello, en términos generales, y con el surgimiento de lo que se conoce en doctrina como el Estado Regulador,² una determinada industria podrá ser su-

pervisada por entidades con ciertos niveles de independencia y autonomía respecto del gobierno central y de las propias firmas sujetas a la regulación, sin perjuicio de la competencia que, a su vez, tendrán las autoridades de libre competencia para conocer de sus actuaciones.

Para los efectos de este artículo, atenderemos a una noción amplia de organismo regulador para catalogar a la CNE como tal. Esto es posible, entendiendo que el concepto comprende a entidades encargadas ya sea de administrar, implementar, hacer cumplir e incluso dictar ciertas reglas que regulan a un sector específico o actividad económica, o de ordenarles ciertos comportamientos en el mercado, contando para ello, por una parte, con ciertos grados de independencia formal del gobierno central;³ y por otra parte, contando con herramientas para tomar decisiones en base a un componente de carácter técnico, a diferencia de otros organismos en los cuales el interés político o la política pública debe tener en cuenta otras consideraciones (por ejemplo, mediante presupuesto propio, su designación por medio de procesos de selección de altos directivos públicos, inamovibilidades, entre otras).⁴

En ese contexto, en nuestro país se han creado una serie de organismos vinculados a la industria eléctrica que gozan, en mayor o menor medida, con algunas de estas características. Por ejemplo, la CNE, que cuenta con potestades regulatorias diversas, por ejemplo, para dictar normas técnicas, emitir informes de valorización y calificación de instalaciones, entre diversos otros tipos de instrumentos propios de la regulación eléctrica. Por otro lado, a cargo de la fiscalización de las firmas y de su apego a la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) está la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Tanto la CNE como la SEC son agencias regulatorias bajo este concepto general, siendo además ambas parte de la Administración del Estado (al igual, por ejemplo, que la FNE).

El caso del operador independiente del sistema eléctrico es distinto, en tanto se trata de una corporación autónoma de derecho público. El CEN no es un regulador propiamente tal ni forma parte de la Administración del Estado. No obstante lo anterior, cuenta con

¹ Al respecto, ver nota de Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez: <https://centrocompetencia.com/ocde-interacciones-entre-las-autoridades-de-competencia-y-los-reguladores-sectoriales/>

² Giandomenico Majone "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", *Journal of Public Policy*, 17:2, 139-167 (1997).

³ Mark Thatcher y Alec Stone Sweet "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions", *West European Politics*, Vol. 25, N°1, pp. 1-22 (2002).

⁴ Mark Thatcher "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *West European Politics*, 25:1, 125-147 (2002).

determinantes características comunes a las observadas en las agencias regulatorias, considerando el grado de autonomía e independencia que éste tiene respecto del gobierno central (y de la política contingente en general), sumado al catálogo de funciones públicas que le otorga la LGSE.

En las secciones siguientes se describen, en términos generales, las atribuciones con las que cuenta el TDLC para analizar, sancionar o declarar como anticompetitivo un hecho, acto o convención, en el marco de un procedimiento contencioso o de un procedimiento de consulta, respectivamente, y luego se analizan cuáles han sido los criterios para determinar su competencia respecto de demandas y de consultas referidas a actuaciones de la CNE y el CEN, respectivamente, tomando como referencia cuatro casos.

I. Atribuciones del TDLC

De acuerdo con el Decreto con Fuerza de Ley N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 del Ministerio de Economía (DL 211), en su artículo 18 N°1, el TDLC tiene la atribución y el deber de conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico (FNE), las situaciones que pudieren constituir infracciones al DL 211, bajo las reglas del procedimiento contencioso contenidas en el artículo 20 y siguientes de dicho cuerpo legal. El TDLC puede imponer las sanciones y medidas que determine, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del DL 211.

El diseño institucional en materia de libre competencia en Chile es el de un sistema dual, conformado por una parte por la FNE, es la agencia de competencia a cargo de investigar y de representar a la colectividad en el ámbito económico, y el TDLC, tribunal especial con una serie de atribuciones.

La FNE es un órgano descentralizado, que forma parte de la Administración del Estado, a cargo de investigar los eventuales ilícitos anticompetitivos, sin facultades para sancionarlos por sí misma. La FNE tiene potestades discrecionales para ejercer sus atribuciones, lo que es refrendado por el hecho de que ésta no cuente con el monopolio de la acción sancionatoria desde el punto de vista de las posibles infracciones a libre competencia (sin perjuicio de tener el monopolio de la querrela criminal en materia penal cuando se trata del delito de colusión), ya que particulares e inclu-

so otros organismos pueden también presentar demandas ante el TDLC.

Por su parte, el TDLC es un tribunal especial, que tiene una composición mixta en el cual tiene ministros titulares economistas y abogados, siendo presidido por uno de estos últimos. El DL 211 no contempla exenciones de aplicación de su normativa a sectores o actividades concretas, por lo que el TDLC cuenta, en principio, con un ámbito de competencia material de carácter general o al menos residual, en el sentido de poder conocer de asuntos contenciosos y no contenciosos referidos a todas las industrias y actividades económicas que se vincule con mercados en Chile o clientes en Chile.

El artículo 18 del DL 211 establece el catálogo de atribuciones del TDLC de la siguiente forma:

Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

- 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;
- 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;
- 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;
- 4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate;

5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;

6) Dictar, de conformidad a la ley, los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia; y

7) Las demás que le señalen las leyes.

El TDLC cuenta, desde luego, con facultades jurisdiccionales, propias de todo tribunal, conforme a las cuales conoce de los posibles requerimientos que pueda interponer la FNE o demandas que puedan presentar cualquier persona en contra de agentes económicos por eventuales ilícitos anticompetitivos. Estas son las potestades consideradas en el artículo 18 número 1 del DL 211, en relación con las medidas que puede imponer, conforme al artículo 26 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, también cuenta con otras atribuciones, como la contenida en el artículo 18 número 2 del DL 211, conforme a las cuales puede conocer, en un contexto de un procedimiento no contencioso, de actos, hechos o convenciones, ya materializados o por materializarse, y pronunciarse si éstos son compatibles o no con la normativa de libre competencia, o si éstos requieren cumplir con ciertas medidas para que no sean reñidos con el DL 211.

A este tipo de atribuciones también se suman otras, de carácter no jurisdiccional, que no son objeto de análisis en este artículo, pero que son útiles de tener a la vista para efectos del análisis. Como la potestad regulatoria por medio de la dictación de instrucciones de carácter general, contenida en el artículo 18 número 3, la potestad de recomendación normativa conforme al artículo 18 número 4, consistente en recomendar la modificación, la derogación o la dictación de preceptos legales o reglamentarios; la potestad de revisar especialmente las operaciones de concentración que hubiesen sido prohibidas por la FNE, y todas las demás atribuciones que le entreguen otras leyes, como es el caso, por ejemplo, en materia portuaria, eléctrica, entre otros.

De acuerdo al texto legal, el ejercicio de las atribuciones objeto de análisis en este artículo, contenidas en el artículo 18 números 1 y 2 del DL 211 no pueden ser iniciados de oficio por el TDLC, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el ejercicio de otras potestades -no jurisdiccionales- para dictar instrucciones de carácter general (artículo 18 número del DL 211) o para proponer al Presidente de la República, por medio del Ministro de Estado que corresponda, recomendaciones normativas de dictación, modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios (artículo 18 número del DL 211).

Cuando el TDLC conoce, conforme al artículo 18 número 1 del DL 211, de las situaciones que pudieren constituir infracciones a la normativa de libre competencia, éste se entiende competente para conocer y resolver respecto de cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o tienda a producir dichos efectos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del DL 211, en sus incisos primeros y segundo, sin que la ley prevea excepciones o limitaciones.

Del mismo modo, tratándose de la potestad consultiva comprendida en el artículo 18 número 2 del DL 211, en los procedimientos de carácter no contencioso que puedan infringir la normativa de libre competencia, no existen en la ley limitaciones en cuanto al tipo de hecho, acto o convención que se trate. Sin perjuicio de ello, el propio TDLC ha delimitado, por medio de sus resoluciones, el alcance de esta potestad, como se revisará más adelante.

II. Comentario de casos referidos a actos de la Comisión Nacional de Energía

1. Rol NC 471-2020

Este caso fue iniciado en el año 2020, por medio de una consulta formulada por seis empresas dedicadas a la generación de energía eléctrica por medio de centrales hidroeléctricas: Hidromaule S.A.; Energía Duqueco SpA; Coyanco SpA; Gestión de Proyectos Eléctricos S.A.; Besalco Energía Renovable S.A. y Eléctrica Puntilla S.A.

De acuerdo a la consulta, ésta tenía por objeto que el TDLC se pronunciara sobre:

(...) la compatibilidad o incompatibilidad de la "Condición de Inflexibilidad" - contenida, definida y regulada en la "Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado" aprobada en

junio de 2019 por la Comisión Nacional de Energía - con las normas de Defensa de la Libre Competencia y, en caso de considerar que dicha "Condición de Inflexibilidad" infringe o puede infringir las disposiciones del D.L. N° 211 lo declare así, disponiendo sea excluida de la referida Norma Técnica. En subsidio y para el evento que V.S. considere que la "Condición de Inflexibilidad" no infringe o no puede infringir las Normas de Defensa de la Libre Competencia, solicitamos a ese H. Tribunal, con el objeto de prevenir, promover y fomentar la competencia disponga si lo tiene a bien las medidas preventivas necesarias para garantizar que la Norma Técnica, en lo que respecta a la "Condición de inflexibilidad", no produzca efectos anticompetitivos en el mercado de generación eléctrica.⁵

Al respecto, el TDLC, mediante resolución de fecha 17 de septiembre de 2020, resolvió declarar la consulta como inadmisibles, en tanto la materia consultada, en particular la condición de inflexibilidad contenida en la norma técnica dictada por la CNE era, a juicio del Tribunal, parte de un precepto reglamentario, por ende, no susceptible de ser conocido mediante el procedimiento del artículo 18 número 2 del DL 211 que regula la potestad consultiva.

En concreto, la resolución señaló que, la potestad consultiva, sólo permite al TDLC pronunciarse sobre la compatibilidad con las normas de libre competencia de hechos, actos o contratos, más no de reglamentos, en tanto éstos corresponden a normas jurídicas emanadas de organismos de la Administración del Estado. Para arribar a esta conclusión, el TDLC desarrolló el siguiente argumento:

Que actualmente la doctrina es consistente en señalar que los órganos de la administración del Estado pueden dictar actos administrativos de diversa naturaleza, pudiendo distinguirse al menos aquellos de efectos particulares, tales como la adjudicación de un contrato y aquellos de efectos generales o reglamentos. (...)

Que los actos administrativos de efectos particulares son susceptibles de ser analizados en esta sede en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del D.L. N°

211 y así se ha hecho, por ejemplo, en las resoluciones N°61/2020 y N°62/2020. (...)

Que, por el contrario, los reglamentos constituyen normas jurídicas de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado, teniendo una naturaleza análoga a una ley, sin perjuicio de que deben siempre estar subordinados a ella. (...)

Que la diferenciación entre un acto administrativo de efectos particulares de un reglamento no es simple. (...)

Que la Norma Técnica GNL que contiene la "Condición de Inflexibilidad" objeto de la Consulta presentada, cumple con todas las condiciones indicadas en la consideración precedente para ser calificada como un reglamento o precepto reglamentario en los términos del artículo 18 N°4 del DL N° 211. En efecto, corresponde a una norma emitida por la CNE en el ejercicio de una potestad normativa otorgada por el legislador a la CNE en el artículo 7 letra b) del Decreto Ley N°2.224. (...)

Que es la naturaleza de la norma y no su denominación la que determina que el mismo sea un reglamento. Así, el hecho de que el legislador le haya otorgado el nombre de "Norma Técnica" no altera la conclusión contenida en la consideración anterior. (...)

Que el artículo 18 N° 2 del D. L. N° 211 que regula la potestad consultiva del Tribunal solo le permite pronunciarse sobre la compatibilidad con las normas de libre competencia de hechos, actos o contratos, mas no de reglamentos, en tanto éstos corresponden a normas jurídicas emanadas de organismos de la administración del Estado. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del Tribunal de proponer la derogación o modificación de un precepto legal o reglamentario en virtud de la facultad reglada en el artículo 18 N°4 del D.L. N° 211. Lo anterior es conteste con la jurisprudencia emitida por la Excma. Corte Suprema quien ha señalado que cuando un reglamento atenta contra las normas de libre competencia solo le es permitido al Tribunal proponer al Presidente de la República su modificación

⁵ Escrito de consulta de fecha 4 de septiembre de 2020, Rol NC 471-2020, p.1.

(sentencia de fecha 15 de junio de 2009, dictada en la causa Rol N° 1855-2009).⁶

Las consultantes presentaron un recurso de reclamación en contra de la resolución que declaraba la inadmisibilidad de la consulta.

La Corte Suprema conoció de la reclamación bajo el Rol N° 125657-2020, y resolvió, por medio de la resolución de fecha 12 de noviembre de 2021, acoger la reclamación, al considerar que el razonamiento del TDLC había sido errado, al sostener que la norma técnica dictada por la CNE fuese un reglamento o precepto reglamentario, y por ende, se trataría de una materia distinta a un hecho, acto o contrato de aquellos regulados en el artículo 18 número 2.

Para arribar a esta conclusión, la Corte Suprema desarrolló el siguiente argumento:

(...) A través del artículo 18, numeral 2°, del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al TDLC la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado D.L. N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante. (...)

Que, en este contexto normativo, queda en evidencia, en primer lugar, que la NT en comento, no puede ser calificada como un Reglamento - norma jurídica de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado, no sólo porque su dictación ya está ordenada mediante un Reglamento, por lo mismo, no podría entenderse que exista aquel para dictar otro; sino por cuanto, de su sola estructura y fines, esto es, que regula "aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico", se advierte que carece de la "generalidad y abstracción", características necesarias e indispensables para que tenga el carácter de Reglamento o norma general.(...)

Que, por tanto, siendo la NT un acto jurídico que reglamenta aspectos particulares del mercado eléctrico y que la "condición de inflexibilidad", representa uno de esos aspectos técnicos específicos que permiten el funcionamiento "in situ" del mercado relevante en la materia, es dable concluir la necesidad que dicha condición especial deba ser evaluada a la luz de las normas de la libre competencia, para apreciar si es necesario modelarla o modificarla según corresponda, debiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, examinar lo expuesto por las consultantes, analizando si la normativa en comento genera riesgos anticompetitivos en su aplicación y, en su caso, adoptando las medidas que sean procedentes, en cumplimiento de su deber prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico o, también, advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico, en su caso.(...)⁷

Atendido lo resuelto por la Corte Suprema, el TDLC resolvió con fecha 25 de noviembre de 2021 dar inciso al procedimiento de consulta, con el objeto de pronunciarse acerca de la compatibilidad con las normas de defensa de la libre competencia de la condición de inflexibilidad contenida, definida y regulada en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de unidades que utilicen GNL regasificado, dictada en 2016 y modificada en 2019 por la CNE.

Las consultantes, con fecha 6 de diciembre de 2021, presentaron un escrito desistiendo de la consulta, lo que fue acogido por medio de resolución del TDLC de fecha 14 de diciembre de 2021.

2. Rol C 435-2021

Con fecha 6 de diciembre de 2021, dos de las seis empresas que habían presentado la consulta seguida bajo el Rol NC 471-2020, entablaron una demanda en contra de la CNE. Estas empresas son Hidromaule S.A. y Eléctrica Puntilla S.A.

⁶ TDLC. Resolución de fecha 17 de septiembre de 2020. Rol NC 471-2020.

⁷ Corte Suprema. Resolución de fecha 12 de noviembre de 2021. Rol 125.657-2020.

El TDLC, resolvió el 16 de diciembre de 2021, tener por interpuesta la demanda presentada por ambas empresas generadoras, en contra de la autoridad regulatoria sectorial.

La CNE opuso la excepción dilatoria de corrección del procedimiento, solicitando que se ordene el término del procedimiento contencioso y el inicio de un expediente de recomendación normativa, por no ser esta una materia propia de aquellas que deban ser conocidas por el TDLC conforme al artículo 18 número 1 sino conforme al artículo 18 número 4, ambos del DL 211. Para esto, la CNE argumentó que la norma técnica dictada por la CNE es un acto administrativo con contenido normativo de alcance general, emitido conforme a la potestad normativa autónoma que tiene la autoridad regulatoria, que le fuera otorgada directamente por el legislador.⁸

El TDLC resolvió con fecha 17 de marzo de 2022, en su voto de mayoría,⁹ rechazar la excepción dilatoria de corrección del procedimiento opuesta por la CNE, contando con dos votos en contra en la decisión.¹⁰

En esa oportunidad, el TDLC sostuvo que la Corte Suprema ya había establecido, con ocasión de la reclamación tramitada en la causa NC 471-2021 que, atendida la naturaleza jurídica de dicha norma técnica, no correspondía que ésta fuera conocida a través del ejercicio de la potestad propositiva contemplada en el artículo 18 número 4 del D.L. N° 211 por cuanto no revestía los caracteres de un reglamento.¹¹

La CNE presentó un recurso de reposición en contra de la resolución del 17 de marzo, argumentando que la discusión planteada en este caso respecto de la demanda y de la excepción dilatoria de corrección del procedimiento, si bien similar a la llevada frente Corte Suprema en el fallo citado, no es idéntica. En efecto, la CNE plantea que está de acuerdo con el planteamiento de que la norma técnica no tiene naturaleza jurídica de un Reglamento, sino un acto administrativo de contenido normativo y efectos generales, sin cuestionar tampoco que la actuación de la CNE puede ser revisada desde el punto de vista de la libre competencia. Es decir, en ningún caso se trata de una excepción de incompetencia. A esto,

agrega finalmente la CNE, que concluir que sería admisible una demanda contenciosa conforme a las atribuciones del artículo 18 número 1 del DL 211 no sería armónico ni congruente con lo resuelto por la Corte suprema, ya que esta última en su resolución en ninguna parte resuelve que la vía para revisar la norma técnica en cuestión sea el procedimiento contencioso.¹²

Al respecto, el TDLC finalmente resuelve por voto de mayoría¹³ acoger la reposición en su resolución de 7 de abril de 2022. Para arribar a esta conclusión, el TDLC desarrolló el siguiente argumento:

(...) Que la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de Unidades que Utilicen GNL Regasificado, aprobadas por dicha Comisión mediante Resolución Exenta N° 626 de 23 de agosto de 2016; y modificada por Resoluciones Exentas N° 376 de 21 de junio de 2019 y N° 411, de 13 de octubre de 2021 (NT), corresponde a una resolución que emana del jefe superior de servicio de la Comisión Nacional de Energía (CNE) dictada en virtud de la potestad normativa cuya fuente es de rango legal (...)

Dicha NT es general, pues, por un lado, "(...) se trata de una norma impersonal dirigida a un grupo de personas más o menos grande de sujetos; sus destinatarios son indeterminados" (Informe legal, folio 81, p. 37) y, por otro, la NT fue publicada (el 18 de octubre de 2021 en el Diario Oficial), en lugar de ser notificada, lo que según la Ley N°19.880 determina que sea una resolución de efectos generales (...)

La NT, además, cumple con tener carácter innovativo, por cuanto modifica una resolución anterior y la deroga, dando lugar a un texto refundido, coordinado y sistematizado de la norma técnica para la operación de unidades que utilicen gas natural regasificado; (...)

Si bien los Órganos de la Administración del Estado (OAE) están sujetos a la aplicación del artículo 3° del D.L. N° 211 por sus actos administrativos o actuaciones públicas, ello no alcanza a los actos de naturaleza normativa y general como es

⁸ CNE. Escrito de 17 de enero de 2022. Rol C 435-2021 TDLC.

⁹ Suscrito por los Ministros señores Vergara, Paredes y Barahona.

¹⁰ Suscrito por las Ministras señora Gorab y señora Domper.

¹¹ TDLC. Resolución de 17 de marzo de 2022. Rol C 435-2021 TDLC.

¹² CNE. Escrito de 23 de marzo de 2023. Rol C 435-2021 TDLC.

¹³ El voto de mayoría estuvo suscrito por las Ministras señoras Domper y Gorab y los Ministros señores Vergara y Paredes, mientras que el voto de minoría fue del Ministro señor Barahona.

la NT; (...) respecto de los actos normativos y generales, el legislador autorizó al Tribunal a recomendar, de manera no vinculante, la dictación, modificación o derogación de un precepto legal o reglamentario, en los términos señalados en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211, de lo contrario se vulneraría el principio de legalidad y lo dispuesto en el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales.

La NT correspondería a un precepto reglamentario en los términos señalados en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, y (...) lo anterior, no es contradictorio con lo señalado por la Excma. Corte Suprema en la sentencia Rol N° 125.657-2020, puesto que ésta sostuvo que una NT emanada de la CNE no era un reglamento, concepto distinto a "precepto reglamentario" y se pronunció respecto a que dicha norma podía ser conocida por este Tribunal a través de un procedimiento consultivo y no mediante uno de carácter contencioso.¹⁴

En contra de la resolución del 7 de abril de 2022, las demandantes presentaron con fecha 13 de abril, un recurso de reclamación, el que fue rechazado por improcedente por el TDLC, en su resolución de 21 de abril de 2022.

Ante esta situación, las demandantes presentaron un recurso de hecho, el que fue resuelto por la Corte Suprema con fecha 20 de octubre. Por medio de su resolución, la Corte Suprema ordenó anular de oficio las resoluciones de 7 y 21 de abril del año en curso, dictadas por el TDLC y, en su lugar, ordenar al TDLC que diera la tramitación que correspondiera a la reclamación de 13 de abril de 2020.¹⁵

Luego, conociendo del recurso de reclamación, finalmente la Corte Suprema resuelve el 8 de septiembre de 2023, acoger el recurso de reclamación, con el objeto que la demanda planteada por las hidroeléctricas siga siendo tramitada y analizada por el TDLC.¹⁶ Para arribar a esta conclusión, la Corte Suprema desarrolló el siguiente argumento, en relación a la naturaleza jurídica de las normas técnicas que dicta la CNE:

(...) Que la NT en comento no puede ser calificada como un Reglamento -norma

jurídica de contenido general y abstracto que emanan de los organismos de la administración del Estado-, no sólo porque su dictación ya está ordenada mediante un Reglamento, por lo mismo, no podría entenderse que exista aquél para dictar otro; sino por cuanto, de su sola estructura y fines, esto es, que regula "aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico", se advierte que carece de la "generalidad y abstracción", características necesarias e indispensables para que tenga el carácter de Reglamento o norma general. En efecto, su objeto se radica en cuestiones particulares para la ejecución de la normativa eléctrica y como tal, además, la hace necesariamente modificable (...)

(..) la NT es un acto jurídico que, si bien reglamenta aspectos particulares del mercado eléctrico, no constituye un reglamento en los términos del artículo 18 N° 4 del Decreto Ley, y que, por otra parte, la "condición de inflexibilidad", representa uno de esos aspectos técnicos específicos que permiten el funcionamiento "in situ" del mercado relevante en la materia, es dable concluir que aquella condición especial puede y debe ser evaluada a la luz de las normas de la libre competencia, no solo a través del procedimiento no contencioso previsto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, para apreciar si es necesario modelarla o modificarla según corresponda, sino que además, efectivamente su consagración permanente en el tiempo podría dar pábulo a la comisión de un ilícito anticompetitivo, cuestión que, en cualquier caso debe ser objeto de un examen en la sentencia definitiva que resuelva la controversia, debiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, examinar lo expuesto por las partes, analizando si la referida "condición de inflexibilidad", en los términos que ha sido consagrada por la autoridad, constituye un atentado contra la libre competencia.¹⁷

Atendido lo resuelto por la Corte Suprema, el TDLC dio curso a la demanda presentada por las dos empresas generadoras, que imputan a la CNE haber incurrido en una conducta anticom-

¹⁴ TDLC. Resolución de 7 de abril de 2022. Rol C 435-2021 TDLC.

¹⁵ Corte Suprema. Resolución de 20 de octubre de 2022. Recurso de Hecho Rol N° 12220-2022.

¹⁶ Corte Suprema. Resolución de 8 de septiembre de 2023. Recurso de Reclamación Rol N° 151.861-2022.

¹⁷ Corte Suprema. Resolución de 8 de septiembre de 2023. Recurso de Reclamación Rol N° 151.861-2022. Considerandos Quinto y Séptimo.

petitiva, por medio de la incorporación de la condición de inflexibilidad contenida, definida y regulada en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la Operación de unidades que utilicen GNL regasificado, dictada en 2016 y modificada en 2019 y 2021. Este caso se encuentra pendiente de resolver a la fecha de redacción de este artículo.

III. Comentario de casos referidos a actos del Coordinador Eléctrico Nacional

1. Rol NC 475-2020

Con fecha 29 de septiembre de 2020, la empresa generadora eléctrica Parque Solar Fotovoltaico Luz de Norte SpA presentó ante el TDLC una consulta, con el objeto que el TDLC se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad con la normativa de defensa y promoción de la libre competencia, del Informe de Servicios Complementarios Año 2020 emitido por el CEN. El referido informe había concluido que, para dos servicios complementarios (SSCC),¹⁸ las condiciones de competencia no serían las necesarias para mantener el sistema de subastas, instruyendo el mecanismo de instrucción directa para el período restante del año 2020, en reemplazo del mecanismo de subastas que había aplicado desde enero de 2020.

Al respecto, resulta útil tener en cuenta que la LGSE entrega al CEN la atribución de analizar las condiciones de competencia existentes en estos mercados de SSCC, conforme al artículo 72-7 inciso cuarto, el cual dispone que, de manera excepcional y sólo cuando las condiciones de mercado no sean competitivas, se podrá sustituir el mecanismo de subasta por el régimen de instrucción directa. Este análisis es desarrollado por el CEN por medio del informe que fue cuestionado por la consultante en este caso.

Con fecha 8 de octubre de 2020, el TDLC resolvió no admitir a tramitación la consulta. Para arribar a esta conclusión, el TDLC desarrolló el siguiente argumento, en relación a la naturaleza jurídica de la decisión del CEN:

(...) Que el Coordinador es una corporación autónoma de derecho público que, como organismo técnico independiente del Poder Ejecutivo, coordina la operación del Sistema Eléctrico Nacional y determina las transferencias económicas

entre las empresas sujetas a su coordinación. Fue creado por la Ley N° 20.936, que introduce cambios en el DFL N° 4 o Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), la que a su vez le otorga diversas facultades, dentro de las cuales se encuentra la de emitir Informes de Servicios Complementarios, como aquel objeto de la presente Consulta;

Que, en relación con los servicios complementarios, de acuerdo al artículo N° 72-6 de la LGSE, el Coordinador debe instruir la prestación obligatoria de los servicios complementarios definidos por la Comisión Nacional de Energía. Para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo N° 72-7 de la LGSE, el Coordinador debe, anualmente y durante el mes de junio, elaborar un informe de servicios complementarios, señalando los servicios requeridos y su calendarización, además de indicar el mecanismo a través del cual se materializará la prestación o instalación del determinado servicio complementario;

(...) Que, por tanto, el legislador otorgó al Coordinador la facultad expresa de evaluar las condiciones de mercado con el objeto y fin, en este caso, de establecer el mecanismo más adecuado para la prestación de servicios complementarios;(...

(...) Que, en efecto, de acuerdo a lo expresamente establecido en el inciso tercero del mencionado artículo, las empresas coordinadas del Sistema Eléctrico Nacional, podrán someter al dictamen del Panel de Expertos, sus discrepancias respecto de los resultados del informe de servicios complementarios emitido por el Coordinador, dentro de los diez días siguientes a su comunicación. Por consiguiente, es dicho organismo el competente para revisar la materia sometida a conocimiento de este Tribunal mediante la presente consulta. A modo de ejemplo, con fecha 6 de octubre de 2020, el mencionado Panel emitió el Dictamen N°6-2020, en el cual ordena al Coordinador corregir el Informe de Servicios Complementarios 2021, manteniendo el sistema de subastas para la prestación del servicio complementario CSF. Para ello, el Panel revisó el análisis de mercado realizado por el Coordinador, efectuándole observaciones;

Que, de lo contrario, este Tribunal se arrojaría, de hecho, facultades que por expreso mandato del legislador se confirió a

¹⁸ En concreto, para el Control Secundario de Frecuencia (CSF) y el Control Terciario de Frecuencia (CTF).

otros organismos, en este caso, el Coordinador y el Panel de Expertos. Al respecto, cuando el legislador ha querido que sea este Tribunal el que analice las condiciones de competencia existentes en un mercado determinado para que una autoridad pública pueda dictar un acto administrativo, lo ha señalado expresamente (...) ¹⁹.

En definitiva, el TDLC declaró inadmisibile la consulta no solo atendido el tipo de acto objeto de la misma (conforme a potestades regladas) sino que también porque, a juicio del TDLC, el informe de SSCC que emite el CEN es susceptible de ser discrepado ante el Panel de Expertos de la LGSE.

Esta decisión fue objeto de un recurso de reposición, que también fue rechazado, por medio de la resolución de fecha 19 de octubre de 2020.

2. Rol C 476-2022

Con fecha 28 de diciembre de 2022, la empresa transmisora Ferrovial Power Infraestructure Chile SpA presentó ante el TDLC una demanda en contra del CEN, por haber éste adoptado la decisión de descalificar la oferta económica formulada por la demandante, en el marco de la Licitación Pública Internacional de Obras Nuevas fijadas por Decreto Exento N°229/2021 y de las Obras de Ampliación Condicionadas fijadas por Decreto Exento N°185/2021, ambos del Ministerio de Energía" (Proceso de Licitación 2022), a pesar de haber sido esa oferta económica la de menor vaor global para el Grupo de Obras G1. De acuerdo a la demandante, este acto del CEN constituye un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia, infringiendo así, lo dispuesto por el artículo 3, inciso primero, del DL 211.

El CEN opuso como excepción dilatoria de ineptitud del libelo, argumentando que la demanda no contenía la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.

Si bien no se opuso formalmente la excepción de incompetencia como dilatoria, el escrito del CEN en todo caso planteaba al respecto que:

(...) pareciera que el verdadero reproche de Ferrovial, con independencia de la falta de claridad con que ha sido planteado, más que dirigirse a una conducta supuestamente anticompetitiva, busca

cuestionar el apego de nuestra representada al bloque de legalidad que rige la licitación sub-lite. Ello pone en duda incluso la competencia de este H. TDLC para conocer de la presente demanda, por exceder el ámbito de la competencia material que delimita el tipo de conflictos cuya resolución le han sido encomendados por el legislador, motivo por el cual nos reservamos expresamente el derecho a alegar la incompetencia absoluta del H. Tribunal, una vez que Ferrovial haya aclarado los términos de su libelo y podamos de este modo hacer adecuadamente el análisis de competencia ²⁰.

El TDLC resolvió con fecha 22 de febrero de 2023 rechazar la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, ya que, a juicio del Tribunal, la demanda era clara en acusar a la entidad de haber interpretado las Bases de Licitación en forma errada, lo que lo habría llevado a incluir una exigencia de precio mínimo en forma ex post, cuestión que se manifestaría en el Acta de Evaluación, y que además, el actuar del CEN contravendría sus actos propios del proceso de licitación al haber cambiado la entidad licitante su interpretación, lo que contravendría la confianza legítima de la demandante y otros agentes económicos respecto de las actuaciones del CEN.

En su contestación a la demanda, el CEN cuestionó la competencia del TDLC para conocer de la materia planteada. El caso siguió su tramitación, y el TDLC dictó con fecha 23 de octubre de 2024 la Sentencia N° 196 del TDLC, instancia en la cual resolviera de la excepción de incompetencia, toda vez que el CEN la alegó en su contestación y no como alegación específica en su escrito de excepciones dilatorias previo.

En la Sentencia N°196 el TDLC acogió la demanda interpuesta por la empresa transmisora en contra del CEN, declarando que éste último infringió el artículo 3 inciso primero del DL 211 al descalificar la oferta económica que el demandante presentó en una licitación pública internacional de obras de transmisión el año 2022.

La excepción de incompetencia planteada por el CEN se fundaba en que, a su juicio, la demandante no planteaba un real conflicto de libre competencia, sino más bien una disconformidad -en todo caso extemporánea-

¹⁹ TDLC. Resolución de 8 de octubre de 2020. Rol NC 475-2020 TDLC.

²⁰ CEN. Escrito de 8 de febrero de 2023. Rol C 476-2022 TDLC.

con la aplicación de las bases de la licitación en cuestión, lo que excedería el ámbito de competencia específica y acotada entregada al TDLC, más aún, tratándose un acto de autoridad que se ejecuta con posterioridad a la aprobación de las respectivas bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases, en particular, con la impugnación de una adjudicación.

Al respecto, el TDLC especifica que, en aquellos casos en los cuales se ha abstenido de conocer de actos de autoridad que transcurren con posterioridad a la aprobación de bases de licitación, como son aquellos referidos al cumplimiento y el apego a las bases de licitación, ha sido porque el ordenamiento jurídico ha entregado competencia de estos asuntos a otras instituciones.²¹

Para arribar a esta conclusión, el TDLC desarrolló el siguiente argumento, en relación a las vías de impugnación de la decisión del CEN:

(...) Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 18 N° 1 del D.L. N° 211, por regla general este Tribunal es competente para conocer de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, sin limitaciones en cuanto a la naturaleza de los hechos impugnados ni a la calidad o características de los agentes que los realizan. (...)

Que, según se desprende de la jurisprudencia citada en el considerando precedente, la razón de que las controversias relativas a la adjudicación de una licitación queden sustraídas de la competencia del Tribunal es que existe otra institución mandatada específicamente por el legislador para resguardar el apego a la legalidad del acto adjudicatorio, ya sea el TCP o la CGR. En consecuencia, en casos de licitaciones que no estén sujetas al control judicial o administrativo del TCP y la CGR, respectivamente, el Tribunal sí es competente para conocer de cuestionamientos relativos a actos posteriores a la aprobación de las bases de licitación, en la medida en que puedan afectar la libre competencia en el mercado correspondiente, tratándose de actos de autoridad o actuaciones de entidades estatales;

²¹ Para ello, el TDLC cita la Sentencia N° 138 considerando 12º) y a la Corte Suprema, Resolución 06/08/2014 en Rol N° 13972-2013, considerando 16º.

Que, en el presente caso, se debe considerar que el Coordinador es un organismo que tiene la calidad de corporación autónoma de derecho público, no obstante, la LGSE señala que no forma parte de la Administración del Estado. Por estas razones, se ha llegado a concluir que tiene caracteres que llevan a la entidad a ser más bien encuadrable en la categoría de agencia independiente (...) De esta forma, si actuaciones de entidades estatales pueden estar sujetas al escrutinio en esta sede, como la jurisprudencia citada avala, con mayor razón resulta competente este Tribunal para conocer del proceder de un ente con las especiales características del Coordinador, como agencia independiente²².

En consecuencia, tratándose de licitaciones que no estén sujetas al control judicial ni administrativo del Tribunal de Contratación Pública ni de la Contraloría General de la República, el TDLC considera que sí es competente para conocer de cuestionamientos relativos a actos posteriores a la aprobación de las bases, en la medida que se traten de hechos, actos o convenciones que puedan afectar la libre competencia en el mercado correspondiente.

Resultará de especial interés ver si la Corte Suprema se pronuncia respecto de la excepción de incompetencia, alegación que es reiterada por el CEN en su recurso de reclamación, pendiente de resolver a esta fecha. Al respecto, el CEN ha señalado, en su recurso de reclamación, que el TDLC reconoce en su Sentencia N° 196 que el proceso licitatorio en cuestión se encontraría bajo la esfera de control de legalidad de la Contraloría General de la República. Lo anterior, en palabras del CEN, parecería contradictorio con el argumento sostenido por el TDLC para, precisamente, rechazar la excepción de incompetencia y declarar su competencia para conocer del asunto, a pesar de existir otra institución mandatada específicamente por el legislador para resguardar el apego de la legalidad del acto adjudicatario²³.

IV. Conclusión

El artículo describe lo resuelto, tanto por el TDLC como por la Corte Suprema, en cuatro casos referidos a actuaciones de la CNE y del CEN. A partir del comentario de esas resolu-

²² Sentencia 196/2024. Rol C 476-2020 TDLC.

²³ Recurso de reclamación, párrafos 54 a 65. Rol 476-2022 TDLC.

ciones, se ha buscado responder las preguntas acerca de hasta qué punto puede intervenir el TDLC, en el ámbito del procedimiento contencioso y del procedimiento de consulta, respectivamente, en el ejercicio de potestades por parte de organismos reguladores en materia eléctrica, y si acaso ese punto presentaría alguna diferencia tratándose de organismos que forman parte de la Administración del Estado y aquellos que no.

A partir de los cuatro casos comentados, es posible concluir preliminarmente que los límites estarían delimitados, conforme a la jurisprudencia existente hasta ahora en esos casos concretos, de acuerdo a lo siguiente:

1. Siguiendo lo resuelto por la Corte Suprema, todo acto de una autoridad que sea parte de la Administración del Estado (como es el caso de la CNE), puede ser objeto de análisis, tanto bajo un procedimiento contencioso como no contencioso, en la medida que dicho acto no sea un reglamento, es decir, que regule aspectos particulares y no sea de carácter general ni abstracto. Tal sería el caso de las normas técnicas dictadas por la CNE.

2. Siguiendo lo resuelto por el TDLC, todo acto de una autoridad, sea parte de la Administración del Estado o no (como es el caso del CEN), puede ser objeto de análisis bajo un procedimiento contencioso, en la medida que dicho acto no esté sujeto a la revisión de otro organismo específico. Este sería el caso, por ejemplo, de los actos de adjudicación del CEN tratándose de determinadas licitaciones.

Con todo, los dos casos contenciosos comentados, en particular uno de los casos referidos a la CNE y uno de los casos referidos al CEN, no cuentan con sentencia firme y ejecutoriada a la fecha de elaboración del presente artículo, por lo que los límites propuestos en estas conclusiones deben entenderse de orden preliminares, ya que podrían en todo caso ser modificados, dependiendo de las sentencias que dicte el TDLC y la Corte Suprema, según corresponda, en los casos Rol C 435-2021 y Rol C 476-2022. En efecto, al menos tratándose del criterio delimitado por el TDLC en este último caso, este ha sido objeto de reclamación, por lo que prontamente debiésemos contar con un pronunciamiento de la Corte Suprema en la materia.

Bibliografía citada

Majone, G. (1997). From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy* 17 (2), 139 – 167.

Thatcher, M. (2002). Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation". *West European Politics* 25 (1), 125 – 147.

Thatcher, M. y Stone Sweet, A. (2002). Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. *West European Politics* 25 (1), 1 – 22.

Normativa citada

Ley 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.

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.

Decreto N° 4 de 2007 [con fuerza de ley]. 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. 12 de mayo de 2006.

Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. 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. 18 de octubre de 2004.

Jurisprudencia citada

Eléctrica Puntilla S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2020): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2021 (Rol 125.657 – 2020). Tercera Sala. [Recurso de reclamación].

Hidroeléctrica Río Lircay S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2022): Corte Suprema, 20 de octubre de 2022 (Rol 12.220 – 2022). Tercera Sala. [Recurso de hecho].

Eléctrica Puntilla S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2023): Corte Suprema, 8 de septiembre de 2023 (Rol 151.861 – 2022). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].

Consulta de Hidromaule S.A. y otras sobre la "Condición de Inflexibilidad" contenida en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado (2020): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 17 de septiembre de 2020 (Rol NC 471-2020).

Consulta de Hidromaule S.A. y otras sobre la "Condición de Inflexibilidad" contenida en la Norma Técnica para la Programación y Coordinación de la operación de unidades que utilicen GNL regasificado (2020): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 25 de noviembre de 2021 (Rol NC 471-2020).

Consulta de Parque Solar Fotovoltaico Luz del Norte SpA sobre el Informe de Servicios Complementarios Año 2020 emitido por el Coordinador Eléctrico Nacional (2020): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 8 de octubre de 2022 (Rol NC 475-2020).

Consulta de Parque Solar Fotovoltaico Luz del Norte SpA sobre el Informe de Servicios Complementarios Año 2020 emitido por el Coordinador Eléctrico Nacional (2020): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 19 de octubre de 2022 (Rol NC 475-2020).

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía (2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 16 de diciembre de 2021 (Rol C 435-2021).

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía (2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 17 de marzo de 2022 (Rol C 435-2021).

Demanda de Eléctrica Puntilla S.A. e Hidromaule S.A. contra la Comisión Nacional de Energía

(2021): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 7 de abril de 2022 (Rol C 435-2021).

Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional (2023): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 22 de febrero de 2023 (Rol C 476-2022).

Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional (2024): Tribunal de defensa de la Libre Competencia, 23 de octubre de 2024 (Rol C 476-2022).

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce la función jurisdiccional para preservar y potenciar el bien jurídico de la libre competencia, también en mercados regulados.

The Court for the Defence of Free Competition exercises its jurisdictional function to preserve and strengthen the legal right of free competition in regulated markets.

Jorge Quintanilla Hernández*
Sophia Caicedo**

RESUMEN: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desempeña una función fundamental para preservar y potenciar la libre competencia en mercados regulados y no regulados, atendida su competencia para conocer toda impugnación de uno o más actos que restrinjan, actual o potencialmente, dicho bien jurídico, incluyendo las impugnaciones de actos de autoría de un Órgano de la Administración del Estado. Con fundamento en lo anterior, es importante evitar la comunicación de significados equívocos al utilizar expresiones tales como "contencioso energético", ya que tales equívocos pueden generar controversias improductivas en asuntos contenciosos y no contenciosos, dilatando la dictación de resoluciones o sentencias de este Tribunal, las cuales están llamadas a preservar y restablecer, según sea el caso, la consecución del bienestar social y la eficiencia económica en los mercados. Así, las decisiones del Tribunal son fundamentales para garantizar que las actuaciones de cualquier agente del mercado, asociación gremial u OAE no perjudiquen la competencia.

PALABRAS clave: competencia, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Órganos de Administración del Estado, mercados.

ABSTRACT: The Court for the Defence of Free Competition plays a fundamental role in preserving and promoting free competition in both regulated and non-regulated markets, given its competence to know about any controversy related to acts that may actually or potentially restrict this legal right, including those involving State Administration Bodies. Therefore, it is important to avoid ambiguous terminology, such as

* Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Economía y Regulación de Servicios Públicos de la Facultad de Economía de la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: jquintanilla@quintanillaabogados.cl
Este artículo es dedicado por Jorge a su tía María Bernarda Romo Leyton y a su primo Jorge Andrés Romo (Q.E.P.D.) Noviembre de 2024.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho de la Energía de la Universidad Mayor, Chile; Diplomada en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez; y en Regulación del Sector Eléctrico de la Universidad de Chile. Correo electrónico: scaicedo@quintanillaabogados.cl.

"Energy Contention Tribunal," as such ambiguities can lead to unproductive disputes in both contentious and non-contentious matters. These misunderstandings may delay the Court's resolutions or judgments intended to ensure social welfare and economic efficiency in the markets. Consequently, the decisions made by the Court are vital to ensuring that the actions of any market agent do not harm competition.

Keywords: competition, Court of Defence of Free Competition, State Administration Bodies, markets.

Introducción

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") fue creado por disposición de la Ley N°19.911 de 2003, a fin de que la libre competencia se convirtiera en el principal mecanismo de asignación de recursos escasos bajo criterios de eficiencia económica. El TDLC, al resolver impugnaciones relacionadas con actos que afectan la libre competencia en mercados regulados y no regulados, actúa también como un garante de la eficiencia económica y del bienestar social.

Su independencia y especialización le permiten resolver controversias suscitadas entre empresas (privadas y públicas), como también las que se formulan frente a los Órganos de la Administración del Estado ("OAE"), cuyos actos restrinjan, actual o potencialmente, la libre competencia en el o los mercados en donde dichos OAE ejerzan su potestad regulatoria.

De esta manera, el Decreto Ley N°211 ("DL 211") persigue que las decisiones de empresas y OAE, en un o más mercados, no perjudiquen el equilibrio competitivo necesario para maximizar el bienestar de los consumidores y de los productores.

En este marco, es crucial entender cómo la intervención de OAE puede influir negativamente en el funcionamiento de los mercados, así como los riesgos asociados al uso de expresiones como "contencioso energético", las que pueden dar lugar a controversias improductivas en la tramitación de asuntos contenciosos y no contenciosos, dilatando la dictación de resoluciones o sentencias del TDLC, las cuales están llamadas a preservar y restablecer, según cual sea la naturaleza del caso (no contencioso o contencioso), la consecución del bienestar social y la eficiencia económica en los mercados.

I. El TDLC es competente para resolver impugnaciones de todo acto que afecte la libre competencia en mercados regulados y no regulados, incluyendo los actos de los OAE

El TDLC fue creado con el objetivo de reemplazar a las Comisiones Preventivas y a la

Comisión Resolutiva¹ en el contexto de transformación económica de Chile, desde un modelo con un alto grado de intervención pública hacia un esquema más abierto, a fin de que el mercado se convirtiera en el principal asignador de recursos².

Como órgano jurisdiccional especial e independiente, el TDLC está compuesto por integrantes especializados, lo que garantiza su solvencia técnica, legal y procedimental en el tratamiento de los asuntos que se le presentan. Su funcionamiento está sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica exclusiva de la Corte Suprema de Justicia ("CSJ")³.

En cuanto a su función jurisdiccional especial, el Tribunal administra justicia y resuelve controversias en materia de libre competencia no solo como un fin en sí mismo, sino como un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, y promover la eficiencia económica, contribuyendo así a la consecución del bienestar de los consumidores⁴. A su vez, su calidad de órgano independiente se manifiesta en que se encuentra desvinculado de la histórica relación de asesoría técnica que mantenía la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") con las comisiones anteriores, como también en su separación del Poder Ejecutivo⁵.

En este marco legal, se establece que el juzgamiento de conductas que vulneren la libre competencia es una atribución exclusiva del Tribunal⁶, mientras que la investigación de dichas conductas es una potestad de la FNE, lo que no excluye el derecho de competidores, asociaciones de consumidores o asociaciones gremiales, entre otros, de presentar directamente demandas ante el TDLC. De esta manera, el TDLC puede conocer de los asuntos conten-

¹ El TDLC entró en funcionamiento en mayo de 2004.

² Historia Fidedigna de la Ley N°19.911, p. 3.

³ Ídem., 6.

⁴ Ídem., 5-6.

⁵ Para lo cual se estableció una incompatibilidad entre ser miembro del Tribunal y ocupar un cargo como funcionario público, junto con causales objetivas para la destitución, Ídem.

⁶ El artículo 2° del DL 211 dispone que corresponde al TDLC dar aplicación a este DL "para el resguardo de la libre competencia en los mercados".

ciosos que se inician a partir de demandas de partes o requerimientos de la FNE, en donde se denuncie la infracción del DL 211.

A su vez, el acto constitutivo de infracción a la libre competencia se encuentra consagrado en términos amplios e indeterminados en el DL 211, lo que implica que el acto prohibido puede ser cometido por un competidor del demandante, una asociación gremial o un OAE⁷.

Específicamente, desde un punto de vista doctrinal, se ha reconocido que el Estado interviene como agente económico en diversos mercados a través de varias funciones, tales como la actividad de policía o control de la economía; el fomento del desarrollo económico; la prestación de servicios públicos y la intervención directa mediante empresas públicas⁸.

En cuanto al mercado eléctrico chileno, el Estado inició su intervención más intensiva durante la década de 1940, asumiendo el desarrollo económico de las actividades que lo conformaban a esa fecha, como resultado de los efectos en Chile de las crisis económicas mundiales (incluida naturalmente la Segunda Guerra Mundial) y el crecimiento de la regulación estatal⁹.

A fines de 1973, el Estado de Chile optó por adaptar el mercado eléctrico a un sistema de economía abierto y de mercado, con el propósito de maximizar el bienestar común mediante una estrategia energética nacional consistente en el establecimiento de condiciones de eficiencia en el desarrollo y operación del sistema eléctrico y la asignación de un rol subsidiario al Estado¹⁰.

La protección de la eficiencia del mercado supone garantizar una competencia efectiva en todos los mercados en donde sea económicamente posible, beneficiando así a todos los actores del mercado, es decir, a productores y consumidores.

La competencia permite que las empresas accedan a los recursos necesarios para operar eficientemente, pudiendo entregar bienes y

servicios de buena calidad. Al mismo tiempo, los consumidores pueden acceder a una gama de opciones en términos de calidad y precios. En este contexto, tanto productores como consumidores se benefician mutuamente.

En suma, la dinámica de la libre competencia contribuye a una asignación de recursos que beneficia a la sociedad en su conjunto.

II. El uso del concepto “contencioso energético” puede inducir a significados equívocos que originen potenciales controversias sobre incompetencia del TDLC, inficicias para la consecución de los objetivos del DL 211, como lo son el bienestar social y el incremento de la eficiencia en los mercados

Según lo dispuesto en los artículos 1º, 5º y 18 N°1 del DL 211, el TDLC tiene la función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia en cualquier mercado en donde se denuncie la infracción del DL 211.

De acuerdo con lo anterior, el TDLC puede conocer de todos aquellos procesos contenciosos en donde se denuncie la restricción, actual o potencial, del bien jurídico libre competencia, sea que se trate de mercados no regulados, como es el caso de la producción y comercialización de carne de pollo¹¹, productos farmacéuticos¹², papel tissue¹³, etc.; o de mercados sujetos a regulación como, por ejemplo, los mercados de telecomunicaciones¹⁴, eléctrico¹⁵, de servicios sanitarios¹⁶ o de gas de red, entre otros.

Al referirnos a los mercados sujetos a regulación, hablamos de *regulación económica*, entendida como el conjunto de normas tendientes a corregir fallos de mercado o de regulación, propios de las industrias de red, derivados de externalidades, poder de merca-

⁷ Dispone el inciso primero del artículo 3º del DL 211: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley (...)”.

⁸ Agüero 2022, 19.

⁹ Incluyendo entre los mecanismos de intervención: la aplicación de políticas sobre fijación de precios y la organización de la Empresa Nacional de Electricidad hasta aproximadamente 1970. Bernstein 1988, 369.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Rol C-236-11, Agrosuper S.A., Empresas Ariztia S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

¹² Rol C-184-08; Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.

¹³ Rol C-299-15; CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.

¹⁴ Rol C-60-05; Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC; Rol C-126-07 Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

¹⁵ Rol C-147-07; Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.

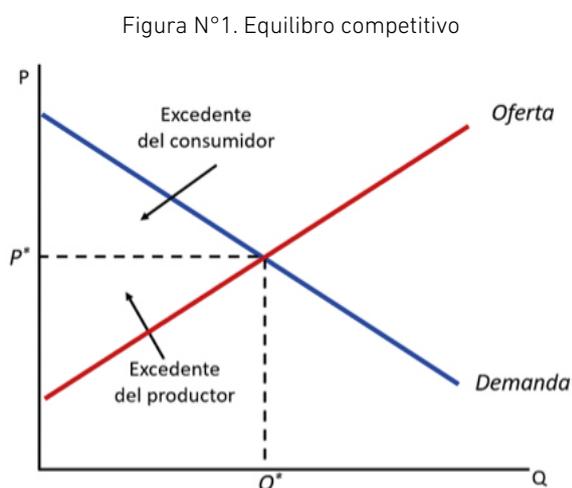
¹⁶ Rol C-79-05; Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.

do, monopolios (oligopolios) y/o monopsonios (oligopsonios) naturales, información imperfecta y asimétrica y cuya presencia: (a) incremente los precios por sobre su nivel competitivo; (b) reduzca la producción a cantidades socialmente ineficientes; y/o; (c) reduzca la innovación tecnológica y el crecimiento económico del respectivo mercado.

En este contexto, frente a la impugnación de uno o más actos que restrinjan la libre competencia en un determinado mercado, el TDLC tiene la función crítica de preservar y restablecer el equilibrio competitivo que posibilite un precio de equilibrio que: (i) maximiza el excedente de los consumidores; y (ii) entrega a las empresas productoras una tasa de retorno normal sobre los recursos invertidos (considerando el riesgo asociado al giro de su negocio), es decir, generándose un legítimo excedente del productor.

Al restablecer el equilibrio competitivo, potenciándolo en cuanto sea posible, el TDLC garantiza dos tipos de eficiencia: la asignativa y la productiva. En cuanto a la eficiencia asignativa, esta "se logra cuando los recursos, que son escasos en la economía, son destinados al uso más valorado entre todos los usos posibles"¹⁷; por su parte, la eficiencia productiva "se logra cuando los bienes se producen al mínimo costo posible"¹⁸.

Ilustramos el precio de equilibrio competitivo en la siguiente Figura N°1, en donde se indica la cantidad socialmente óptima de producir a ese precio (Q^*) y el nivel de dicho precio (P^*) respecto de un determinado bien o servicio¹⁹:



Fuente: Agostini, C. 2022; 4.

¹⁷ Agostini 2022, 4.

¹⁸ Agostini 2022, 4.

¹⁹ Agostini 2022, 4.

Cabe preguntarnos: ¿se afecta este equilibrio del mercado competitivo al restringir la competencia? y, si esto sucede: ¿cómo se afecta el equilibrio del mercado?

La respuesta a la primera pregunta es un rotundo sí, y la respuesta a la segunda pregunta es que una conducta que atente en contra de la libre competencia origina o tiende a crear (i) un equilibrio monopolístico u oligopólico; o (ii) un equilibrio monopsonístico u oligopsonístico.

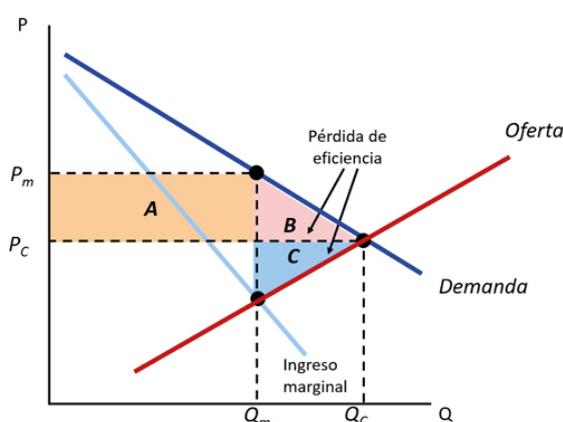
Lo explicamos brevemente con situaciones en que el impacto del acto restrictivo de la libre competencia altera el equilibrio competitivo en un mercado hipotético, causando un equilibrio monopolístico/oligopólico o un equilibrio monopsonístico/oligopsonístico.

i) Equilibrio monopolístico u oligopólico

Siguiendo a Agostini (2022), bajo un equilibrio monopolístico u oligopólico, se generan tres impactos: primero, el excedente del consumidor se reduce (áreas A+ B); segundo, el excedente del productor aumenta (área A y se reduce en área C²⁰); y tercero, se genera ineficiencia social (áreas B y C), entendida esta última como la restricción del bienestar de consumidores y productores²¹. En palabras de Agostini "En este nuevo equilibrio entonces, se producen y transan menos unidades que el nivel óptimo"²².

La siguiente Figura N°2 gráfica lo expuesto:

Figura N°2. Equilibrio Monopolístico



Fuente: Agostini, C. 2022; 5.

ii) Equilibrio monopsonístico u oligopsonístico

Bajo un equilibrio monopsonístico u oligopsonístico, se generan tres impactos: primero, el

²⁰ La reducción en el área C es menor que el aumento en el área A para que tenga racionalidad económica el acto abusivo del poder de mercado del oferente/productor.

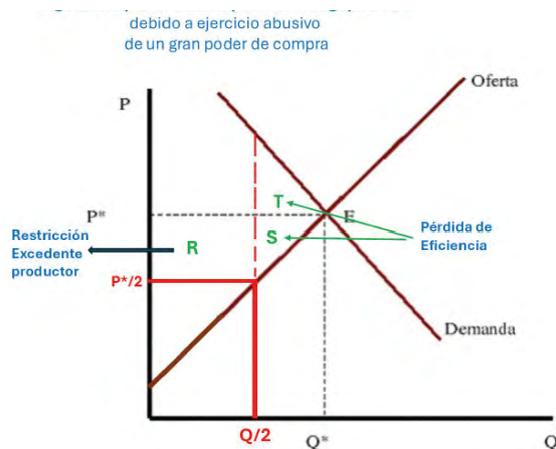
²¹ Agostini 2022, 5.

²² Agostini 2022, 5.

excedente del productor se reduce (áreas R y S); segundo, el excedente del demandante/comprador aumenta en área R y se reduce en área T²³; y tercero, se causa ineficiencia social para consumidores y productores en la asignación de recursos²⁴ (triángulo que suma áreas T y S). El daño anticompetitivo corresponde a las áreas R+T+S.

A continuación, se observa gráficamente lo expuesto:

Figura N°3. Equilibrio monopsónico u oligopsónico



Fuente: Quintanilla, 2024.

De acuerdo con lo observado es fundamental que, ante actos que restringen actual o potencialmente la competencia, el TDLC preserve y restablezca, según corresponda, el equilibrio competitivo en cada mercado, maximizando los legítimos excedentes de consumidores y de productores, sin obstrucciones procesales que cuestionen su competencia absoluta, dilatando el avance de procesos cuya pronta consecución dice directa relación con el bienestar social de consumidores y productores en los mercados.

A fin de explicar esta premisa, ilustramos cómo en Chile también puede haber mercados con presencia de oligopsonios. Nos referimos al mercado de la adquisición de leche cruda en Chile, el cual según un pronunciamiento relativamente reciente del TDLC²⁵, presenta multiplicidad de productores de leche

cruda, de diversos tamaños y con baja organización; mientras que el procesamiento de ella se concentra en pocos actores.

Por su parte, durante 2018, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") dio apertura a una investigación con el objetivo de identificar eventuales incumplimientos a la Sentencia N°7 de 2024 del TDLC, por parte de las procesadoras de leche cruda. La FNE indicó que, en sus investigaciones, apreciaba ejercicio de poder de mercado conjunto y condiciones facilitadoras para la coordinación oligopsónica, lo que se tradujo en un escaso traspaso de las alzas del precio internacional de la leche en polvo en comparación al traspaso de las bajas, lo que se habría traducido "en la quiebra y/o salida del mercado de un número significativo de productores (...)"²⁶.

Tras lo anterior, la empresa Watt's presentó una Consulta Rol N° NC-445-2018, solicitando al TDLC que se pronunciara sobre las condiciones que debían ser cumplidas en el mercado de recepción y compra de leche cruda y si acaso debían continuar vigentes las medidas establecidas la Sentencia 7 de 2004²⁷.

Al respecto, el TDLC dictó la Resolución N°57 de 2019, declarando la vigencia de las medidas dispuestas por la Sentencia N°7 de 2004, ordenando condiciones adicionales²⁸. En esta Resolución, el TDLC graficó las etapas por las cuales pasa la leche hasta ser convertida en productos finales, pudiendo observarse en la Figura N°4, en su recuadro de líneas punteadas, el segmento de esta industria con características de mercado oligopsónico.

²⁶ Fiscalía Nacional Económica, Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A., Rol N. 1966-11 FNE y N° 2415-16 acumulada, de 22 de enero de 2018. Rol NC-445-18, foja 320.

²⁷ Mediante la sentencia N°7, de 5 de agosto de 2024 [Rol C N°01-04], el TDLC resolvió que el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina adolecía de imperfecciones y falta de transparencia, como consecuencia de lo cual dispuso medidas que debían aplicarse en los actos o contratos que se ejecutasen o celebraren en este mercado, entre ellas: (i) que las empresas procesadoras de leche debían mantener un listado de precios de compra, el que detallaría los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados; y (ii) que dichas empresas deberían anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en los condiciones de compra de leche fresca. Considerando Cuarto de la Sentencia N°7 de 2004, TDLC.

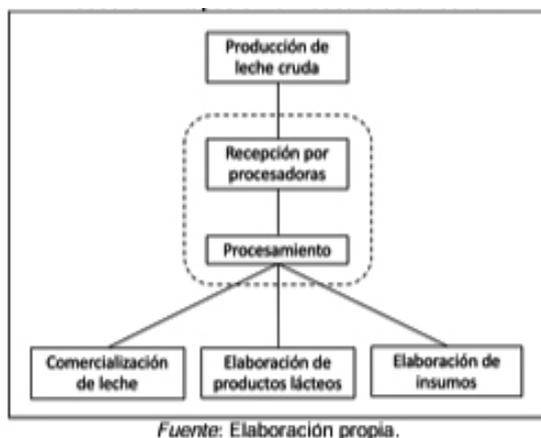
²⁸ Eliminar de las pautas y contratos cualquier cláusula o condición que obstaculizara la movilidad; incluir en sus contratos la posibilidad de que los productores puedan ponerle término unilateral; y que informaran a ODEPA la duración de estos contratos.

²³ La reducción en el área T es menor que el aumento en el área R para que tenga racionalidad económica el acto abusivo del poder de mercado del demandante/comprador.

²⁴ En el marco de la Figura N°3: el demandante/comprador compraría más unidades a un precio que cubriese su costo de producción hasta llegar al punto E; por su parte, el productor produciría más unidades recibiendo un precio que cubre su costo de producción hasta llegar al punto E.

²⁵ Resolución N°57 de 2019 del TDLC.

Figura N°4. Etapas en la industria de la leche



Fuente: TDLC, Resolución 57 de 2019 p. 14.

Ahora bien, en este punto es pertinente preguntarnos: ¿Qué clase de controversias suscitadas en mercados regulados puede conocer el TDLC?

La respuesta a este enunciado es, sin duda, toda controversia en donde se impugne uno o varios actos que restrinjan, actual o potencialmente, la libre competencia en mercados en donde los servicios prestados tengan: (i) características de monopolio natural, por ejemplo, la transmisión y distribución de electricidad; la producción y distribución de agua potable; la recolección y disposición de aguas servidas; (ii) o en donde alguno de sus segmentos constituyan redes monopólicas, por ejemplo, cargos de acceso para el servicio de interconexión de redes de servicio público de telecomunicaciones; o plataformas de los Guardianes de Acceso o *Gatekeeper*²⁹; o (iii) sean potencialmente idóneos para la ejecución de conductas abusivas de poder de mercado con obtención de rentas sobre normales, como ocurre con las redes de transmisión dedicada o de distribución de gas.

Cabe precisar que, en los mercados regulados, se dicta regulación económica con el propósito de emular las condiciones que prevalecerían en un mercado competitivo, no para sustituirla³⁰.

²⁹ En el marco de la Unión Europea, desde el 7 de marzo de 2024, Apple, Alphabet, Meta, Amazon, Microsoft y ByteDance son los seis guardianes designados por la Comisión Europea en septiembre de 2023, debiendo cumplir todas sus obligaciones en virtud de la Ley de Mercados Digitales.

Fuente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_23_4328/IP_23_4328_ES.pdf [fecha de última consulta: 29/11/2024].

³⁰ Galetovic, Sanhueza, 2002; p. 3.

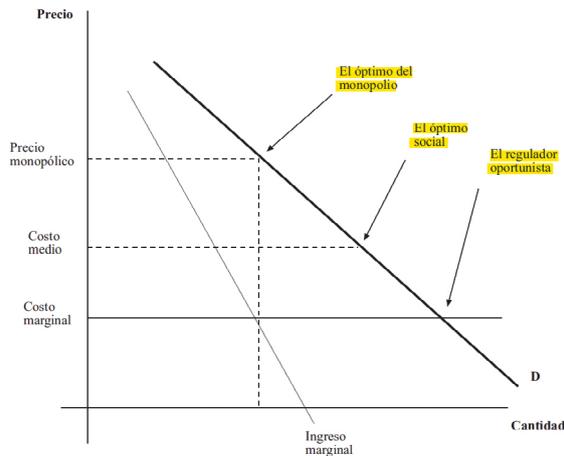
A modo ilustrativo, se dicta regulación económica para: (i) fijar tarifas eficientes, por ejemplo, el Cargo Único de Transmisión o CUT, que fija la Comisión Nacional de Energía ("CNE") o el Cargo de Acceso, que se fija a las compañías telefónicas por permitir la compañía A que, a través de su red, la compañía B, en donde se origina la llamada, pueda terminar dicha llamada conectando al destinatario de ella emplazado en la red de la compañía A; (ii) fijar estándares de calidad y seguridad de servicio, entre ellos la Norma Técnica de Seguridad y Calidad del Servicio de la CNE; (iii) determinar condiciones de acceso a los segmentos monopólicos de las redes, como ocurre con el acceso abierto a redes de transmisión; y (iv) fijar estándares de información a clientes finales y a proveedores de servicio, resultante de la interconexión de redes en sistemas complejos, por ejemplo, a Coordinados en el mercado eléctrico del Sistema Eléctrico Nacional.

La regulación económica procede del Estado, que interactúa con los actores de los mercados, mayoritariamente destinatarios de esa regulación, mediante los OAE, quienes a través de sus actos pueden producir efectos en las condiciones de competencia. Por ende, dichos actos también son sujetos del escrutinio pro competitivo del TDLC (salvo excepciones calificadas que mencionamos más adelante), en el sentido de disponer el TDLC de competencia para evaluar si uno o más de ellos restringe, actual o potencialmente, la libre competencia en el respectivo mercado.

Siguiendo a Galetovic y Sanhueza (2002), la regulación económica supone un choque de intereses contrapuestos y, como tal, explica una parte de los litigios o controversias que pueden ser conocidas y resueltas por el TDLC. La siguiente Figura N°5, de estos autores, ilustra la naturaleza de ese choque para un mercado regulado, en donde el acto de un OAE, que fija un precio cercano al monopólico o que dicta regulación que produce ese nivel de precio estará evidenciando la presencia de un regulador capturado; mientras que, si ese mismo OAE, fija un precio que únicamente cubre el costo marginal de corto plazo o dicta regulación tendiente a ese fin, estará actuando como un regulador oportunista³¹.

³¹ Galetovic, Sanhueza, 2002; p. 4. Los destacados sobre la figura son nuestros.

Figura N°5



Fuente: Galetovic y Sanhueza, 2002; 104.

III. Trascendencia de la competencia del TDLC para resolver procesos contenciosos, sobre actos de OAE que inciden en mercados regulados, a fin de incrementar el bienestar social

Los artículos 6 y 7 (principio de juridicidad) y 19 N°21 (Orden Público Económico) de la Constitución Política sustentan la jerarquía normativa del estatuto que vela por la protección y promoción de la libre competencia, materializado en el DL 211.

En virtud de estos preceptos, los OAE están sujetos al cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia³², lo que implica que pueden ser sujetos de procedimientos por infracciones a dicha normativa, iniciados por la FNE o debido a demandas de otros agentes económicos. En tales casos, el TDLC, tiene la potestad de ordenar la modificación o ajuste de actos de administrativos conforme a las normas de libre competencia, sin perjuicio de sus consecuencias en otras sedes³³.

En la misma línea, la FNE ha señalado que cuando la actuación de un OAE no esté expresamente amparada por una ley o contravenga la normativa de libre competencia, a pesar de que la legislación sectorial le otorgue espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabe cuestionar la legalidad de dicha actuación ante el TDLC³⁴.

Adicionalmente, ha agregado la FNE que, cuando el legislador establece un objetivo de política pública, sin especificar cómo

debe alcanzarse, corresponde al OAE determinar la forma de implementar dicha orden legislativa, utilizando su potestad discrecional. Sin embargo, las decisiones tomadas por el OAE, bajo esta potestad discrecional, podrán ser objeto de investigación por parte de la FNE y de sanción por el TDLC, toda vez que podrían constituir un atentado a la libre competencia³⁵. Igualmente, esas decisiones también podrán ser objeto de demanda por un actor distinto de la FNE.

Por su parte, la FNE ha señalado que las decisiones³⁶ de los OAE ejercen una influencia significativa sobre otros agentes económicos, lo que puede repercutir directamente en la competencia del mercado y afectar el bienestar de los consumidores o, agregamos nosotros, también puede afectar el bienestar de los productores (como veremos al comentar el caso Celulink resuelto por el TDLC en 2009). Por ello, es especialmente importante que los OAE consideren los potenciales impactos de sus decisiones en la libre competencia³⁷.

Estas consideraciones son fundamentales para evaluar el desempeño de los reguladores. Como indica Nehme (2011):

(...) Resulta especialmente relevante el rol que los reguladores sectoriales pueden asumir al definir las condiciones de entrada a los mercados que regulan, con lo que sus acciones u omisiones pueden afectar directamente la estructura presente y futura, el número de competidores y el nivel de competencia en tales mercados.

Esto se agrava cuando los diseños institucionales facilitan la interacción permanente entre regulador y regulado, permitiendo que se produzcan indeseados efectos de *captura* del regulador y otras *fallas* de la regulación³⁸ (...).

En este contexto, siguiendo a Nehme (2011), se ha identificado reglas exigibles a los OAE que ejercen potestades reguladoras, con fundamento en la jurisprudencia del TDLC, que alcanza ya dos décadas, a saber: (i) es im-

³² Nehme 2011, 319.

³³ Nehme 2011, 367.

³⁴ Fiscalía Nacional Económica 2012, 5.

³⁵ Fiscalía Nacional Económica 2012, 8-12.

³⁶ Ya sea actuando como agentes económicos, mediante la adquisición de bienes o servicios; así como, en la ejecución de planes y programas propios de sus funciones, o en el ejercicio su potestad normativa y regulatoria. Fiscalía Nacional Económica 2012, 4.

³⁷ Fiscalía Nacional Económica 2012, 4.

³⁸ Nehme 2011, 323. Agrega Nehme que el resultado de ello es que "una regulación puede tender a favorecer una menor competencia en el mercado, protegiendo a los actores preexistentes, en directo perjuicio de los beneficiarios esperados de la regulación (...)"

perativo que, ante la existencia de dos interpretaciones posibles de la normativa, el OAE opte siempre por aquella que favorezca la competencia; (ii) los OAE deben evitar incurrir en acciones que contengan un “componente anticompetitivo relevante” o que limiten innecesariamente la competencia en el mercado; (iii) en situaciones en donde el OAE esté encargado de asignar insumos esenciales y escasos, debe buscar el mecanismo más propicio para fomentar un entorno lo más competitivo posible; y (iv) si, existiendo un mecanismo eficaz de coordinación, el OAE no consulta a los órganos de defensa de la libre competencia o no se ajusta a las normas del DL 211, entonces ese OAE estará legitimado para enfrentar responsabilidades en un proceso contencioso o no contencioso desarrollado ante el TDLC³⁹.

A continuación, destacamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales ilustrativos de este enfoque.

- i) Caso Celulink⁴⁰ Sentencia 88 de 2009, del TDLC.

En este pronunciamiento, el TDLC confirmó su competencia para sancionar hechos que infringieron el DL 211, concretamente, el estrangulamiento de márgenes que aplicó Movistar a las empresas Celulink, vendiéndoles más caro únicamente a ellas las tarjetas de telefonía móvil requeridas como insumo para prestar el servicio celulink. Lo anterior fue resuelto aun cuando dichas empresas de Celulink, en opinión del OAE o regulador sectorial (la Subsecretaría de Telecomunicaciones o “Subtel”), habían infringido la regulación sectorial al no obtener una concesión de servicio público telefónico móvil de reventa para prestar el servicio celulink.

En su Sentencia 88, el TDLC ponderó la restricción del excedente legítimo de los pro-

³⁹ Nehme 2011, 367-368.

⁴⁰ En sus considerandos séptimo a duodécimo, la Sentencia N°88 explicó que el servicio celulink, ofrecido por las demandantes (“empresas Celulink”), permitía que una llamada iniciada en un equipo telefónico fijo con destino a un teléfono móvil, se gestionaba por un equipo conversor, y terminaba en la misma red móvil de destino de la llamada; en donde el equipo conversor tenía la capacidad de identificar la red móvil de destino de la llamada, de modo que siempre la conversión se hacía para que la llamada se originara en la misma red de la compañía móvil en cuya red terminaba esa llamada. El beneficio de la conversión era que se trataba siempre de una llamada móvil On Net, la cual no devengaba el pago de cargos de acceso a la compañía móvil de origen de la llamada. Ese beneficio se traspasaba a la tarifa de clientes corporativos quienes, debido a su alto tráfico desde equipos telefónicos fijos a móviles, contrataban el servicio celulink; pp. 41-42.

ductores⁴¹, en este caso las empresas Celulink, cuestionando la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Subtel, mediante la prohibición integral de desarrollar una actividad económica (el servicio Celulink), surgida espontáneamente en base a un mercado real, voluntario y no clandestino de oferentes y demandantes⁴².

- ii) Requerimiento de la FNE en contra de la Dirección General de Aguas (“DGA”)⁴³.

En este caso, la FNE imputó a un OAE actuaciones que infringían la normativa del DL 211. Específicamente requirió a la DGA, por no cumplir oportuna y adecuadamente su obligación de informar a la FNE las transferencias de derechos de aprovechamiento de agua aptos para generación hidroeléctrica, con lo cual se obstruía el trabajo preventivo de la FNE para asegurar que la asignación de esos derechos se hiciera respetando la libre competencia y, consecuentemente, se posibilitaba el potencial despliegue de conductas anticompetitivas de los incumbentes a través de la creación de barreras artificiales a la entrada del mercado de generación.

Al respecto, el TDLC aprobó el acuerdo conciliatorio alcanzado por la FNE y la DGA⁴⁴, en cuyo marco la DGA, además de reconocer que había incurrido en el incumplimiento reprochado por la FNE, entre otras medidas, se obligó a realizar inversiones evaluadas en 400 millones de pesos y a pagar las costas en que debió incurrir la FNE⁴⁵.

- iii) Sentencia de la Corte Suprema en el caso WSP Servicios Postales (“WSP”) en contra de la Superintendencia de Servicios de Salud, iniciado ante el TDLC⁴⁶.

La conducta imputada al OAE, en este caso la Superintendencia de Servicios de Salud (“Superintendencia”), como infractora del artículo

⁴¹ Considerandos Septuagésimo octavo y Centésimo quincuagésimo octavo. Señaló el TDLC que dicho excedente estaba compuesto por los minutos que hubiesen vendido las empresas de celulink a sus clientes, valorados de acuerdo con la diferencia entre (i) los precios que ellas pagaban originalmente (a nivel mayorista) a las empresas de telefonía móvil y (ii) los precios que ellas cobraban a sus propios clientes finales. Sentencia 88 de 2009; TDLC.

⁴² Considerandos Septuagésimo octavo y Septuagésimo noveno. Sentencia 88 de 2009; TDLC.

⁴³ Rol C N°235-11; TDLC.

⁴⁴ Resolución de 1 de diciembre de 2011.

⁴⁵ Comunicado de la FNE; disponible en: <https://www.fne.gob.cl/dga-se-obliga-a-realizar-inversiones-avaluadas-en-400-millones-de-pesos-por-conciliacion-con-fne/> [fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2024].

⁴⁶ Rol C N°297-15. TDLC.

3 del DL 211, consistió en haber dictado actos administrativos que dispusieron que las cartas certificadas que las ISAPRES envían, por mandato legal, a sus afiliados, debían ser remitidas exclusivamente por Correos de Chile.

Si bien la Sentencia 152 de 2016 del TDLC rechazó la demanda, la Corte Suprema, mediante la sentencia de 4 de octubre de 2017⁴⁷ acogió la demanda en contra de la Superintendencia, declarando modificados los actos administrativos impugnados, a fin de que dichas cartas pudieran ser expedidas también por empresas de correo privado que cumplieran las disposiciones legales.

Que se haya acogido la demanda por la Corte Suprema fue consecuencia de que los actos administrativos de la Superintendencia infringieron el DL 211.

IV. Carácter crítico del efecto disuasivo de la sanción y demás medidas aplicadas por el TDLC frente a una infracción del DL 211

Dada la naturaleza expansiva de los efectos de una conducta anticompetitiva, si ella no es perseguida o si es sancionada benévolamente, existe el riesgo real y gravísimo de que ella sea imitada por otros actores o, si se trata de una actuación de un OAE que infringe el DL 211, el riesgo se traduce en que dicha actuación del OAE sea nuevamente usada en el futuro como un medio eficaz para la consecución de restricciones a la competencia en un determinado mercado. Por ende, es crítico que las medidas dispuestas por el TDLC, incluida la sanción al autor del acto, generen un efecto disuasivo sustancial.

Al respecto el TDLC ha señalado que la sanción que se impone a quien infringe la normativa de libre competencia debe ser de tal severidad que, en definitiva, implique para el infractor un costo mayor que el beneficio que espera obtener del mismo⁴⁸.

Ahora, si bien un OAE no obtiene un beneficio económico cuantificable al infringir el DL 211, como puede ocurrir con un regulador sectorial, igualmente existen otras dimensiones para cuantificar la multa que sí resultan aplicables a un OAE, y cuya aplicación dependerá de las particularidades de la infracción acreditada en el caso concreto.

⁴⁷ Rol N°47.555-2016. Corte Suprema de Justicia.

⁴⁸ Considerando Centésimo quincuagésimo cuarto. Sentencia 88 de 2009. TDLC.

Así, frente a un acto de un OAE, sancionado por infringir el DL 211, el TDLC dispone de potestad para aplicar, entre otras medidas⁴⁹:

i) Modificar o poner término al acto o sistema que sea contrario a las disposiciones del DL 211;

ii) En el caso que el OAE no tenga ventas ni beneficio económico asociado a la infracción, el TDLC le puede aplicar una multa a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 60.000 unidades tributarias anuales o UTA⁵⁰ (a esta fecha del orden de \$47.923.920.000 o 51,4 millones de dólares).

Para la determinación de la cuantía de la multa, el artículo 26 del DL 211 establece al menos cuatro dimensiones que resultarán aplicables al evaluar el comportamiento específico del OAE infractor, en el caso concreto: (i) la gravedad de la conducta; (ii) el efecto disuasivo; (iii) la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones al DL 211; y (iv) la colaboración que el OAE haya prestado a la FNE antes o durante la investigación.

V. Conclusiones

Al resguardar el bien jurídico de la libre competencia, el TDLC actúa como garante de la eficiencia económica y del bienestar social en los mercados.

Al restablecer el equilibrio competitivo frente a actos que infringen el DL 211, el TDLC asegura dos tipos de eficiencia, la asignativa y la productiva, beneficiando a todos los actores del mercado, tanto a productores como a consumidores.

El TDLC es competente para resolver todo tipo de impugnaciones relacionadas con actos que afecten la libre competencia en mercados regulados y no regulados. Esto incluye la revisión de actos de OAE, dictado en ejercicio de potestades discrecionales, en el sentido de evaluar si estos restringen, actual

⁴⁹ Artículo 26 del DL 211.

⁵⁰ La magnitud de las multas aplicables por el TDLC, según lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, ha sido diseñada para disuadir eficazmente comportamientos que restrinjan el bien jurídico libre competencia. Sus montos no son necesariamente fijos, a diferencia de la regulación que actualmente rige para las sanciones que pueden aplicar fiscalizadores sectoriales como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (con un máximo de 10.000 UTA para infracciones gravísimas) o la Superintendencia de Servicios Sanitarios (con un máximo de 10.000 UTA en caso de incumplirse el programa de desarrollo del prestador de servicios sanitarios).

o potencialmente, la libre competencia en un mercado determinado.

Existen precedentes jurisprudenciales consolidados en donde se ha exigido a los OAE actuaciones pro competitivas cuando ejercen potestades discrecionales.

Ante actos que restrinjan la competencia, actual o potencialmente, en un mercado regulado, sean de autoría de una empresa, o de una asociación gremial o de un OAE, el marco normativo del DL 211 dispone de las potestades idóneas para dejar sin efecto el acto y aplicar la o las sanciones más adecuadas, según la naturaleza de los efectos de la conducta infractora de que se trate, debiendo lograrse primordialmente un efecto disuasivo para la no reiteración del acto.

Bibliografía citada

- Agostini, C. (2022). *Cálculo de Daños por Conductas Anticompetitivas: Consumidores*. Centro Competencia.
- Agüero, F. (2022). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso administrativo. Una forma de control judicial de la intervención estatal en la economía*. Ediciones DER.
- Bernstein, S. (1988). Competition, marginal costs tariffs and spot pricing in the Chilean electric power sector. *Energy Policy* 16 (4), 369 – 377.
- Galetovic, A. y Sanhueza, R. (2002). Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir? *Estudios Públicos* (85), 101 – 137.
- Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía del Sector Público y Libre Competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*.

Fiscalía Nacional Económica (2018). *Investigación de oficio por eventuales conductas anticompetitivas de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A.*

Nehme, N. (2011). Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thomson Reuters.

Normas citadas

- Constitución Política de Chile [Const.]. 11 de agosto de 1980 (Chile).
- Decreto N°1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. 18 de octubre de 2004.
- Decreto N°4/20018 de 2007 [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.

Jurisprudencia citada

- Sentencia N°88: Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A. (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de octubre de 2009 (Rol C-126-07).
- Demanda de Wsp Servicios Postales S.A. con Superintendencia De Salud (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2017 (Rol N°47.555-2016).
- Resolución N°57: Consulta de Watt's sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca. (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 09 de septiembre de 2019 (Rol NC-445-18).
- Sentencia N°152: Demanda de WSP Servicios Postales S.A. contra Superintendencia de Salud. (2016): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 30 de junio de 2016 (Rol C-297-15).

La atribución del Coordinador Eléctrico Nacional para proponer medidas o modificaciones normativas en el contexto de su función de monitoreo de la competencia

The National Electricity Coordinator's authority to propose measures or regulatory amendments within the framework of its competition monitoring function

Paulo Oyanedel Soto*
Nader Mufdi Guerra**

RESUMEN: En el marco de la función de monitoreo de la competencia que desarrolla el Coordinador Eléctrico Nacional se encuentra la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas. Este trabajo analiza tanto el sentido y alcance de esta atribución, así como la relación que presenta ésta con similares atribuciones con que cuentan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica, tanto desde la perspectiva de la teoría regulatoria, como de la institucionalidad del derecho de la competencia y el derecho administrativo chileno.

Palabras clave: Coordinador Eléctrico Nacional, monitoreo de la competencia, facultad propositiva, promoción de la competencia.

ABSTRACT: As part of its competition monitoring duties, the Electric Coordinator in Chile holds the authority to propose regulatory measures and legislative amendments. This paper examines both the scope and purpose of this authority, as well as its interplay with similar powers granted to the Competition Tribunal and the National Economic Prosecutor's Office. The analysis is framed within the context of regulatory theory, the institutional framework of competition law, and Chilean administrative law.

Keywords: Electric Coordinator in Chile, market monitoring, power to propose, competition advocacy.

Introducción

Como podría afirmarse respecto de cualquier mercado, la competencia es un aspecto fundamental para el adecuado desempeño de los mercados eléctricos. Sin embargo, dadas las particularidades de la electricidad y de la forma en que ésta es generada, transmitida y distribuida, suelen enfrentarse significativos desafíos para medir con precisión el poder

de mercado de los agentes económicos que desarrollan dichas actividades económicas, así como para detectar oportunamente la existencia de prácticas anticompetitivas. Para abordar estos desafíos, diversos países han implementado unidades de monitoreo de mercado, definiendo para tal efecto distintos diseños institucionales. Para el caso chileno, la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE") ha encomendado al Coordinador Eléctrico Nacional ("CEN") monitorear la competencia en el sector eléctrico¹.

En la práctica, la función de monitoreo de la competencia del CEN es ejecutada por su Unidad de Monitoreo de la Competencia ("UMC"), la que depende directamente del Consejo Directivo del CEN, de acuerdo con

* Paulo Oyanedel Soto es ingeniero civil industrial de la Universidad de Chile, Magíster en Economía Aplicada de la Universidad de Chile y Magíster en Gestión de Energías Renovables de la Universidad Adolfo Ibañez.

** Nader Mufdi Guerra es abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Cambridge, Máster en Ciencias (MSc) de la Regulación por la London School of Economics and Political Science, y profesor de Derecho de la Competencia y de Derecho Regulatorio en la Universidad Diego Portales.

¹ Artículo 72°-10, LGSE.

las normas establecidas en su Procedimiento Interno, el cual fue aprobado por dicho Consejo², en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 72°-4 de la LGSE³. En el marco de dicha función, el Decreto N°125 que aprueba Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional de 20 de diciembre de 2019 (“Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN”) le ha asignado al CEN la facultad de “proponer a las autoridades competentes medidas y/o modificaciones normativas que tiendan a mejorar el funcionamiento y la eficiencia de los mercados analizados y la libre competencia en ellos”⁴.

Si bien el CEN carece de las atribuciones típicas de los reguladores que operan bajo estrategias de comando y control –tales como la facultad de dictar normas de alcance general, la fiscalización y la imposición de sanciones⁵–, y no pertenece a la Administración del Estado, esta corporación autónoma de derecho público desempeña funciones que se enmarcan dentro de lo que la teoría regulatoria moderna ha entendido como actividades regulatorias⁶. Su función de monitoreo de la competencia, en general, y la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas, en específico, se encuentran dentro de la órbita de este tipo de actividades.

No obstante tratarse de una atribución fundamental para el cumplimiento de los fines de la función de monitoreo de la competencia del CEN, la facultad de efectuar propuestas de medidas y modificaciones normativas se ha mantenido prácticamente inexplorada a nivel doctrinario. El presente trabajo se plantea como el primer esfuerzo en esta exploración, con el propósito de contribuir al desarrollo de entendimientos que permitan que el ejercicio de esta atribución alcance su máxima potencialidad. Para tal efecto, en este documento se analiza el sentido y alcance de esta atribución,

que de aquí en más denominaremos atribución propositiva del CEN, así como sobre la relación que presenta ésta con similares atribuciones con que cuentan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), tanto desde la perspectiva de la teoría regulatoria, como de la institucionalidad del derecho de la competencia y el derecho administrativo chileno.

Atendido que la atribución propositiva del CEN forma parte de la función de monitoreo de la competencia, se evalúa primero la naturaleza jurídica de esta función, así como su relación con las atribuciones de las autoridades chilenas del derecho de la competencia. Más adelante, se analiza tanto la naturaleza de la atribución propositiva del CEN, como de las propuestas efectuadas en el ejercicio de esta atribución. Finalmente, se evalúan las ventajas y desventajas, desde la perspectiva de la teoría regulatoria, que conlleva el ejercicio de esta atribución por parte del CEN en comparación con el ejercicio de similares atribuciones del TDLC y la FNE.

I. La función de monitoreo de la competencia

1. Sentido y alcance de la función de monitoreo de la competencia del CEN

Desde una perspectiva de Derecho Administrativo, debe observarse que el mecanismo de monitoreo no se encuentra regulado en la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos (“LBPA”). No obstante, este mecanismo ha sido tradicionalmente considerado como una técnica de intervención administrativa orientada a la recolección de información, en consonancia con la función de vigilancia y control continuo del cumplimiento de leyes y reglamentos por parte de los administrados. De este modo, a partir del monitoreo se actúa como garante del interés público mediante la supervisión y corrección de posibles incumplimientos⁷, resultando, por tanto, fundamental comprender la finalidad del monitoreo y su alcance en cada contexto particular.

En cuanto a la finalidad de la función de monitoreo de la competencia del CEN, el artículo 72°-10 de la LGSE establece que ésta tiene como objetivo garantizar los principios de coordinación del sistema eléctrico, definidos

² Acta del Consejo Directivo del CEN, Sesión Extraordinaria N°6/2018, de 29 de junio de 2018.

³ El artículo 72°-4 de la LGSE establece que “Para su funcionamiento el Coordinador podrá definir procedimientos internos, los que 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”.

⁴ Reglamento de Coordinación y Operación del SEN, artículo 190.

⁵ BALDWIN et al. 2011, 106-111.

⁶ BLACK 2001.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA 2009.

en el artículo 72°-1 del mismo cuerpo normativo, es decir, preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, asegurar la operación más económica para el conjunto de instalaciones del sistema, y garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad con lo dispuesto en la ley.

Al examinar los antecedentes de la discusión legislativa que precedió la promulgación de la Ley N° 20.936, no se advierte un debate significativo respecto de esta definición de objetivos⁸, ni sobre el alcance de dicha función.

A nivel doctrinario se ha planteado que con la creación de esta función, el Legislador confirió al CEN el rol de "agencia vigilante de la libre competencia", una función que previamente no existía para los centros de despacho económico de carga, y cuyo alcance debería abarcar todos los ámbitos de intercambio económico dentro del mercado eléctrico⁹. Se ha sostenido además que esta función "se enmarca, además, dentro de un contexto más amplio de reconocimiento paulatino y creciente de la importancia de la libre competencia en el mercado eléctrico"¹⁰.

En la práctica, la función de monitoreo de la competencia del CEN es ejecutada por la UMC, de acuerdo con las normas establecidas en su Procedimiento Interno, el cual fue aprobado por el Consejo Directivo del CEN¹¹, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 72°-4 de la LGSE¹². Estas normas eminentemente procedimentales son complementadas por lo dispuesto en Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN, en cuyo artículo 185 se definen los aspectos que debe considerar el CEN para el desarrollo de su función de monitoreo, delimitando así el alcance sustantivo de la función en comento¹³.

⁸ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

⁹ BARRÍA y CERDA 2018, 132.

¹⁰ VALDÉS ROJAS 2018, 96.

¹¹ Acta del Consejo Directivo del CEN, Sesión Extraordinaria N°6/2018, de 29 de junio de 2018.

¹² El artículo 72°-4 de la LGSE establece que "Para su funcionamiento el Coordinador podrá definir procedimientos internos, los que 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".

¹³ El artículo 185 del Reglamento de la Coordinación y Operación del SEN, establece que para cumplir con la finalidad asignada a la función de monitoreo, el CEN

En cuanto al alcance formal de la función de monitoreo de la competencia, el artículo 72°-10, inciso segundo, de la LGSE, establece que el CEN, "en caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia" tiene el deber de ponerlas en conocimiento de la FNE "o de las autoridades que corresponda".

A partir de lo anterior, es posible concluir que la función de monitoreo de la competencia del CEN implica tanto el desarrollo de observaciones preventivas y de *advocacy*, como de actividades cuasi fiscalizadoras.

2. La interacción de la función de monitoreo del CEN y las autoridades de la institucionalidad del derecho de la competencia en Chile

En lo que respecta a la forma en que interactuaría la función de monitoreo de la competencia del CEN con las atribuciones de la FNE y del TDLC, como se ha indicado, el artículo 72°-10, inciso segundo, de la LGSE, establece que "en caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia" el CEN tiene el deber de ponerlas en conocimiento de la FNE "o de las autoridades que corresponda."

Nuevamente, al revisar la discusión legislativa que antecedió la Ley N° 20.936, no se observa mayor discusión sobre este punto, con la excepción de una referencia a que el monitoreo implicaría "un desafío en la frontera de las facultades de la FNE"¹⁴.

Por otro lado, el artículo 189 del Reglamento de Coordinación y Operación del SEN, establece que, en cumplimiento del deber de puesta en conocimiento de la FNE, el CEN debe acompañarle "toda la información y análisis que estime necesarios para una mejor comprensión de la conducta que represente un posible atentado contra la libre competencia". Adicionalmente, la misma norma indica que el CEN debe poner a disposición del TDLC, la FNE, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC") o de la autoridad correspondiente, "toda la información

debe considerar, al menos, los siguientes aspectos: la estructura de mercado en el sector eléctrico, el desempeño económico de los agentes en el sector eléctrico, la información de insumos para la generación eléctrica, información técnica en el sector eléctrico, la operación en tiempo real, la interacción entre agentes del sistema y análisis de procesos licitatorios.

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.936, 123.

que, en el ámbito de su competencia, dichas autoridades le requieran para el desarrollo de sus funciones”.

Sobre la relación en comento, se ha sostenido que, a partir de la función de monitoreo de la competencia, el CEN actuaría como un “(...) verdadero colaborador de las autoridades de libre competencia (...)”¹⁵.

Dado que el Decreto Ley N° 211 ha otorgado a la FNE y al TDLC potestades aplicables de manera transversal a todos los sectores de la economía para resguardar la libre competencia, cabe concluir que, al menos en lo relativo a las facultades de prevención y *advocacy* de la FNE, y parcialmente en lo concerniente a sus atribuciones de investigación, el Legislador ha asignado potestades concurrentes a distintas entidades.

Esta particular configuración es conocida en derecho comparado como delegaciones duplicadas¹⁶ o delegaciones fragmentadas, “situaciones en las cuales diferentes agencias regulatorias cuenta con autoridad necesaria para enfrentar distintos aspectos de una problemática más grande”¹⁷. En el derecho administrativo chileno, ellas se conocen como “competencias concurrentes o colindantes”¹⁸.

Se ha sostenido que la justificación para esta configuración de delegación duplicada radica en que el CEN cuenta con especial conocimiento técnico y una posición privilegiada posición, que le permite acceder oportunamente a información relevante, así como analizar situaciones relacionadas con el funcionamiento de los mercados eléctricos, a las que la FNE, ni el TDLC podrían acceder fácilmente¹⁹.

Como contrapartida a las ventajas que justifican este tipo de configuración institucional, tal estructura puede dar lugar a solapamientos en las atribuciones de las distintas entidades regulatorias²⁰, lo que puede implicar problemas su ejercicio, incluyendo limitaciones a la claridad de la regulación en sí misma²¹, mayor complejidad para los marcos regulatorios²², y eventuales conflictos entre las

intervenciones regulatorias que se encuentran traslapadas²³.

II. Naturaleza de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

La relevancia de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

El artículo 190, inciso primero, del Reglamento de Coordinación y Operación del SEN establece que, en el ejercicio de la función de monitoreo de la competencia, el CEN “podrá proponer a las autoridades competentes medidas y/o modificaciones normativas que tiendan a mejorar el funcionamiento y la eficiencia de los mercados analizados y la libre competencia en ellos”. Se trata de una atribución fundamental para el cumplimiento de los fines de la función de monitoreo de la competencia del CEN.

En relación con la relevancia de esta atribución, debe observarse que al revisar la normativa eléctrica, se evidencia que el CEN carecería de atribuciones para dictar normas de carácter general. Si bien se ha discutido sobre si la atribución del Consejo Directivo de dictar procedimientos internos, establecida en el artículo 72°-4 de la LGSE, podría implicar fuente de normativa de alcance general (por ejemplo, en los dictámenes Panel de Expertos de la LGSE N° 19/2021 y N° 26/2021), lo cierto es que al revisar la discusión del proyecto de ley antecedente de la Ley N° 20.936, se aprecia una decisión deliberada en el sentido contrario.

En concreto, consta que la versión original del proyecto de ley antedicho buscaba dotar al CEN de la facultad de dictar procedimientos técnicos, pero a partir de una indicación de un grupo de diputados, dicha facultad fue sustituida por la de dictar procedimientos internos, lo que se justificó en la necesidad de precisar los roles de la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) y del CEN, “de forma de evitar superposición de regulaciones, entregando al primero expresas funciones de regulación en diversos ámbitos de funcionamiento del sector eléctrico, [...] y acotando las funciones normativas del Coordinador Eléctrico Nacional a la denominada normativa interna”²⁴.

Además de la limitación para dictar normas de alcance general, el contenido de los

¹⁵ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

¹⁶ MARISAM 2010, 187.

¹⁷ FREEMAN y ROSSI 2012, 1134.

¹⁸ VALDIVIA 2018, 42.

¹⁹ VALDÉS ROJAS 2018, 101.

²⁰ AHDIEH 2006, 864.

²¹ ROBB et al 2023, 1146.

²² KAISER 2011, 6.

²³ AAGAARD 2011, 287.

²⁴ MARDONES 2022, 23.

procedimientos internos enfrenta como límite explícito el que éstos deben ajustarse a las disposiciones de la LGSE, el reglamento, las normas técnicas que dicte la CNE y demás normativa vigente, según lo dispone el artículo 30 del Decreto N° 52/2018 del Ministerio de Energía, que Aprueba el Reglamento del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional.

Como correlato a ello, además de la CNE, tanto el Ministerio de Energía, como la SEC, cuentan con atribuciones para dictar normas generales de distinto rango. Normativa que, por cierto, podría incidir en el desempeño competitivo de los mercados eléctricos.

Así las cosas, frente a la carencia del CEN de atribuciones normativas claras y al hecho que el resto de las entidades regulatorias del sector eléctrico cuentan con este tipo de atribuciones, la posibilidad de incidir en el contenido de cuerpos normativos fruto del ejercicio de tales atribuciones, se torna indispensable para corregir imperfecciones que pudiera presentar la normativa aplicable a distintos ámbitos de los mercados eléctricos, o la ausencia de ésta, y que podría incidir en los niveles de competencia de tales mercados.

1. La naturaleza de la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas

Sobre la naturaleza de esta atribución, debe observarse, en primer lugar, que ésta cabe dentro de la categoría de lo que a nivel comparado se denomina *competition advocacy*, es decir, actividades llevadas a cabo por entidades regulatorias "respecto de la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas mediante mecanismos no coercitivos, principalmente a través de sus relaciones con otras entidades regulatorias y aumentando la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia"²⁵. Más ampliamente, este tipo de atribuciones pueden ser comprendidas dentro del ámbito de la teoría regulatoria se ha denominado *joined-up government*, categoría que comprende distintos mecanismos a través de los cuales se busca alinear actividades de organizaciones formalmente separadas hacia objetivos particulares de política pública²⁶; en el presente caso, el incremento de los niveles de competencia en los mercados eléctricos.

²⁵ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK 2002, 25.

²⁶ LING 2002, 616.

Desde el punto de vista del derecho administrativo chileno, este tipo de instancias de actuación entre órganos deben ser comprendidas a la luz del principio de coordinación administrativa, el que se encuentra consagrado en el artículo 3 y 5 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En relación con este principio se ha dicho que, "atañe a la disposición metódica y racional de las actividades que desarrollan los órganos administrativos, individualmente y en su conjunto, para el cumplimiento más eficiente y eficaz de la función administrativa y la mayor satisfacción de las necesidades colectivas a cargo del Estado, con el menor costo financiero y social posible"²⁷. Más específicamente, la coordinación administrativa requiere ser entendida "como la fijación de medios y de sistemas de relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos, respecto de los cuales el sistema legal desea que se realicen acciones conjuntas entre las diversas entidades, de manera que se obtenga un acto de contenido integrado o global, de manera de evitar duplicidad, disfuncionalidad y se obtengan resultados efectivos y eficientes en un proceder determinado"²⁸.

Llegado a este punto, debe recordarse que la coordinación en este ámbito no es una mera recomendación, sino un verdadero deber, según lo ha dictaminado la Contraloría General de la República. En este sentido, la entidad contralora observa que "el ordenamiento jurídico impone [la coordinación] a los entes públicos, con independencia del carácter autónomo, personificado o centralizado de que estén revestidos, para que estos la ejecuten en el estricto marco de la competencia que a cada uno le corresponde y, en esta perspectiva, se trata de un principio general que informa toda la organización administrativa."²⁹

2. La naturaleza de las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN y la reacción de los destinatarios de éstas

Una manifestación del principio de coordinación administrativo es el deber que pesa sobre los órganos de la Administración al "evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano" de remitir los antece-

²⁷ CALDERA 1987, 169-170.

²⁸ CORDERO VEGA 2015, 204.

²⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 91.166/2014. En similar sentido, Dictamen N°61.224/2016.

dentes de dicho acto a tal órgano, “y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación”, establecido en el artículo 37 bis de la LBPA. Esta regla es útil para determinar por analogía el efecto que podría pretenderse de la atribución del CEN para efectuar proponer medidas y/o modificaciones normativas en el marco de su función de monitoreo de la competencia.

En este sentido, al menos desde un punto de vista formal, las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN en el marco de su función de monitoreo de la competencia parecen acercarse a los informes que, para el caso mencionado en el párrafo anterior, y en general para la resolución de cualquier procedimiento administrativo, debe solicitarse por el órgano a cargo de la instrucción de tal procedimiento, según dispone el artículo 37 de la LBPA.

Tanto las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas como los informes antes referidos operan como documentos remitidos por una entidad regulatoria a otra, que contemplan la opinión fundada del emisor respecto del curso de acción de la entidad regulatoria (u órgano público) receptora de la misma. La diferencia es que los informes del artículo 37 de la LBPA son solicitados por la entidad receptora, y las propuestas de medidas y/o modificaciones normativas del CEN no son solicitadas por sus destinatarios.

Dicho lo anterior, es necesario observar que el artículo 38 de la LBPA establece que, por regla general, los informes serán facultativos y no vinculantes. Sobre este punto, se ha indicado que “el carácter facultativo de un informe equivale a discrecional y se opone a reglado o de requerimiento obligatorio”³⁰. Por su parte, la naturaleza no vinculante del informe, “dice relación con que su contenido no obliga al órgano a dictar el acto final en los mismos términos”³¹. Así las cosas, por analogía, debe concluirse que las propuestas efectuadas en el marco de la atribución propositiva del CEN no podrían ser vinculantes para sus destinatarios, lo que resulta autoevidente si se observa que tal atribución ha sido definida usando la voz “propuesta”.

Sin perjuicio de lo anterior, y también por analogía, respecto de dicha atribución parece razonable la aplicación del mismo estándar de comportamiento requerido para los destinatarios de los informes a que se refiere el artículo 37 bis de la LBPA. Sobre este punto, la Contraloría General de la República ha dictaminado que es necesario “plasmear la valoración” del informe en el acto administrativo³², es decir, se deben dar motivos de la decisión de seguir o no con el curso de acción sugerido en el informe.

III. La atribución propositiva del CEN frente a similares atribuciones con que cuenta el TDLC y la FNE

1. Las atribuciones propositivas de las autoridades del derecho de la competencia en Chile

El artículo 18, N° 4, del Decreto Ley N°211, establece dentro de las atribuciones del TDLC la de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Ciertamente se trata de una potestad que no envuelve el ejercicio de jurisdicción, y a juicio de algunos tampoco constituiría una actividad de naturaleza administrativa³³. Constituiría así “una atribución sui generis, frecuentemente entregada en el derecho comparado a las agencias de competencia”³⁴, la que constituiría “una suerte de función contralora del orden jurídico en el nivel legal y reglamentario para evitar los monopolios de privilegio”³⁵.

El TDLC ha resuelto consistentemente que el ejercicio de esta facultad propositiva es de carácter privativo y discrecional de dicho tribunal³⁶. Adicionalmente, el TDLC ha razonado que “para resolver si es procedente promover una modificación normativa, se debe tomar en consideración los efectos que pueda

³⁰ ARANCIBIA et al 2023, 179.

³¹ ARANCIBIA et al 2023, 179.

³² Contraloría General de la República, Dictamen N°5.732/2020.

³³ VELOZO y GONZÁLEZ 2011, 59.

³⁴ VELOZO y GONZÁLEZ 2011, 59.

³⁵ VALDÉS PRIETO 2006, 295.

³⁶ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 27/2021, ¶. 83.

tener dicha proposición, tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador³⁷.

Por su parte, el artículo 39, letra p) del Decreto Ley N° 211, que la FNE puede realizar estudios de mercado, pudiendo ejercer para tal efecto la generalidad de sus atribuciones investigativas, “y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos”. La letra q) del mismo artículo faculta a la FNE para proponer al Presidente de la República, a través del ministro de Estado respectivo, “la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

Más allá de algunas diferencias procedimentales y respecto del deber de respuesta de los destinatarios de las propuestas, parece innegable que el Decreto Ley N° 211 otorga tanto a la FNE como al TDLC amplios márgenes para participar en procesos de elaboración de políticas públicas. En relación con este punto, el propio TDLC ha observado que, en el ejercicio de sus respectivas facultades propositivas “(...) las razones para plantear una reforma son amplias, pudiendo consistir tanto en la disconformidad de ciertas normas con la libre competencia, como en la existencia de vacíos normativos susceptibles de ser llenados para fomentar la competencia o regular ciertas actividades económicas que no se prestan en condiciones competitivas.”³⁸

No obstante la amplitud antes aludida, el mismo tribunal ha reconocido que su participación y el de la FNE “(...) en el proceso de elaboración de políticas públicas de competencia se encuentra acotada por los propios términos en los que les ha sido conferida la facultad propositiva”³⁹. Corolario de este aserto es que la facultad propositiva del TDLC no lo habilita para formular comentarios o recomendaciones a proyectos futuros, toda vez que el artículo 18

N° 4 del Decreto Ley N° 211 “(...) no confiere una autorización para participar u opinar en la preparación de una futura modificación o derogación de normas reglamentarias o legales, sin que este Tribunal haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo (quien está habilitado para hacerlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del H. Congreso Nacional).”⁴⁰

Adicionalmente, el TDLC también ha observado que su facultad propositiva “(...) se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella (lo que equivale, en cierta forma, a una notificación de la eventual propuesta por parte del Tribunal) (...)”⁴¹, concluyendo que en tales casos la facultad propositiva “no debe ser ejercida, aun cuando la emisión de juicios o la convocatoria a emitirlos pudiere llegar a estimarse conveniente desde la perspectiva de la libre competencia”⁴².

2. Comparación de las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE frente a la del CEN

En primer lugar, en cuanto a su naturaleza, las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE parecen presentar un carácter similar al de las propuestas efectuadas por el CEN en el cumplimiento de su función de monitoreo de la competencia. Es decir, formalmente presentarían características similares a la de los informes que regula el artículo 37 de la LBPA. En términos sustantivos, en ambos casos las propuestas se refieren a la adopción de cursos de acción para la dictación, modificación o derogación de normas de alcance general que pudieran incidir en el desempeño competitivo de los mercados.

Las únicas diferencias en este punto dicen relación con que la atribución propositiva del CEN se encuentra delimitada al ámbito de los mercados eléctricos, por un lado, y que ésta se extiende no sólo al ámbito normativo, sino que al de otras “medidas”. Este último aspecto implica una ventaja relevante de la atribución propositiva del CEN frente a sus equivalentes de las que son titulares el TDLC y

³⁷ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 17/2015, ¶. 119.

³⁸ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 4.

³⁹ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 5.

⁴⁰ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

⁴¹ TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

⁴² TDLC, Resolución de Término Expediente de Recomendación Normativa N° 24/2018, § IV., ¶. 8.

la FNE, puesto que le permitiría abordar falencias regulatorias que inciden en los niveles de competencia en el sector eléctrico incluyendo no sólo la modificación de normas.

En términos procedimentales, el CEN no cuenta con un procedimiento explícito para la formulación de sus recomendaciones, a diferencia de lo que acontece respecto de la atribución propositiva del TDLC, que sigue el denominado procedimiento no contencioso (regulado por el artículo 31 del Decreto Ley N° 211), en tanto que el ejercicio de la atribución propositiva de la FNE requiere el desarrollo de un estudio de mercado o de un procedimiento investigativo. Consecuencia de ello es que la atribución propositiva del CEN presenta ventajas significativas en términos de oportunidad, atendido el tiempo que suelen tomar los procedimientos no contenciosos del TDLC, y el desarrollo de estudios de mercado y de investigaciones por parte de la FNE.

También en el ámbito procedimental, una diferencia significativa frente a las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE, es que, más allá de sus facultades para solicitar antecedentes a los coordinados, el CEN carece del resto de las atribuciones investigativas con que cuenta la FNE, y para recabar antecedentes con que cuenta el TDLC respecto de entes públicos y particulares, en tanto tribunal de la República, que permitirían análisis más contundentes respecto de las respectivas recomendaciones.

Por otro lado, la atribución del CEN para proponer medidas y/o modificaciones normativas parece gozar de ventajas significativas en términos de eficiencia procedimental frente a la posibilidad de que el TDLC y la FNE ejerzan similares atribuciones respecto de deficiencias regulatorias que afecten la competencia en el sector eléctrico. Ello se debe, por un lado, al acceso a la información y nivel de especialización técnica que presenta el CEN en estos mercados y su regulación, y por otro, al hecho de que dentro de la función de monitoreo de la competencia, de la que la atribución en comento es parte, se encuentra el análisis permanente de las distintas variables competitivas de los mercados de la industria eléctrica, permitiéndole al CEN efectuar propuestas a menores costos de los implicados en el ejercicio de las atribuciones propositivas del TDLC y la FNE. En otras palabras, como organismo técnico especializado el CEN tiene una mirada directa, de día a día, de los distintos supuestos que podrían incidir en el correcto funcionamiento de los mercados de la energía y de las

variables que inciden en estos, lo que deriva en eficiencias significativas para el ejercicio de su facultad propositiva.

Más allá de las eficiencias, en el ámbito de las recomendaciones interinstitucionales, como lo son las facultades propositivas sobre las que se viene discutiendo, el nivel de especialización del autor de la propuesta juega un rol fundamental en la posibilidad de que ésta sea acogida⁴³, lo que se traduce en una ventaja adicional de la atribución propositiva del CEN, frente a similares atribuciones del TDLC y la FNE.

Por otro lado, a diferencia de las limitaciones que enfrentan las facultades propositivas del TDLC y la FNE, según lo ha razonado dicho tribunal, el CEN puede efectuar propuestas de medidas y/o modificaciones normativas incluso respecto de proyectos de ley futuros aunque no haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. Del mismo modo, a diferencia de las limitaciones que enfrentarían las atribuciones propositivas de las autoridades del derecho de la competencia, la facultad propositiva del CEN no se tornaría inoficiosa o inconducente en el evento de que con anterioridad a la propuesta el Ejecutivo se pronuncie de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella, lo que se desprende de su carácter autónomo.

IV. Conclusión

A partir de lo analizado a lo largo de este documento, es posible concluir que la función de monitoreo de la competencia del CEN implica tanto el desarrollo de observaciones preventivas y de *advocacy*, como de actividades cuasi fiscalizadoras.

Dado que la FNE y al TDLC cuentan con potestades aplicables de manera transversal a todos los sectores de la economía para resguardar la libre competencia, al menos en lo relativo a las facultades de prevención y *advocacy* de la FNE, y parcialmente en lo concerniente a sus atribuciones de investigación, el Legislador parece haber asignado potestades concurrentes a distintas entidades.

La atribución propositiva del CEN resulta esencial para el cumplimiento de la función de monitoreo de la competencia del CEN, atendido que éste carecería de atribuciones norma-

⁴³ MARISAM 2012, 202.

tivas propiamente tales, que su atribución de dictar procedimientos internos está limitada por normas dictadas por el resto de las entidades regulatorias del sector eléctrico, y que las normas dictadas por tales entidades regulatorias podrían ser fuente de efectos negativos al desempeño competitivo de los mercados del sector eléctrico. Así, la única alternativa con la que contaría el CEN para intentar resolver tales defectos regulatorios sería, precisamente, el ejercicio de su facultad propositiva.

En cuanto a su naturaleza, la atribución propositiva del CEN cabe dentro de la categoría de lo que a nivel comparado se denomina *competition advocacy*, así como de lo que en teoría regulatoria configura el *joined-up government*. Por otro lado, y sin perjuicio de que el CEN no forma parte de la Administración del Estado, esta atribución se enmarca dentro de un entendimiento amplio del principio de coordinación administrativa. En cuanto a la naturaleza de las propuestas en sí mismas, al menos desde un punto de vista formal, éstas parecen acercarse a los informes a que se refiere el artículo 37 de la LBPA.

Finalmente, más allá de sus similitudes, la atribución propositiva del CEN envuelve significativas ventajas para el sector eléctrico en comparación con similares atribuciones con que cuentan las autoridades del derecho de la competencia

Bibliografía citada

- Aagaard, T. (2011). Regulatory Overlap, Overlapping Legal Fields, and Statutory Discontinuities. *Virginia Environmental Law Journal* 29 (3), 237 – 303.
- Ahdieh, R. (2006). Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review* 38 (5), 863 – 927.
- Arancibia Mattar, J., Flores Rivas, J. C., y Gómez González, F. (2023). *Acto y procedimiento administrativo: Análisis normativo, dogmático y jurisprudencial a veinte años de la Ley N° 19.880*. DER ediciones.
- Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M. (2011). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press.
- Barría, C., y Cerda, M. P. (2018). Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (26), 131 – 161.
- Black, J. (2001). Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World. *Current Legal Problems* 54 (1), 103 – 146.
- Caldera Delgado, H. (1987). Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. *Revista de Derecho Público* (41/42), 165 – 172.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Legal Publishing.
- Freeman, J. y Rossi, J. (2012). Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review* 125 (5), 1131 – 1211.
- Advocacy Working Group (2002). *Advocacy and Competition Policy*. International Competition Network.
- Kaiser, F. M. (2011). *Interagency Collaborative Arrangements and Activities: Types, Rationales, Considerations*. Congressional Research Service.
- Ling, T. (2002). Delivering joined-up government in the UK: Dimensions, issues and problems. *Public Administration* 80 (4), 615 – 642.
- Mardones Osorio, M. (2022). Sistema de fuentes en el sector eléctrico. *Revista de Derecho Económico* 79 (2), 201 – 225.
- Marisam, J. (2010). Duplicative Delegations. *Administrative Law Review* 63 (2), 181 – 244.
- Marisam, J. (2012). Interagency Administration. *Arizona State Law Journal* 45, 183 – 231.
- Robb, L., Candy, T., y Deane, F. (2023). Regulatory overlap: A systematic quantitative literature review. *Regulation & Governance* 17 (4), 1131 – 1151.
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Valdés Rojas, J. S. (2018). El rol del nuevo Coordinador Eléctrico Nacional en su misión de monitorear las condiciones de competencia en el mercado eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (26), 95 – 115.
- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Veloza, J., y González, D. (2011). Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Thomson Reuters.

Distribución, mantenimiento y realismo mágico: El extraño caso de jibarización del artículo 57 de la Ley General de Servicios Eléctricos

Distribution, Maintenance, and Magical Realism: The Strange Case of the Diminishment of Article 57 of the General Law on Electric Services

Ernesto Olivares Rodríguez*

RESUMEN: El presente trabajo problematiza la forma tradicional de determinar la *gestión del riesgo* y atribuir responsabilidad al concesionario del servicio público eléctrico frente a eventos de la naturaleza y actos de terceros que dañan las instalaciones eléctricas y afectan la calidad y continuidad del suministro, proponiendo una solución matizada con base en la actual normativa sectorial y, en especial, en el reciente Oficio Circular de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles N°204702, publicado con fecha 27 de diciembre de 2023.

Palabras clave: instalaciones eléctricas, mantenimiento, gestión del riesgo, franja eléctrica.

ABSTRACT: This study critically examines the traditional approach to determining risk management and attributing liability to the concessionaire of the public electricity service in the context of natural events and third-party actions that damage electrical installations and affect the quality and continuity of supply. It proposes a nuanced solution grounded in current sector-specific regulations and, notably, the recent Circular Memorandum issued by the Superintendency of Electricity and Fuels No. 204.702, published on December 27, 2023.

Keywords: *electrical installations, maintenance, risk management, electrical easement zone.*

I. Planteamiento del problema

La conducta o el evento de la naturaleza que genera un daño a las instalaciones eléctricas afectando la calidad y continuidad del suministro, debiera ser objeto de un análisis crítico en relación a la forma tradicional de determinar a quién empece o quien tiene a su cargo la *gestión del riesgo* en tales supuestos, cuestión que influye decisivamente en la posterior atribución de responsabilidad y en la aplicación de sanciones al concesionario eléctrico por parte del regulador y de los Tribunales de Justicia.

Interesa, para estos efectos, problematizar las afectaciones o perturbaciones provenientes de plantaciones forestales emplazadas *dentro* o en *inmediaciones* de la franja de servidumbre eléctrica, teniendo en especial

consideración lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), que prohíbe perentoriamente lo siguiente: *"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, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 3° del artículo 54°. Si infringiere esta disposición o sus plantaciones o arboledas crecieren de modo que perturbaren dicho ejercicio, el titular de la servidumbre podrá subsanar la infracción a costa del dueño del suelo"*.

Revisemos un caso de común ocurrencia. Una tala de árboles ejecutada negligentemente por quienes, a su vez, realizaron previamente la plantación. El resultado es el desplome de un árbol exótico (eucaliptus) sobre una línea eléctrica, causando con ello la interrupción del servicio. Todo ello realizado en el marco de una actividad reglada, entre otros,

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal de la Universidad de Talca-Universitat Pompeu Fabra. Correo electrónico: ernesto@olivaresrodriguez.cl. Dirección postal: Avenida Vitacura 2939, oficina N° 803, Las Condes, Santiago, Chile. Código Postal N° 7550000.

por los respectivos Planes de Manejo Forestal¹ y, eventualmente, por las normas de la denominada Pauta de Prescripciones Técnicas elaborada por la Corporación Nacional Forestal².

Preliminarmente, se podría afirmar, con cierta razonabilidad, que la *gestión del riesgo* y el *daño* provocado a las instalaciones eléctricas es de cargo de quien ejecutó imprudentemente la actividad regulada de tala. Otra cosa distinta será determinar si el tiempo de reacción de la concesionaria eléctrica en la reposición del servicio fue óptimo o no; pero, más bien, esto corresponde a un asunto posterior, distinto, propio de la consecuencia del daño. Por lo tanto, lo primero es determinar quién debió gestionar el riesgo concretado en el daño a las instalaciones.

Sin embargo, nuestros Tribunales Superiores y el regulador han estimado que esta afirmación preliminar no es correcta. En concreto, la Excm. Corte Suprema, ante reclamos de ilegalidad formulados en contra de sanciones impuestas a concesionarios eléctricos por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) ha resuelto que *"todo concesionario de servicio público de transmisión eléctrica tiene la obligación de mantener sus instalaciones en buen estado, asegurando la continuidad del suministro. Tal obligación legal comprende la vigilancia y poda de árboles que amenacen por su altura u otras razones el tendido eléctrico concesionado, sea que se encuentren dentro o fuera de la franja de seguridad que es de responsabilidad del concesionario"*³. Por tanto, frente a casos de común ocurrencia, como el que se ha expuesto precedentemente, la gestión del riesgo recaerá *igualmente* sobre el concesionario eléctrico.

El paradigma normativo de este razonamiento -con más o menos variaciones- se desprende de los artículos 139 y 223 de la LGSE⁴;

artículos 205 y 218 del Reglamento de dicha Ley⁵; y en lo dispuesto en los Pliegos Técnicos Normativos (RPTD)⁶ N°07 (numerales 4.11 y 4.12)⁷ y N°15 (numerales 10.1.1 y 10.1.2)⁸.

⁵ Estos artículos disponen, respectivamente y en lo pertinente, que "Es deber de todo operador de instalaciones eléctricas en servicio, sean de generación, transporte o distribución, y de todo aquel que utilice instalaciones interiores, mantenerlas en buen estado de conservación y en condiciones de evitar peligro para las personas o daño en las cosas", y "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".

⁶ El 17 de marzo de 2021, entraron en vigor los denominados Pliegos Técnicos Normativos (Pliegos Técnicos o RPTD), derogándose la normativa contenida en el Reglamento de Instalaciones Eléctricas de Corrientes Fuertes (NSEG 5 E.n.71). Todo ello, conforme a lo dispuesto en la Resolución Exenta N°33.277, dictada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), de fecha 10 de septiembre de 2020, cuya vacancia fue de 180 días.

⁷ Este RPTD N°7 regula la "Franja y distancias de seguridad", preceptuando en los numerales 4.11 y 4.12, lo siguiente: (4.11) "El dueño de la línea eléctrica deberá identificar y evaluar el estado de aquellos árboles alrededor de la franja de seguridad proyectada que por su altura pudiesen dañar los conductores o estructuras de la línea eléctrica, en una eventual caída; o que sus ramas pudieran crecer hasta tocar los conductores eléctricos. Si estos árboles están dañados, inclinados, volcados, enfermos o con otro tipo de problemas, o si sus ramas pudiesen crecer hasta tocar los conductores eléctricos, 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. Si dichos árboles no tienen los problemas antes señalados, de todas formas, se les deberá tener identificado, para hacerles monitoreo constante por si cambia su estado. De ocurrir esto último, se deberán tomar las medidas señaladas en el párrafo anterior. (4.12) Además, 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. 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".

⁸ Este RPTD N°15 regula "Operación y Mantenimiento", preceptuando en los numerales 10.1.1 y 10.1.2, lo siguiente: (10.1.1) "El propietario u operador de la línea eléctrica en explotación deberá realizar un monitoreo constante para identificar y evaluar el estado de aquellos árboles alrededor de la franja de seguridad que por su altura pudiesen dañar los conductores o estructuras de la línea eléctrica, en una eventual caída; o que sus ramas pudieran crecer hasta tocar los conductores eléctricos". (10.1.2) "Los árboles que representen riesgos (inclinados, volcados, enfermos o con otro tipo de problemas), o si sus ramas pudiesen crecer hasta tocar los conductores eléctricos, corresponderá tomar las medidas necesarias para proteger la integridad de la línea eléctrica, realizando tareas 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, de acuerdo a las instrucciones de carácter general que emita

¹ Cfr. Ley N°20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

² Cfr. <https://www.conaf.cl/centro-documental/documentacion-asociada/>

³ Sentencia de fecha 26 de febrero de 2024, rol 246.706-2023, considerando tercero. En el mismo sentido, las sentencias recaídas en los roles 201.284-2023, 64.884-2023, 83.664-2020 y 39.365-2017.

⁴ Estos artículos disponen, respectivamente y en lo pertinente, que "Es deber de todo concesionario de servicio público de cualquier naturaleza mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas, de acuerdo a las disposiciones reglamentarias correspondientes" (inciso 1°), y "Es responsabilidad de los propietarios de todo tipo de instalaciones eléctricas el cumplir con las normas técnicas y reglamentos que se establezcan en virtud de la presente ley" (inciso 2°).

II. Necesidad de una resolución alternativa

En nuestra opinión, la determinación de quién tiene a su cargo la *gestión del riesgo*, conforme al criterio expuesto, adolece de un problema. Como se trata de un elemento o circunstancia que no es unívoco para todas las hipótesis o supuestos de perturbación a la instalación eléctrica, resulta indispensable distinguir si tal perturbación o riesgo se encuentra localizada *dentro* o en *inmediaciones* de la franja de servidumbre eléctrica, teniendo especialmente presente lo dispuesto en el referido artículo 57 LGSE, si es que algún contorno y sentido se le quiere dar a esta norma.

Esta problemática trasciende la mera responsabilidad infraccional. El razonamiento expuesto, la normativa paradigmática antes citada y las sanciones infraccionales aplicadas en los últimos años, han servido de criterio orientador para investigaciones penales dirigidas por el Ministerio Público en contra de funcionarios o agentes de empresas eléctricas por delitos particularmente graves de incendio (con penas que pueden alcanzar en abstracto los 20 años de privación de libertad). En numerosos casos, el supuesto de hecho dice relación con árboles plantados *deliberadamente* dentro o fuera de la franja de servidumbre eléctrica, cuya proyección de caída amenaza y efectivamente daña las instalaciones eléctricas, provocando, en ciertos casos, incendios forestales devastadores. Incluso más, el Fiscal Nacional del Ministerio Público dictó el Oficio N°1150/2023, de 21 de diciembre de 2023, titulado *Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de incendios forestales*, afirmando, entre otras cosas, que los incendios forestales causados por la actividad eléctrica son eventos *previsibles*, atribuyendo a la empresa eléctrica la figura del *garante vigilante*, es decir, "*son competentes respecto de la evitación de los riesgos que se generen durante la explotación de su negocio para bienes jurídicos tan relevantes para el Derecho penal como lo son la vida, la salud y la propiedad de las personas*"⁹. Así, la concesionaria sería -en criterio del persecutor- siempre com-

petente para prever y evitar los riesgos que se generan durante la explotación de su negocio.

Si se quiere agudizar el problema, cabe advertir que la nueva ley de delitos económicos N°21.595, considera el conocido ilícito del artículo 22 ter de la Ley de Bosques (empleo imprudente de una fuente de calor), como posible delito económico de segunda categoría, quedando sujeto al riguroso régimen de dicha ley. De paso, dicha figura sirve de base para la posible imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, del concesionario del servicio público eléctrico.

Así las cosas, si no se quiere caer en la máxima de que el concesionario eléctrico *responde por todo y para todos*, resulta necesario y oportuno analizar la problemática asociada a la *gestión del riesgo* de plantaciones ubicadas dentro y fuera de la franja de servidumbre eléctrica, a fin de efectuar las propuestas de solución que puedan orientar una aplicación más razonable y coherente de la normativa sectorial y derivada. De lo contrario, entre muchos otros efectos, los planes anuales de mantenimiento, e incluso los planes de acción, carecerían de un sentido de realidad, pues el mantenimiento de las instalaciones eléctricas pasaría a ser un deber absoluto y objetivo, quedando relegado lo dispuesto en el artículo 57 LGSE a una mera anécdota jurídica. Una mezcla perfecta entre el realismo mágico de un mantenimiento imposible y la jibarización de un precepto cada vez más irrelevante.

III. Perspectiva y criterios para una solución

Nos parece que una solución adecuada al problema expuesto, difiriendo del criterio imperante en los Tribunales Superiores y en el ente regulador, se encuentra en el Oficio Circular SEC N°204702 (OC), que instruye sobre "*obligaciones y derechos asociados al mantenimiento de instalaciones eléctricas en relación con la vegetación existente en las proximidades de dichas instalaciones*". Su contenido debe ser analizado en armonía con los RPTD, restringidos a las materias agrupadas en los Pliegos Técnicos N°07 y N°15, que regulan, respectivamente, la "*Franja y Distancias de Seguridad*" y la "*Operación y Mantenimiento*".

Un primer elemento a considerar, transversal a nuestra problemática, se encuentra en el numeral 2. del OC, párrafos penúltimo y último, en que se indica expresamente que el *deber de mantenimiento* dice relación con las *instalaciones*, agregando que las labores de

la Superintendencia para estos efectos. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa propietaria u operadora de las líneas eléctricas, deberán monitorear constantemente el estado de los árboles que limitan con la franja de seguridad, de manera de adoptar las medidas a que se refiere el párrafo precedente si alguno de los referidos árboles cambia su estado a los indicados en el referido párrafo".

⁹ Cfr. numeral 3, página 6.

poda o corta de árboles "son parte integrante de la mantención de las instalaciones, lo que responde a fines de seguridad tanto para las personas como para las mismas instalaciones". De esta forma, es claro que el mantenimiento arbóreo pasa a ser una especie del mantenimiento general de las instalaciones.

Con todo, ello no equivale a sostener que la *gestión del riesgo* de las plantaciones sea siempre de cargo del concesionario, pues el numeral 5. del OC establece una serie de distinguos y supuestos del mayor interés, que vienen a dar una respuesta más satisfactoria a la problemática. Al efecto, el párrafo 3 parte final de dicho numeral dispone que "ambos actores (concesionario y propietario) poseen obligaciones y responsabilidades". Examinemos estos supuestos:

En primer lugar, el deber de mantenimiento de las instalaciones eléctricas no opera a base de criterios objetivos y, por tanto, no da lugar a una *responsabilidad objetivada*. El núcleo central para imputar responsabilidad al concesionario eléctrico por el mantenimiento asociado a especies arbóreas descansa en la existencia y previsión de una *amenaza cierta y concreta*. Así lo indica el párrafo primero del numeral 5.: "su deber de prevención o vigilancia se extiende a los árboles que, no obstante ubicarse fuera de la franja de seguridad, se transformen en una amenaza cierta y concreta para las instalaciones y para la regularidad del suministro a los usuarios". En consecuencia, el riesgo de daño a la instalación debe ser conocido (cierto) y específico, determinado o real, es decir, no abstracto (por tanto, concreto o preciso). Un ejemplo de amenazas no concretas ni precisas son aquellas que se originan por la caída de árboles exóticos ubicados y plantados por terceros fuera de la franja de servidumbre, los cuales, por fuerzas de la naturaleza o hechos ajeno, caen y dañan la instalación.

Refuerza este último aserto lo dispuesto en el numeral 3. del OC, párrafo tercero: "Se hace presente que la franja de servidumbre debe ser igual o mayor a la franja de seguridad definida en conformidad al pliego antes señalado". No puede ser de otra forma, puesto que el ejercicio del derecho real de servidumbre solo abarca la extensión de la franja que lleva el mismo nombre, sin que sea posible extender tal derecho y sus obligaciones correlativas más allá de dicha franja o área de exclusión¹⁰. Sostener lo contrario implica

¹⁰ Al respecto, cfr. WEGMANN, Adolfo (2021). Franja de seguridad y obligaciones de poda y corta del concesiona-

jjibarizar la prohibición que el artículo 57 LGSE impone al ocupante o dueño del predio, porque quien planta en las inmediaciones de la franja de servidumbre eléctrica no solo tiene conocimiento de la proyección de caída de tales plantaciones, sino que efectúa una actividad que perturba o afecta el libre ejercicio de dicha servidumbre.

En segundo lugar, cabe destacar que conforme al OC en comento, si la eventual perturbación a la línea o instalación eléctrica tiene lugar "dentro de la franja de servidumbre" y proviene o es efectuada por "el dueño del predio" u ocupante del mismo, el párrafo 4° del numeral 5., sostiene que "es éste quien debe resolverlas", a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 LGSE, sin perjuicio de la "prerrogativa" del concesionario de resolver la perturbación o amenaza. En consecuencia, la *gestión del riesgo* por estas actuaciones dentro de la franja es de responsabilidad del dueño u ocupante del predio.

Excepcionalmente, se puede plantar dentro de la franja de servidumbre eléctrica, conforme los requisitos de los numerales 4.9 y 4.10 del RPTD N°07; en tal caso, es el dueño u ocupante quien debe gestionar el riesgo de tal perturbación. Sin perjuicio de tratarse de una autorización criticable (por la irrisoria fiscalización y control sectorial de los actores forestales, entre varias otras cosas)¹¹, lo cierto es que reafirma el deber de gestionar el riesgo por parte del dueño u ocupante del predio, lo dispuesto en los RPTD N°07 (numeral 4.12) y N°15 (numeral 10.1.3), que obligan a mantener la "franja de seguridad libre de toda vegetación". Si es posible plantar excepcionalmente, la gestión del riesgo no puede recaer en la concesionaria eléctrica, pues la regulación sería incoherente si, al mismo tiempo, obliga a remover lo que se autoriza plantar.

En tercer lugar, si se trata de perturbaciones o afectaciones ubicadas dentro de la franja, pero que no son imputables al dueño u ocupante, entonces, es el concesionario quien debe "monitorear y gestionar (el riesgo) como parte de sus labores propias de mantenimiento". En este punto no existe mayor innovación del nuevo OC (confrontado con los Oficios Circulares SEC N° 2.999, 26.035 y 19.615), salvo

rio eléctrico. Revista de Derecho núm. 57 (2021), 165-195, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹¹ Al respecto, cfr. OLIVARES, Ernesto (01 de junio de 2021), SEC, pliegos técnicos y franja de seguridad: proporcionalidad y validez de los deberes impuestos al concesionario eléctrico, en El Mercurio Legal.

por la circunstancia ya señalada, esto es, que se trate de una amenaza cierta y concreta, o si se prefiere, conocida y determinada.

Por su parte, en el caso de *"afectaciones provenientes fuera de la franja de servidumbre, la empresa eléctrica debe monitorearlas y gestionarlas diligentemente"*. Esto dice relación con el sentido y alcance del controvertido *deber de monitoreo* de los árboles que circundan la franja de servidumbre. Cabe advertir algunas circunstancias interesantes para el debate de fondo de esta situación: (i) el deber de monitoreo no puede ser una obligación objetivada, pues el OC señala que el deber de prevención o vigilancia opera bajo una amenaza cierta y precisa. Por tanto, el estado fitosanitario de los árboles -no conocido- o las fuerzas imprevistas de la naturaleza adquieren un rol determinante en la eventual atribución de responsabilidad; (ii) el monitoreo y gestión diligente de estas afectaciones o perturbaciones conocidas y reales no se traduce en la *obligación de poda y corta* de los árboles. Esto es así, pues según el OC, lo que se debe hacer en estos casos es *"comunicar al dueño del predio la existencia de dicha situación"*. Nótese que solo se puede comunicar aquello que se conoce, por lo que resulta estéril pretender imputar responsabilidad al concesionario por todo aquello que ocurra fuera de la franja, más aún cuando se carece de un derecho real de servidumbre que justifique extender obligaciones correlativas para el concesionario fuera de su ámbito espacial de actuación; (iii) el monitoreo y gestión diligente es secundario al deber principal del propietario o del dueño de no perturbar la servidumbre eléctrica, a tenor de lo dispuesto en el referido artículo 57 LGSE. Así lo señala expresamente el numeral 5. del OC en análisis, al disponer expresamente que *"dicho propietario deberá solucionar la referida afectación o perturbación, coordinándose previamente, por temas de seguridad, con la respectiva empresa eléctrica"*.

IV. Conclusiones

De lo expuesto precedentemente, es posible concluir lo siguiente:

1. Para el caso de daño o afectación a las instalaciones eléctricas, lo dispuesto en el art. 57 LGSE constituye una regla matriz en la determinación de la *gestión del riesgo*.

2. El rango legal de esta regla adquiere supremacía para toda aquella normativa infralegal que pretenda alterar los derechos y

obligaciones del binomio concesionario/propietario.

3. La responsabilidad del concesionario eléctrico es subjetiva, basada en la existencia de una amenaza cierta y precisa, conocida y real.

4. Si algún sentido se le quiere otorgar a los planes anuales de mantenimiento y a los planes de acción, entonces, deben operar como indicadores concretos del mayor o menor cuidado adoptado por los concesionarios en sus operaciones.

5. Quien planta dentro de la franja de servidumbre, debe gestionar el riesgo creado.

6. Quien planta fuera de la franja de servidumbre, debe evitar afectaciones o perturbaciones a las instalaciones eléctricas.

7. El deber de monitoreo de las especies arbóreas recae sobre amenazas ciertas y precisas, las cuales han de ser comunicadas al dueño del predio a fin de que este gestione el riesgo creado.

Bibliografía citada

- González, P. y Olivares, E. (2021). *SEC, pliegos técnicos y franja de seguridad: proporcionalidad y validez de los deberes impuestos al concesionario eléctrico*. El Mercurio Legal.
- Wegmann Stockebrand, A. (2021). Franja de seguridad y obligaciones de poda y corta del concesionario eléctrico. *Revista de Derecho Pro Jure* (57), 165 – 195.

Normativa citada

- Decreto N°4/20018 de 2007 [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. 05 de febrero de 2007.
- Decreto Supremo N°327 de 1988 [Ministerio de Minería]. Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. 10 de septiembre de 1998.
- Oficio Circular SEC N°204702 [Superintendencia de Electricidad y Combustibles], que instruye sobre obligaciones y derechos asociados al mantenimiento de instalaciones eléctricas en relación con la vegetación existente en las proximidades de dichas instalaciones. 27 de diciembre de 2023.
- 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.
- 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. 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.

Pliego Técnico Normativo: RPTD N°015 de 2020. Superintendencia de Electricidad y Combustibles. División de Ingeniería de Electricidad. Materia: Operación y Mantenimiento.

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.

Oficio N°1150/2023 del Ministerio Público, de 21 de diciembre de 2023, Instrucción General que imparte criterios de actuación en materia de incendios forestales.

Normas técnicas: su naturaleza e instancias de control

Technical rules: nature and control instances

Santiago Portaluppi Fernández*
Samuel Guzmán Lavín**

RESUMEN: En materia eléctrica, las Normas Técnicas dictadas por la Comisión Nacional de Energía se han erigido, en los últimos años, como un instrumento regulatorio relevante del sector, considerando su alcance y la amplitud de su objeto, así como su notable incremento tanto en número como en las materias reguladas por éstas. Dada su importancia estratégica, en el presente artículo se analizan los principales elementos de las Normas Técnicas, así como su naturaleza jurídica, planteándose la necesidad de implementar una instancia de control especial que permita efectuar adecuadamente una revisión del contenido y legalidad de estas normas.

Palabras clave: Normas Técnicas, naturaleza jurídica, mecanismos de control.

ABSTRACT: In the field of electricity, the Technical Rules issued by the National Energy Commission have emerged in recent years as one of the most significant regulatory instruments within the sector, considering their scope, the extent of their purpose, as well as their significant increase, both in number and in the matters regulated by them. Given their strategic importance, this article analyzes the main elements of the Technical Standards, in addition to their legal nature, raising the need of implementing a specialized control mechanism to ensure an adequate review of the content and legality of these standards.

Keywords: Technical Rules, legal nature, control mechanisms.

Introducción

En materia de regulación eléctrica, el constante desarrollo de nuevas tecnologías y las cambiantes necesidades del mercado, junto con la indudable importancia estratégica que tiene el

desarrollo de este sector para la economía del país, entre otros factores, han propiciado un importante fenómeno de expansión y complejización del marco normativo aplicable.

En medio de este fenómeno normativo expansionista, las Normas Técnicas (NNTT) dictadas por la Comisión Nacional de Energía (CNE) han ido adquiriendo un rol cada vez más gravitante en dicho entramado regulatorio, siendo estos cuerpos normativos los que definen aspectos cruciales del mundo eléctrico, consagrando, en la práctica, una serie de facultades, derechos, atribuciones, procedimientos, obligaciones y estándares que rigen

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Dirección postal: Av. El Golf 40, piso 5, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: stgoportaluppi@gmail.com.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. Dirección postal: Av. El Golf 40, piso 5, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: sguzman1@uc.cl.

tanto para los distintos actores del mercado como para las diferentes autoridades sectoriales competentes.

Este escenario permite advertir el gran impacto que tienen actualmente las NNTT en cuanto a la definición del marco regulatorio eléctrico, así como sus elementos y particularidades, lo que permite entender la razón de porqué los mecanismos de control de aplicación general no son adecuados para lograr un control efectivo que otorgue garantías suficientes respecto a su dictación.

Existen diversos mecanismos de control, tanto internos como externos, ex ante o ex post. En el presente artículo, al plantear la necesidad de establecer algún tipo de instancia de control en relación a las NNTT, nos referimos específicamente a uno de carácter especial, externo -no realizado por la misma autoridad que fija la norma- y ex post -una vez fijado el texto definitivo de la norma-, que permita asegurar su correcta implementación en el marco regulatorio.

Cabe señalar que la falta de un control especial de las NNTT puede ser entendida a partir de su conceptualización original, acotada a sólo aspectos técnicos determinados, pero que no refleja el rol que actualmente desempeñan estos instrumentos.

Finalmente, las recientes discusiones experimentadas tanto en sede judicial, administrativa y doctrinal dan cuenta de la cada vez más evidente ausencia de la necesaria certeza conceptual y mecanismos de control efectivo de las NNTT, condición *sine qua non* para el adecuado y correcto desarrollo de este tipo de mercados.

I. Hipertrofia regulatoria del sector eléctrico

En materia eléctrica existe una abundante regulación que se encuentra diseminada en distintos cuerpos normativos, la cual en los últimos años ha experimentado un notable incremento. La razón de fondo de este aumento radica, a grandes rasgos, en las complejidades propias del mercado, que hacen necesario regular muchos aspectos del mismo, así como en la existencia de distintas autoridades con facultades normativas diversas.

De esta forma, además de las leyes elaboradas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Presidente de la República, nos encontramos con reglamentos dictados por el Minis-

terio de Energía (MEN)¹, las NNTT y sus Anexos de la CNE, Pliegos Técnicos Normativos (PTN) de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), Procedimientos Internos (PI) del Coordinador Eléctrico Nacional (CEN) y sus Anexos, así como a distintos actos de efectos generales y particulares dictados por las autoridades (Decretos, Resoluciones y Oficios).

En este entramado, las NNTT han ido cobrando una mayor relevancia, considerando la amplitud de su objeto -como se verá más adelante-, que le permite abarcar más aspectos que los PI y PTN, así como la relativa simplicidad en su dictación (por ejemplo, la ausencia del trámite de Toma de Razón), lo que las hace instrumentos regulatorios más atractivos que un Reglamento. Lo anterior es sin perjuicio de que existen materias que deben necesariamente ser tratadas por un instrumento normativo en particular².

En virtud de lo anterior, a partir de 2016 el número de NNTT ha ido en un notorio incremento, teniéndose que, a noviembre de 2024, existen 11 NNTT vigentes³ -a las que se suman 21 Anexos Técnicos-, las cuales regulan distintos aspectos económicos, operativos y técnicos del funcionamiento del sector eléctrico, estando actualmente en elaboración 3 nuevas NNTT⁴.

II. Normas Técnicas y su proceso de dictación

Considerando la relevancia que han comenzado a tener las NNTT en el sector eléctrico, es necesario atender a su naturaleza y principales elementos, para lo cual intentaremos entregar una primera aproximación, así como examinar el proceso de dictación de las mismas para dar cuenta del escaso nivel de revisión y control existente respecto de ellas.

1. Elementos y concepto de NNTT

El sustento legal de las NNTT, así como sus principales elementos, los cuales son necesarios para alcanzar una correcta aproximación

¹ Anteriormente por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

² Por ejemplo, cuando una Ley establece que determinada materia será tratada por un Reglamento.

³ Considerando al Capítulo sobre Declaración de Costos Variables de la Norma Técnica de Coordinación y Operación como una norma en sí misma.

⁴ El Capítulo sobre Programación de la Operación y el Capítulo sobre Funciones de Control y Despacho, ambos de la Norma Técnica de Coordinación y Operación, y Norma Técnica de Ciberseguridad y Seguridad de la Información.

de esta tipología regulatoria, se encuentran contenidos en el inciso primero del artículo 72°-19 de la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE"), disposición que establece lo siguiente:

Artículo 72°-19.- *Normas Técnicas para el funcionamiento de los sistemas eléctricos. La Comisión deberá analizar permanentemente los requerimientos normativos para el correcto funcionamiento del sector eléctrico, y fijará, mediante resolución exenta, las normas técnicas que rijan los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento de dicho sector. Para ello, anualmente, establecerá un plan de trabajo que permita proponer, facilitar y coordinar el desarrollo de éstas.*

Es en el contenido de esta norma legal que centraremos el siguiente análisis y en el que se sustenta gran parte de nuestros esfuerzos por lograr una correcta conceptualización de las NNTT como fuente del derecho.

a) *Fundamento de las NNTT*

Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 72°-19 de la LGSE, las NNTT nacen de un especial deber de la CNE de "*analizar permanentemente los requerimientos normativos para el correcto funcionamiento del sector eléctrico*". Son precisamente estos *requerimientos normativos* advertidos por la CNE los que deben justificar la dictación de este tipo de normas en el sector eléctrico.

En este punto, cabe preguntarse ¿qué debemos entender por *requerimientos normativos*? En una primera aproximación, dichos requerimiento pueden ser entendidos como aquellas necesidades o exigencias normativas no cubiertas por el resto del marco regulatorio y que, en razón del buen funcionamiento de sector eléctrico, se hace necesario cubrir por medio de este instrumento.

Consideramos interesante que este tipo de fuente normativa tenga como origen un análisis previo de parte de un órgano público que debe identificar las necesidades normativas que el funcionamiento del sector exige solucionar. De esta forma, es posible constatar que, en los respectivos Planes Normativos Anuales de la CNE⁵, los distintos procesos normativos que se establecen año a año tienen como fundamento ya sea la "actualización de

la normativa", la "revisión de las disposiciones existentes" o la "unificación regulatoria", entre otras razones que a juicio de la CNE exigen la dictación de una determinada Norma Técnica (NT) o la modificación de una existente.

Cabe tener presente que -como veremos más adelante- los *requerimientos normativos* pueden tener su origen en la solicitud formulada por un tercero -distinto a la CNE-, quien puede alegar la necesidad de que se dicte una determinada NT (o su modificación) que se haga cargo de dicha necesidad normativa.

b) *Objeto de las NNTT*

Por otra parte, se desprende de la normativa antes citada que las NNTT son un mecanismo contemplado en la ley que busca atender determinadas necesidades regulatorias no cubiertas por el sistema de fuentes vigente hasta ese momento, y que tienen como objeto rector el asegurar el "correcto funcionamiento del sector eléctrico".

El buen entendimiento del objeto de las NNTT permite advertir otro elemento clave para una adecuada conceptualización de esta particular tipología regulatoria, ya que da cuenta de su naturaleza eminentemente práctica, puesto que, en definitiva, la finalidad de estas normas es propender siempre al correcto funcionamiento del sector eléctrico.

c) *Concepto y alcance de las NNTT*

Finalmente, el citado artículo 72°-19 de la LGSE determina el alcance y conceptualiza a las NNTT, como aquellas normas que "*rijan los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento de dicho sector*".

De esta forma, la ley es clara en cuanto a circunscribir las NNTT a ciertos aspectos o ámbitos propios de la regulación eléctrica, como lo son, los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos. Luego, el alcance de las NNTT no es ilimitado y se encuentra acotado a aspectos particulares del sector eléctrico.

Sin embargo, los aspectos enunciados dan cuenta de la importancia que pueden llegar a tener este tipo de fuente normativa para el sector eléctrico, en cuanto gran parte de las materias determinantes para los distintos actores del sector se encuentran, precisamente, en la definición de los elementos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos.

⁵ Es el plan de trabajo que elabora anualmente la CNE en relación a la dictación o modificación de NNTT.

2. Proceso de dictación de las NNTT

Habiéndose revisado los principales elementos de las NNTT, así como su concepto, corresponde referirse, a grandes rasgos, al proceso de elaboración y dictación de estas, regulado en el DS N°11/2017 del MEN⁶.

En cuanto a su origen, los procesos normativos pueden iniciar a solicitud de un tercero interesado⁷ o de oficio por la CNE, debiendo incorporarse en un Plan Normativo Anual que contendrá los planes y prioridades programáticas en materia de dictación o modificación de NNTT para el año siguiente a su dictación.

Iniciado un proceso, mediante resolución de la CNE, se deberá constituir un Comité Consultivo (CC) con el objeto de discutir, analizar y emitir su opinión sobre la propuesta de NT o su modificación. Cabe señalar que el CC podrá estar conformado por representantes de la CNE, de la SEC, del CEN, de cualquier ministerio, servicio u organismo público, de empresas del sector y por expertos técnicos con experiencia en la materia, todos los cuales son designados por la CNE.

El CC trabajará en sesiones cuyas actas serán públicas para, posteriormente, publicarse el proyecto de NT o modificación para consulta pública durante un plazo mínimo de 10 días. Finalmente, terminado el período de consulta, la CNE elaborará un informe consolidado en el que se responderán fundadamente las observaciones recibidas, pudiendo ser acogidas o rechazadas (fundamentándose las razones para el rechazo), y procederá a fijar la NT o su modificación mediante una resolución exenta.

El anterior es un resumen simplificado del proceso de dictación de las NNTT que, no obstante, permite advertir la inexistencia de un control externo adecuado respecto de la correcta elaboración y dictación de estas normas.

En efecto, eventualmente podría considerarse que el proceso de consulta pública funciona como un mecanismo de control durante el proceso de dictación de las NNTT, no obstante, las observaciones pueden ser

⁶ Que aprueba el Reglamento para la dictación de Normas Técnicas que rijan los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del sector eléctrico.

⁷ La normativa exige tener interés o participación en el sector eléctrico. Por otro lado, estas solicitudes deben estar acompañadas de una propuesta de NT o de modificación de NT que deberá ser justificada técnica, legal y económicamente.

rechazadas por la CNE, no existiendo una vía para que el respectivo interesado alegue en contra de ello posteriormente. Asimismo, y a diferencia de otros actos de la CNE en materia eléctrica, acogida una observación y modificado el proyecto de norma, no existe una nueva instancia para alegar contra la nueva versión, puesto que se convierte en definitiva⁸.

De esta manera, se puede advertir un importante y amplio grado de discrecionalidad por parte de la CNE en la dictación y determinación del contenido de estas normas tan relevantes, cuyo proceso público y participativo de elaboración no podría considerarse que constituye una instancia de control de las mismas.

III. Jurisprudencia relevante sobre la naturaleza de las NNTT

En razón de la incuestionable importancia de las NNTT en el sistema de fuentes del derecho eléctrico, y su cada vez mayor ámbito de aplicación en dicho sector, es que esta figura regulatoria ha sido ponderada por nuestros tribunales en distintas instancias, de las cuales, si algo es posible concluir, es que su naturaleza y alcance no es una materia pacífica.

En un esfuerzo por sintetizar las distintas y principales aproximaciones a este concepto que se han producido en los tribunales nacionales, centraremos nuestro análisis en dos sentencias, la primera del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") y la segunda de la Corte Suprema, conociendo un recurso de reclamación, y por la que revisó precisamente la sentencia del TDLC sobre este asunto. Este análisis breve análisis sólo se enfocará en la ponderación realizado respecto al contenido y alcance del concepto de las NNTT.

1. Sentencia del TDLC

En la causa Rol NC N°471-2020⁹ del TDLC, mediante sentencia de fecha 17 de septiem-

⁸ Por ejemplo, en materia de Informes Técnicos, en general, si se acoge la observación de un tercero, se puede presentar una discrepancia en contra de la versión definitiva de dicho informe, en razón de haberse acogido la observación.

⁹ En dicha instancia el TDLC se pronunció en un procedimiento de consulta (art. 18 N°2 del DL N°211) presentada por un grupo de empresas generadoras, en relación a la (in)compatibilidad con las normas sobre libre competencia de la "condición de inflexibilidad" de la NT para la Programación y Coordinación de la Operación de unidades que utilicen GNL regasificado. Para efectos de determinar si el procedimiento de consulta era el adecuado para dicho pronunciamiento, el TDLC analizó la naturaleza jurídica de las NNTT, llegando a la conclusión de que estas

bre de 2020, dicho tribunal tuvo que pronunciarse respecto a la naturaleza jurídica de las NNTT, concluyendo que tendrían un carácter reglamentario.

Para ello, el TDLC tuvo en especial consideración la identificación de ciertos elementos de la referida tipología regulatoria que le permitieron fundamentar que las NNTT eran un reglamento o "precepto reglamentario".

En dicha instancia se reconoció que las NNTT producen efectos generales sobre administrados indeterminados, cumplían con el criterio de innovación al introducir una norma que cambia el ordenamiento jurídico aplicable sobre una determinada materia, se funda en una potestad que se encuentra expresamente prevista en la ley, y son normas generales y abstractas.

Lo cierto es que los elementos considerados por el TDLC nos parecen, en general, atendibles, salvo por el hecho de que, como señalamos anteriormente, su alcance se encuentra expresamente acotado por ley a ciertos aspectos particulares por lo que podría cuestionarse su generalidad¹⁰. Además, efectivamente entendemos que la finalidad de las NNTT es esencialmente circunstancial y responde a los *requerimientos normativos* del momento, lo cual se contrapone con el principio de permanencia que se le exige a los preceptos reglamentarios.

En este sentido, a nuestro juicio, son atendibles los elementos ponderados por el TDLC en esta instancia, sin embargo, creemos que las NNTT tienen ciertas particularidades de las cuales el TDLC no se hizo cargo, en un esfuerzo por asignar a las NNTT un carácter reglamentario, dejando fuera ciertos elementos de las mismas, simplificándose la figura.

2. Sentencia de la Corte Suprema

En la Sentencia Rol N°125.657-2020¹¹ de fecha 12 de noviembre de 2021, la Corte Suprema,

tendrían la categoría de reglamentos, no siendo aplicable el referido procedimiento y resolviendo no admitir a tramitación la consulta.

¹⁰ Con esto no nos referimos a la generalidad de los efectos de las NNTT, lo cual es indudable, sino que a la generalidad de su objeto, en cuanto que pueda regular todo tipo de materias y sectores.

¹¹ Habiendo el TDLC resuelto no admitir a tramitación la consulta presentada por el grupo de empresas generadoras, estas últimas presentaron un recurso de reclamación, alegándose que las NNTT no tendrían categoría reglamentaria. La reclamación fue acogida por la Corte Suprema, ordenándose al TDLC acoger a tramitación la consulta.

conociendo un recurso de reclamación presentado en contra de la sentencia del TDLC antes analizada, determinó que las NNTT son un acto administrativo particular.

Para ello, dicho tribunal tuvo en especial consideración la identificación de ciertos elementos de la referida tipología regulatoria, que le permitieron fundamentar que las NNTT eran un mero acto administrativo.

En dicha instancia, se reconoció que la dictación de las NNTT estaba contenida en un reglamento por lo que -a juicio de la Corte Suprema- no podría entenderse que un reglamento regule el proceso para dictar otros reglamentos. Asimismo, el Máximo Tribunal señala que *"de su estructura y fines [...] se advierten que carece de la "generalidad y abstracción", características necesarias e indispensable para que tenga el carácter de Reglamento"*.

A mayor abundamiento, en dicha instancia se señaló que *"su objeto [de las NNTT] se radica en cuestiones particulares para la ejecución de la normativa eléctrica y como tal, además, la hace necesariamente modificable, ajustable a las circunstancias que aquellos aspectos requieren - atendida su naturaleza- lo cual, además, le permite compatibilizar con el avance de la tecnología y los requerimientos del sector en constante evolución"*.

Consideramos que, dejando fuera el argumento sobre el tipo de regulación que norma la dictación de las NNTT, los puntos levantados por la Corte Suprema dan cuenta de las particularidades propias de este tipo de normas y que, inicialmente, podríamos convenir en sus diferencias con el concepto tradicional de reglamento. No obstante, no podemos concluir que de ello se sigue necesariamente que las NNTT son meros actos administrativos particulares.

La contraposición entre las sentencias analizadas nos permite concluir que las NNTT tiene una naturaleza y elementos particulares que no permiten una asimilación absoluta con los conceptos ni de reglamento ni de meros actos administrativos particulares, al menos, en su sentido ordinarios.

IV. Mecanismos de control de las NNTT y falta de una instancia especializada

Considerando el rol que han llegado a tener las NNTT en el sector eléctrico, cabe hacerse la pregunta respecto a la necesidad de establecer algún tipo de instancia de control que

permita servir de contrapeso eficiente ante el alto grado de discrecionalidad con que cuenta la CNE para regular dicho sector.

1. Estado actual sobre el control de las NNTT

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica especial que pueda atribuirse a las NNTT, es posible advertir en la regulación la ausencia de un sistema recursivo específico que las someta a un control externo en su dictación.

En efecto, de quererse efectuar dicho control, sólo se contaría, eventualmente, con una vía general, como lo sería la presentación, ante la Contraloría General de la República, de una solicitud de pronunciamiento respecto a la conformidad a derecho de la NT de que se trate.

Cabe destacar que existen otros mecanismos, no obstante, serían de carácter interno, al ser la misma CNE la autoridad ante la cual se somete el conocimiento del asunto. Ello, por ejemplo, a través de un recurso de reposición en contra de la resolución que fija la NT o, eventualmente, una solicitud de invalidación administrativa¹²⁻¹³.

Todas estas vías existentes -de carácter interno y externo- cuentan con procedimientos y plazos diferentes (los que pueden extenderse excesivamente), y las materias no serían conocidas por un órgano imparcial e independiente o, de serlo, que cuente con los conocimientos técnicos adecuados para realizar el control, por lo que, a nuestro juicio, no efectuarían eficazmente el control buscado.

Puede advertirse, entonces, la falta de una instancia especializada que responda a la naturaleza propia de esta tipología regulatoria. Todo lo anterior evita que, finalmente, estas normas puedan ser controladas adecuadamente, no existiendo un contrapeso a la excesiva discrecionalidad de la autoridad en su dictación.

¹² Adicionalmente, podrían, eventualmente, considerarse otros medios como, por ejemplo, la interposición de un recurso de protección ante los Tribunales Superiores de Justicia, acreditándose que la NT priva, perturba o amenaza un determinado derecho o garantía constitucional. No obstante, no nos parece una vía adecuada.

¹³ Cabe considerar que las últimas discusiones en relación a la naturaleza y/o aplicación de las NNTT han tenido su origen en razón de disputas en el ámbito de la libre competencia. No obstante, nos parece que los recursos en dicha materia no son una adecuada para efectos de realizar un control de las NNTT, ya que se limita a aspectos específicos distintos.

2. El Panel de Expertos como una instancia idónea de control de las NNTT

Las problemáticas advertidas anteriormente pueden subsanarse -en gran medida- mediante la implementación de una instancia específica de control de las NNTT, evitándose la dispersión de vías recursivas y diferencias entre procedimientos y plazos, las que producen incertidumbre en su tramitación y resultados.

A nuestro juicio, para lograr un adecuado control de esta fuente del derecho eléctrico, dicha instancia debe ser entregada al conocimiento de una autoridad especializada, la cual tenga conocimientos técnicos que le permitan comprender el verdadero alcance y naturaleza de las NNTT, así como experiencia en la resolución de controversias y aplicación del marco regulatorio sectorial específico.

Considerando lo expuesto, estimamos que el Panel de Expertos de la LGSE se erige como la autoridad idónea y más adecuada para estos efectos, atendidas sus características y competencias, ya que, asimismo, es quien conoce de las discrepancias que se presentan en contra de otros actos de la CNE de efectos generales¹⁴.

En este sentido, consideramos que un control realizado por el Panel de Expertos, órgano que ejerce jurisdicción¹⁵, ofrece ventajas comparativas relevantes con respecto a otras autoridades que potencialmente podrían realizar dicha labor.

Sin perjuicio de lo anterior, el mecanismo y procedimiento para efectos de realizar este control no necesariamente debe ser idéntico a los que actualmente se utilizan en el Panel, no obstante, el análisis de detalle respecto a la forma de realizarse el control escapa al propósito de este artículo.

V. Conclusiones

A lo largo de este artículo se ha dado cuenta de la relevancia de las NNTT como un instrumento regulatorio sustantivo en el sector eléctrico, que cada día adquiere una mayor relevancia atendidas sus características. En efecto, la *"Comisión Nacional de Energía se ha erigido como el principal regulador del sector eléctrico, habida cuenta de las potestades*

¹⁴ Por ejemplo, el Informe Técnico Final del Plan de Expansión Anual de la Transmisión.

¹⁵ Se ha discutido la naturaleza del Panel de Expertos, respecto a si sería un Tribunal o no. Debido a que la discusión excede el objeto de este artículo, no se tratará dicha materia acá. Para mayor detalle, revisar CARRASCO et al. 2020.

normativas con que se le ha dotado en los últimos años”¹⁶.

Considerando su importancia, se ha intentado analizar, a grandes rasgos, los principales elementos de dichas normas que se desprenden del marco jurídico, así como identificar su naturaleza jurídica, la cual consideramos es de carácter especial.

Dicha especialidad de las NNTT, junto a la relevancia que las mismas revisten en el entramado regulatorio eléctrico, hacen necesario plantear la necesidad de establecer una instancia también especial de control de dichas normas, a efectos de lograr contrapesar el extenso espacio de discrecionalidad que ostenta la autoridad en su dictación.

Este control, a nuestro juicio, debiera recaer en el Panel de Expertos, autoridad que ejerce jurisdicción y está revestida de una especialidad técnica y jurídica que permitiría realizar un adecuado control de las NNTT, en consideración a su naturaleza y características especiales.

Bibliografía citada

Carrasco Delgado, N.; Jiménez Valenzuela, C. y Palma Peredo, N. (2020). El panel de expertos de la

ley general de servicios eléctricos: consideraciones para una decisión consecuencialista. *Revista Ius et Praxis* 26 (1), 101 – 123.

Gómez González, R. (2021). *Naturaleza jurídica de las “normas técnicas”: distinción y exigencias mínimas para su aplicación en materia administrativa*. El Mercurio Legal.

Mardones Osorio, M. (2022). Sistema de fuentes del sector eléctrico. *Revista de Derecho Económico* 79 (2), pp. 1 – 30.

Normativa citada

Decreto N°4/20018 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. No. 38.681.

Decreto Supremo N°11 de 2017 [Ministerio de Energía]. Aprueba el Reglamento para la dictación de Normas Técnicas que rijan los aspectos técnicos, de seguridad, coordinación, calidad, información y económicos del funcionamiento del sector eléctrico. 31 de enero de 2017.

Jurisprudencia citada

Hidromaule S.A. y otras (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 17 de septiembre de 2020 (Rol NC N°471-2020).

Hidromaule S.A. y otras con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2020): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2021 (Rol N°125.657-2020). Tercera Sala. [Recurso de reclamación].

¹⁶ Mardones Osorio, Marcelo (2022), pp. 14.

Sobre el régimen jurídico aplicable al desmantelamiento de las instalaciones de transmisión eléctrica

The legal framework applicable to the dismantling of electrical transmission facilities

Rodrigo Quezada Marín*

RESUMEN: El desmantelamiento de instalaciones en desuso es un asunto relevante y cada vez más frecuente en el marco de la expansión de nuestro sistema de transmisión eléctrica. Si bien el marco normativo actual ofrece herramientas para abordar regulatoriamente la responsabilidad y los costos asociados a estas acti-

* 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.

vidades, presenta limitaciones que dificultan integrar eficientemente los intereses sociales, ambientales y económicos en juego. Por ello, a partir de una breve revisión normativa del sector de la transmisión y de las alternativas existentes, el presente trabajo propone ciertas modificaciones que permitirían decretar las labores de desmantelamiento de obras obsoletas o en desuso bajo un régimen remuneratorio diferenciado y con criterios objetivos, facilitando su desarrollo oportuno y promoviendo un enfoque sostenible para el segmento de transmisión.

Palabras clave: industria eléctrica, planificación, transmisión, desmantelamientos, obras urgentes.

ABSTRACT: The dismantling of decommissioned facilities is a relevant and increasingly common issue within the context of the expansion of our electrical transmission system. Although the current regulatory framework provides tools to address the responsibility and costs associated with these activities, it has limitations that hinder the efficient integration of social, environmental, and economic interests. Therefore, based on a brief regulatory review of the transmission sector and existing alternatives, this paper proposes certain modifications that would allow the declaration of dismantling activities for obsolete or decommissioned transmission facilities under a differentiated remuneration regime and objective criteria. This would facilitate their timely execution and promote a sustainable approach for the transmission segment.

Keywords: electric industry, planning, electric transmission, infrastructure dismantling, urgent electrical infrastructure works.

Introducción

En el marco de la expansión y modernización de nuestro sistema de transmisión eléctrica, la responsabilidad asociada al desmantelamiento de instalaciones que quedan en desuso por la incorporación de obras que reemplazan total o parcialmente su operación, ha cobrado particular relevancia en los procesos de planificación anual de la transmisión tras la implementación de la Ley N°20.936 de 2016 del Ministerio de Energía ("Ley 20.936").

Debido a los costos asociados a la remoción de infraestructura no utilizada, así como a los efectos sociales y ambientales derivados de su permanencia, es fundamental contar con un marco jurídico que facilite este proceso y asigne de manera clara las responsabilidades por estas labores, considerando especialmente las implicancias remuneratorias y tarifarias que ello podría conllevar.

Sin perjuicio de lo anterior, la normativa sectorial vigente no ofrece una solución precisa al respecto. En este sentido, aunque existen alternativas que es necesario explorar, como la inclusión de las actividades de desmantelamiento en el marco de las obras de expansión de la planificación anual de la transmisión, o como obras necesarias y urgentes según lo establecido en el inciso segundo del artículo 102° de la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE"), estas opciones presentan ciertas limitaciones para ser consideradas económica y jurídicamente viables.

En consecuencia, el presente trabajo tiene como objetivo analizar normativamente

la materia en cuestión. Para ello, se revisará brevemente el marco legal vigente y las alternativas que ofrece para abordar la situación, y finalmente se propondrá el diseño de un régimen jurídico especial que permita definir las responsabilidades y conciliar los intereses de los actores involucrados.

I. Sobre el desmantelamiento de instalaciones

El desmantelamiento de obras de transmisión eléctrica consiste en la remoción o retiro de instalaciones que han quedado en desuso o fuera de operación, y que ya no son necesarias para el sistema debido a la incorporación de infraestructura que reemplaza total o parcialmente sus funciones. Así, estas labores típicamente pueden implicar el desmontaje de equipos y estructuras, la gestión de residuos y la restauración del sitio de las obras, entre otras.

En este orden de ideas, y en un contexto de crecimiento sostenido de nuestro sistema de transmisión orientado por las necesidades de la demanda, el aumento del parque de generación y el desarrollo de nuevas tecnologías, es altamente probable que la necesidad de retirar instalaciones obsoletas vaya aumentando en el transcurso del tiempo.

II. Marco normativo actual

Desde la dictación de la LGSE en 1982, el segmento de transmisión ha sido objeto de profundas reformas. Una de las más importantes fue la materializada mediante la Ley N°19.940 de 2004, también conocida como «Ley Corta

», cuyo objetivo fue relevar el rol fundamental de la transmisión para el sistema, así como la necesidad del regulador de hacerse cargo de las correcciones necesarias para el desarrollo y funcionamiento del mercado en su conjunto¹.

No obstante, la Ley 20.936 de 2016 introdujo las reformas más significativas al segmento, las cuales continúan vigentes en la actualidad. En este contexto, durante la discusión de la referida ley, prevalecía entre “expertos y actores vinculados al sector eléctrico” el diagnóstico de que la Ley Corta I había sido insuficiente para promover el desarrollo adecuado del sistema eléctrico en su conjunto, lo que evidenciaba la necesidad de una regulación más integral del sector².

Entre las medidas adoptadas, la Ley 20.936 impulsó una nueva planificación con una visión estratégica de largo plazo. Este enfoque buscó incorporar en el proceso las variables que enfrentan los desarrolladores de proyectos de generación y fomentar un sistema que contemplara obras con holguras, facilitando una mejor capacidad de respuesta del sistema ante futuras necesidades.

En definitiva, lo que se buscó fue dotar al regulador de las herramientas necesarias para asumir un rol preponderante en el desarrollo del sistema eléctrico en el largo plazo, haciéndolo responsable de conciliar los objetivos económicos, ambientales y sociales de la industria, en beneficio del bien común.

III. La planificación anual de la transmisión

La nueva planificación anual de la transmisión se incorporó en el Capítulo 2 del nuevo Título III, añadido a la LGSE por la Ley 20.936. Sin embargo, la regulación del segmento sólo vino a completarse con la dictación del Decreto N° 37 de 2019, del Ministerio de Energía, que aprueba Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Trans-

misión (“Reglamento de Transmisión”), cuya fecha de publicación fue recién en 2021.

En este contexto, es importante señalar que, conforme al artículo 87 de la LGSE y a los artículos 69 y siguientes del Reglamento de Transmisión, la planificación de la transmisión debe ser realizada anualmente por la Comisión Nacional de Energía (“CNE”). Esta planificación debe considerar un horizonte de al menos 20 años y cumplir con los objetivos y procedimientos establecidos en la normativa.

A su vez, la referida planificación debe abarcar las obras de expansión necesarias para los sistemas de transmisión y de polos de desarrollo. Según lo dispuesto en los artículos 89 de la LGSE y 101 del Reglamento de Transmisión, dichas instalaciones pueden corresponder a *obras de ampliación*, definidas como “aquellas que aumentan la capacidad o la seguridad y calidad de servicio de líneas y subestaciones eléctricas existentes”, o a *obras nuevas*, definidas como “aquellas líneas o subestaciones eléctricas que no existen y son dispuestas para aumentar la capacidad y calidad del servicio del sistema eléctrico”.

Como puede observarse, la planificación anual de la transmisión sólo considera para la expansión del sistema a las referidas obras nuevas o de ampliación. Por lo tanto, cualquier labor que se pretenda ejecutar en el marco de este proceso debe enmarcarse en una de estas categorías.

IV. ¿Desmantelamientos como obras de expansión?

A partir de las definiciones establecidas en nuestra normativa, resulta complejo que una actividad como el desmantelamiento de instalaciones en desuso, derivado de la incorporación de obras que reemplazan total o parcialmente su operación, pueda ajustarse, por sí sola, a alguna de las categorías de obras de expansión definidas en el artículo 89 de la LGSE.

En el caso de las obras de ampliación, sería necesario analizar si estas labores pueden considerarse como un apoyo para el aumento de “la capacidad o la seguridad y calidad de servicio de líneas y subestaciones existentes”. A modo de ejemplo, podría argumentarse que el retiro de instalaciones en desuso aumenta la “seguridad” en un sentido amplio o en términos de protección a las personas. Sin embargo, en nuestra legislación, esta noción está específicamente vinculada a la “seguridad del sistema”, en coherencia con lo establecido en

¹ Algunas modificaciones introducidas en aquella oportunidad en el segmento fueron: 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 los sistemas troncal, subtransmisión y adicional; y, iii) el establecimiento de un nuevo mecanismo de expansión de las redes, centralizado para el caso del sistema de transmisión troncal, y unilateral, conforme al criterio del operador, en el caso de la subtransmisión.

² Mensaje de la Ley N° 20.936, de 2016, 4.

el artículo 72°-9 de la LGSE. Por su parte, en el caso de las obras nuevas, su definición como instalaciones que no existen previamente es completamente incompatible con la naturaleza del desmantelamiento.

En cualquier caso, el retiro de instalaciones en desuso podría justificarse como una actividad complementaria o necesaria dentro de una obra nueva o de ampliación que cumpla con los criterios establecidos para ser considerada como tal³. Refuerza lo anterior, lo dispuesto en el literal d) del artículo 87° de la LGSE y en el artículo 72 del Reglamento de Transmisión, que regulan la modificación de instalaciones existentes en el marco de obras de expansión y establecen qué ocurre cuando estas dejan de prestar servicio. Sin embargo, estas disposiciones no abordan directamente el retiro físico o desmantelamiento, dejando abierta la interrogante respecto a las responsabilidades y costos asociados a estas actividades.

En este sentido, cabe señalar que la inclusión de este tipo de actividad como parte de una obra de expansión dentro del marco normativo actual presenta ciertas dificultades⁴, siendo la principal de ellas la forma en que debe abordarse la remuneración del adjudicatario de una eventual obra nueva o de ampliación que incluya actividades de desmantelamiento.

Al efecto, la remuneración de las obras de expansión está regulada por el artículo 99° de la legislación eléctrica, el cual, en síntesis, dispone que las empresas de transmisión adjudicatarias de estas obras recibirán como remuneración el valor anual de la transmisión por tramo, determinado en la licitación, durante cinco periodos tarifarios a partir de la entrada en operación de la instalación respectiva. En el caso de las obras de ampliación, dicho valor incluye los costos de administración y mantenimiento ("C.O.M.A."), que deben ser

determinados por la CNE para cada periodo tarifario de cuatro años.

Así, sujetar el desmantelamiento de instalaciones de transmisión al mismo régimen remuneratorio de las obras de expansión, implicaría que una actividad de naturaleza temporal y plazo acotado sería remunerada durante 20 años junto a la obra a la cual está vinculada⁵. Esto, evidentemente, generaría una distorsión económica al asignar un costo a largo plazo a una actividad transitoria y que carece de un impacto operacional continuo.

V. ¿Desmantelamientos como obras urgentes?

El inciso segundo del art. 102° de la LGSE establece un mecanismo especial de ejecución para aquellas obras de transmisión que, por ser necesarias y urgentes, deben excluirse de la planificación anual del segmento, con el objetivo de materializarse de forma más expedita. Estas obras urgentes tienen la misma naturaleza que las obras de expansión⁶, y para su análisis y eventual autorización, la CNE debe regirse por los mismos criterios de evaluación empleados en la planificación de la transmisión⁷.

En este sentido, todo lo señalado previamente sobre la posibilidad de considerar los desmantelamientos como obras de expansión dentro de la planificación anual resulta aplicable al mecanismo de obras urgentes. Asimismo, es importante destacar que, aunque esta alternativa ofrece una vía más rápida para concretar los proyectos cuando se cumplen los requisitos correspondientes -con plazos considerablemente más cortos que los de la planificación anual-, para efectos de su valorización y remuneración son consideradas como obras existentes, siendo adscritas transitoriamente por la Comisión a uno de los segmentos del

³ En tal sentido, el único antecedente que existe al efecto es la obra nueva correspondiente al Plan de Expansión del año 2017, denominada "Construcción Bypass para Línea 1x220 kV Atacama - Esmeralda, Línea 1x110 kV Esmeralda - La Portada y Línea 1x110 kV Mejillones - Antofagasta y Desmantelamiento". Si bien no hubo mayor discusión en relación con el desmantelamiento incluido en la obra, pues el proyecto no fue objeto de discrepancia ante el Panel de Expertos, este no fue finalmente materializado debido a razones de fuerza mayor alegadas por la empresa adjudicataria.

⁴ Sin perjuicio de lo anterior, también existen otras complejidades de naturaleza más bien práctica, como la definición de hitos para la puesta en servicio de la obra o la existencia eventuales afectaciones patrimoniales a terceros.

⁵ Otro mecanismo de remuneración que podría analizarse bajo el marco normativo actual, aunque exclusivamente acotado a las obras de ampliación, sería incorporar las actividades de desmantelamiento como un ítem dentro del C.O.M.A. el cual la Comisión debe determinar en cada proceso tarifario. De este modo, una vez finalizadas las labores de retiro de las instalaciones, dicho ítem podría eliminarse en el siguiente proceso de determinación tarifaria. Sin embargo, esta alternativa resulta aún más compleja, ya que no es evidente que este tipo de actividades pueda considerarse dentro del alcance del C.O.M.A.

⁶ Al efecto, el artículo 39 del Reglamento de Transmisión dispone que "Son obras de transmisión, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 102° de la Ley y el presente reglamento, aquellas Obras de Expansión a las que se refiere el artículo 89° de la Ley (...)".

⁷ Así lo establece el inciso final del artículo 40 del Reglamento de Transmisión.

sistema de transmisión hasta la siguiente calificación cuatrienal de las instalaciones.

Por otro lado, la remuneración de las obras de expansión incluidas en la planificación anual se determina a partir del resultado de una licitación pública internacional realizada por el Coordinador, lo que puede derivar en montos significativamente mayores, colocándolas en una posición de ventaja evidente frente al mecanismo de obras urgentes.

Sin perjuicio de lo anterior, durante el segundo semestre de 2023, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley orientado a realizar ciertas reformas específicas en la regulación del segmento de transmisión, con el objetivo de abordar de manera urgente las congestiones y los retrasos en el desarrollo de las instalaciones. Entre otras modificaciones, el proyecto incorpora un nuevo artículo 91° bis a la LGSE, con un régimen especial para ciertas obras necesarias y urgentes que se excluyen del proceso de planificación. Este régimen se diferencia del actual en dos aspectos clave: se activa por mandato de la autoridad, y no a solicitud de los interesados, y las obras autorizadas bajo este mecanismo se remuneran de la misma forma que las obras de expansión.

Así, aunque el mecanismo recién mencionado permitiría a la autoridad decretar este tipo de obras en función de las necesidades del sistema y les otorgaría un mayor atractivo al asimilar su remuneración con la de las obras de expansión, la integración de las labores de desmantelamiento de instalaciones bajo este régimen enfrenta el mismo reparo señalado en el apartado anterior: el pago a largo plazo de una actividad que, por naturaleza, es esencialmente provisoria.

VI. ¿Desmantelamientos como figura autónoma?

Analizadas las posibilidades que ofrece el marco normativo actual para abordar el desmantelamiento de instalaciones de transmisión en desuso, se observa que, aunque existen alternativas para promover el desarrollo de estas actividades, no hay un mecanismo que resguarde de manera eficiente los distintos intereses en juego.

Por ello, considerando la relevancia social y ambiental que implica la falta de retiro de obras de transmisión no utilizadas, resulta necesario explorar el diseño de una figura regulatoria *ad hoc* que facilite el desmantelamiento de estas instalaciones.

A partir de lo señalado, una alternativa sería adoptar un régimen similar al de las antiguas labores de ampliación incluidas en los Estudios de Transmisión Troncal⁸, en el contexto normativo previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.936. Así, sería posible evaluar la inclusión de una figura complementaria a las obras de expansión actuales, específicamente asociada a las *labores de desmantelamiento*, que facultaría al planificador para decretar dichas actividades cuando lo estime necesario, basándose en ciertos criterios objetivos previamente definidos. Estos podrían incluir riesgos para la seguridad, impactos ambientales o interferencias con nuevas obras.

De tal manera, las labores de desmantelamiento podrían vincularse a obras nuevas o de ampliación o bien decretarse en forma independiente dentro de la planificación anual. Sin embargo, lo esencial sería que esta figura contemple un régimen remuneratorio diferenciado respecto a las obras de expansión, que permita que sus costos sean liquidados y recuperados en un horizonte tarifario predefinido, típicamente de cuatro años. Este cálculo podría basarse en estimaciones detalladas de los costos directos e indirectos asociados a tareas específicas (como el desmontaje de equipos o la recuperación de materiales), ajustados a indicadores económicos actualizados, como el IPC o equivalentes.

Lo anterior, configuraría un esquema regulatorio claro para la realización de las labores de desmantelamiento, facilitando su realización oportuna y en relación con las obras que defina especialmente el planificador, contribuyendo a la coordinación entre el proceso de expansión del sistema y el retiro de instalaciones.

VII. Conclusiones

Conforme crece y se moderniza nuestro sistema de transmisión eléctrica, el desmante-

⁸ Estos estudios se realizaban en el marco de la antigua planificación del segmento de transmisión, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.936, y tenían como objetivo que las empresas adjudicatarias de las obras de ampliación consideraran, de manera separada al V.I. de dichas obras, un V.I. asociado específicamente a labores de ampliación. Este último incluía los costos propios de las ampliaciones realizadas, como desembolsos vinculados a desmontajes, faenas en instalaciones energizadas, construcción de variantes provisionales, entre otros. Dichos costos debían ser los mínimos necesarios para construir la obra de ampliación, en cumplimiento de la normativa vigente. El V.I. correspondiente a estas labores de ampliación era anualizado y recuperado en los cuatro años del siguiente periodo tarifario.

lamiento de instalaciones en desuso es un asunto va cobrando particular relevancia, especialmente por las implicancias sociales y ambientales derivadas de su falta de retiro.

Sin embargo, delimitar la responsabilidad y el costo asociado a estas actividades plantea desafíos normativos significativos. Si bien el marco legal vigente ofrece alternativas que permiten abordar el asunto, ya sea mediante las obras de expansión de la planificación anual de la transmisión o el mecanismo de obras necesarias y urgentes, estas opciones no se ajustan plenamente a la naturaleza de estas labores.

En tal sentido, a partir de la revisión normativa realizada, es posible señalar que para considerar el retiro de instalaciones en el marco regulatorio actual se requiere, al menos, ajustar los criterios de evaluación y las formas de remuneración, dado que este tipo de actividades tiene características sustancialmente diferentes en términos de duración, operación y beneficios para el sistema en comparación con las obras de transmisión tradicionales.

Por lo anterior, resulta pertinente explorar la creación de una figura regulatoria especial, que permita integrar las modificaciones previamente señaladas. Al efecto, un punto de partida interesante es el régimen que estaba asociado a las labores de ampliación en los estudios de transmisión troncal de forma previa a la Ley 20.936, el cual consideraba una remuneración diferenciada para ciertas actividades accesorias a las obras de expansión, y que permitía recuperar los costos incurridos en un horizonte tarifario acotado. Adicionalmente,

esta figura debería establecer criterios claros y objetivos para la consideración de las labores de desmantelamiento, como podrían ser la seguridad del sistema o las personas, los posibles impactos ambientales de la falta de retiro y las eventuales interferencias con otras obras de expansión.

En definitiva, la implementación de las modificaciones necesarias para incorporar apropiadamente en nuestra normativa el desmantelamiento de obras de transmisión en desuso no solo facilitaría el desarrollo oportuno de estas actividades, sino que también permitiría optimizar el uso de los recursos asociados al financiamiento de la transmisión y atender los intereses sociales y ambientales en juego.

Normativa citada

- 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.
- 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.
- Decreto N° 4/20018 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. No. 38.681.
- 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.

Concesiones eléctricas y Ley marco de autorizaciones sectoriales

Electricity concessions and Law framework of sectoral authorizations

Matías Ramírez Nova*

RESUMEN: Con la finalidad de agilizar los procedimientos administrativos requeridos para la obtención de permisos sectoriales afectados por la "permisología", se ingresó a trámite legislativo el proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales, el cual viene a reformar, entre otros cuerpos normativos, a la Ley General de Servicios Eléctricos, particularmente el procedimiento administrativo concesional. En el presente texto se abordarán las principales problemáticas que afectan al procedimiento concesional eléctrico, cuales son las mejoras que propone el mencionado proyecto de Ley, y de esta forma, verificar si la reforma cumple en definitiva con su objetivo, que es el de constituirse como un mecanismo de mejora regulatoria para la industria energética.

Palabras clave: energía, concesiones eléctricas, regulación, permisología.

ABSTRACT: In order to expedite the administrative procedures required for obtaining sectoral permits affected by the "permisology", the draft Law framework of Sectoral Authorizations was entered into the legislative procedure, which comes to reform, among other normative bodies, to the General Law of Electrical Services, particularly the concessional administrative procedure. This text will address the main problems that affect the electricity concession procedure, which are the improvements proposed by the aforementioned bill, and in this way, verify if the reform ultimately complies with its objective, which is to constitute itself as a regulatory improvement mechanism for the energy industry.

Keywords: energy, electrical concessions, regulation, permisology.

Introducción

La economía global enfrenta dificultades derivadas de la incertidumbre y la volatilidad. Factores como la guerra de Ucrania y del medio oriente, la inflación y problemas en la cadena de suministro han provocado la lógica consecuencia de desaceleración en los factores de crecimiento¹. Chile, desafortunadamente, no se queda atrás en los pesimistas índices económicos que afectan al globo, y que marcan una tendencia negativa que se arrastra desde hace una década. Durante los años 2004 a 2013, se registró una tasa de crecimiento promedio del PIB real de 4,8% y un crecimiento per cápita de 3,7%. Lo anterior contrasta fuertemente con los índices registrados entre los años 2014 a 2023, en donde la tasa de crecimiento promedio anual fue de 1,9% y, si se le resta el crecimiento de la po-

blación (1,3% anual), la expansión per cápita se reduce a un 0,6% anual².

Una de las maneras de revertir tal panorama, en gran parte dependerá de la capacidad de la institucionalidad política y gubernamental en orden a promover políticas económicas tendientes a estimular la inversión. ¿Cuál es el panorama de la inversión en Chile? Según el Presidente de la República, Gabriel Boric, en 2023 se alcanzó la cifra más alta de inversión extranjera directa (IED) desde el año 2015, superando los \$21.700 millones de dólares³. Es así como el mandatario resumía en la cuenta pública de 2024 las conclusiones del informe del Banco Central a las cifras de IED entre los años 2022 y 2023.

No obstante, para el economista Gabriel Ugarte, la IED "no necesariamente refleja un aumento en la inversión total del país, ya que una parte importante de estos recursos se destinan a la adquisición de activos ya existentes, que no incrementan las capacidades

* Abogado. Investigador Independiente. Correo electrónico: mramirez23@gmail.com

¹ El crecimiento económico mundial se estimó en 2,9% en 2023, por debajo del 3,5% de 2022. Véase en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2023/10/10/world-economic-outlook-october-2023>

² Claro Valdés, Arturo y Sanhueza Dueñas, Gonzalo. Mirada FEN. Disponible en <https://mirada.fen.uchile.cl/articulo/ver/una-decada-perdida>

³ Véase en <https://www.gob.cl/cuentapublica2024/>

productivas del país⁴". En contraste, sugiere otro indicador el cual considera clave, que es la formación bruta de capital fijo (FBCF), y que comprende cuánto se gasta en la compra de maquinaria, construcción de infraestructura y desarrollo de tecnologías, entre otros, durante un periodo determinado.

Según el FBCF, los niveles de inversión se han mantenido relativamente estancados desde hace una década, con fluctuaciones periódicas y una caída importante durante la pandemia. El dato más reciente del primer trimestre de 2024 muestra que la inversión económica se encuentra prácticamente en el mismo nivel que a finales de 2013⁵. Como podemos apreciar, el FBCF refleja lo que empíricamente sucede en nuestra economía nacional.

Entre los factores que han provocado tales indicadores, destaca la burocracia institucional asociada a la obtención de permisos, autorizaciones y concesiones sectoriales, también denominada "permisología". Y es bajo ese escenario, en donde vislumbra la industria energética como el sector productivo más afectado, liderando -tristemente-, con un 61,9% el "ranking" de los proyectos "estancados" en Chile, enfrentando a su vez, pérdidas que se aproximan a los 67.162 millones de dólares⁶.

La problemática pone de manifiesto una visión dual que contrasta. Por una parte, se encuentra una alocución gubernamental y transnacional proclive a la transición energética y la descarbonización y, por otra parte, la imposición de obstáculos de parte de la propia institucionalidad energética y ambiental que impiden el desarrollo productivo eléctrico, y como consecuencia, la inversión y crecimiento económico nacional.

El panorama del procedimiento concesional eléctrico, sus problemáticas y su intención de mejoramiento mediante la reciente propuesta de reforma legal que combate la permisología, se analizará en los siguientes acápite.

I. Concesiones eléctricas

Pareciera no existir dudas en cuanto a la distinción entre los conceptos de las autorizaciones y concesiones administrativas, la doctrina

⁴ Ugarte, Gabriel. Centro de Estudios Públicos. Véase en <https://www.cepchile.cl/investigacion/voces-del-cep-06-junio-2024/>

⁵ ídem

⁶ Véase en <https://www.emol.com/noticias/Economia/2024/09/09/1142174/sector-energetico-inversion-permisologia-gobierno.html>

ha discernido sin mayores dificultades la diferencia entre ambas técnicas de intervención regulatoria⁷. Pese a sus diferencias conceptuales, es común el elemento "motivacional" de ambas técnicas, el cual se traduce en el aprovechamiento de una actividad, ya sea de servicio público (energía, telecomunicaciones, marítimo) o de obra pública.

En relación a lo anterior, la técnica de intervención regulatoria que otorga el derecho respectivo para el aprovechamiento de la energía eléctrica es la concesión eléctrica. En cuanto a ella, esta se materializa a través de un procedimiento administrativo reglado y definido por la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) y su respectivo Reglamento, a través del cual se crea un derecho de distribución o transporte de energía eléctrica para el concesionario o solicitante, siendo los órganos sectoriales encargados de otorgar autorizaciones en materia eléctrica, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) y el Ministerio de Energía (MEN), fundamentalmente.

La última gran reforma al procedimiento concesional eléctrico fue impulsada por la Ley N°20.710 de "Procedimiento para otorgar concesiones eléctricas", publicada en octubre de 2013. Dentro de las reformas que se destacan encontramos:

a) la nueva categorización a los medios de transporte de electricidad por sistemas de transmisión en: "nacional, zonal y para polos de desarrollo de generación", por sobre el "troncal y subtroncal" (artículo 7° LGSE);

b) la obligación de constituir sociedades de giro de generación eléctrica, abiertas o cerradas con domicilio en Chile a las empresas que exploten energía eléctrica del sistema de transmisión nacional (artículo 8°bis y 8°ter LGSE) y;

c) la no exención del cumplimiento de la normativa ambiental (artículo 11° LGSE).

En cuanto a los aspectos procedimentales propiamente tal observamos:

a) la imposición del plazo de 15 días a la SEC para la revisión de la solicitud de concesión, y en su caso, emisión del oficio de comunica errores (artículo 19° y 25° LGSE);

⁷ Véase al respecto, Arancibia Mattar, Jaime (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°32. pp 5-36, <https://doi.org/10.7764/redae.32.1>

b) la obligación de publicar -nacional y regionalmente-, y radiodifundir, por parte del concesionario, la resolución de admisibilidad dentro del término de 15 días contados desde su notificación (artículo 20° LGSE). Con anterioridad a la reforma, al concesionario no se le exigía un plazo en particular, y solamente tenía bajo su respecto la obligación de publicar en un diario de circulación nacional;

c) la facultad del concesionario para solicitar la prórroga de la concesión provisional (artículo 21°, letra b) LGSE);

d) la obligación del concesionario definitivo de notificar los planos especiales de servidumbre, judicial o notarialmente (artículo 27° LGSE). Previamente, tal labor recaía en la SEC;

e) posibilidad de deducir oposiciones u observaciones por parte del propietario afectado ante la SEC (artículo 27° ter LGSE) y;

f) obligación de la SEC de informar favorablemente dentro de 60 días la solicitud de concesión definitiva una vez cumplidas las exigencias legales, y la obligación por parte del MEN de resolver fundadamente la solicitud de concesión definitiva previo informe favorable dentro del plazo de 15 días (artículo 29° LGSE). Previo a la reforma legal, la SEC no disponía de un plazo para evacuar el informe favorable, y el MEN disponía de un plazo máximo de 120 días para resolver fundadamente.

Como se podrá apreciar, las reformas implementadas durante el año 2013 fueron sustantivas, y evidentemente proporcionaron notables mejoras al procedimiento concesional, agilizándolo. No obstante, dada la complejidad técnica del procedimiento y el considerable aumento de presentaciones de solicitudes de concesión eléctrica motivadas por la expansión de la industria energética, provocó que el procedimiento presente dificultades.

Entre los aspectos conflictivos se logra observar:

a) demora en el otorgamiento de la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad. Ante la inexistencia de un plazo legal que le exija a la SEC pronunciarse frente a la respuesta que otorga el concesionario al oficio comunica errores, implica que opere un periodo indeterminado, lo anterior, sin considerar otro plazo indefinido que existe ante las complementaciones de oficio del expediente concesional señaladas por la propia autoridad. La misma problemática se observa frente a las solicitudes de modificación de la solicitud de concesión, las cuales se someten al mismo proce-

dimiento de ingreso de una solicitud, y como tal, se ve expuesto a las mismas incertezas;

b) discrecionalidad administrativa por parte de la autoridad sectorial frente a los diversos pronunciamientos que le corresponde emitir. A lo largo del procedimiento concesional, la SEC debe pronunciarse acerca de las solicitudes y respuestas que presente el concesionario, la problemática descrita se logra apreciar con mayor nitidez en la etapa de notificación de los planos especiales de servidumbre, en donde el mencionado ente fiscalizador solicita al concesionario la complementación de antecedentes que le permita generar convicción respecto de la identificación de los propietarios afectados, esta problemática se complejiza con más nitidez en el caso de predios fiscales, al intervenir, además, el Ministerio de Bienes Nacionales. De igual forma, la SEC carece de un criterio uniforme al momento de requerir antecedentes que deben acompañarse al ingreso de la solicitud de concesión, y que dicen relación particularmente con antecedentes societarios o con la solicitud misma y;

c) entorpecimiento judicial a propósito de las notificaciones que la LGSE ordena realizar. Como ya se ha manifestado, la reforma de 2013 a la LGSE, impuso al concesionario definitivo la obligación de verificar la notificación de los planos especiales de servidumbre. Cuando la notificación se materializa en sede judicial, el solicitante se enfrenta a la falta de especialidad en la materia por parte de los tribunales ordinarios de justicia, quienes imponen trámites no contemplados por la LGSE dentro del proceso civil, o acogiendo acciones judiciales deducidas al interior del procedimiento judicial. En adición, el solicitante se ve expuesto al dilatado y remoto procedimiento judicial civil y todas las dificultades que ello implica.

II. Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales

Las dificultades mencionadas son transversales a la disciplina del derecho eléctrico, puesto que abarca todo tipo de concesiones y autorizaciones respecto de otros sectores regulados, lo cual es posible vislumbrar especialmente en los procedimientos de evaluación ambiental y la excesiva demora en las autorizaciones y permisos que deben ser otorgados por los órganos sectoriales correspondidos.

Es por esa razón que, con bastante entusiasmo y expectación, fue recibido el anun-

cio del Ejecutivo en orden al ingreso de los proyectos de Ley relativos a un "Sistema de Evaluación Ambiental 2.0" y la creación de un "Sistema Inteligente de Permisos", este último materializado en enero de 2024 mediante su ingreso a la Cámara de Diputados y Diputadas vía mensaje presidencial.

El referido proyecto de Ley recibe el nombre de "Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales" (en adelante LMAS), el cual en primer término realiza un diagnóstico de los principales desafíos que enfrenta el régimen autorizatorio nacional, destacando los extensos tiempos de tramitación, falta de certeza jurídica, falta de proporcionalidad e información en los procedimientos de autorización.

El proyecto de Ley a grandes rasgos instituye: a) un marco normativo para la tramitación y regulación de autorizaciones sectoriales; b) un sistema para la regulación y evaluación sectorial; c) una nueva institucionalidad, denominada Servicio para la Regulación y Evaluación Sectorial; d) la definición de Instrumentos para la regulación estandarizada junto con el establecimiento de un Comité de Subsecretarías y Subsecretarios; e) un Sistema de Información Unificado de Permisos Sectoriales; f) mecanismos de mejora regulatoria y g) la modificación a otros cuerpos normativos sectoriales, dentro de los cuales nos detendremos en aquellos que dicen relación con el rubro de la energía, en especial la Ley N°18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC); el DFL N°4/2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE); y DL N°2.224/1978, que crea el Ministerio de Energía (MEN) y la Comisión Nacional de Energía (CNE).

Si bien la LMAS es clara al indicar que su ámbito de aplicación recaerá en la figura de las autorizaciones administrativas, definidas por el mismo proyecto de Ley como: "todo acto administrativo que se exija, con carácter previo, para el desarrollo de una actividad o realización de un proyecto, otorgado tras la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable" (artículo 5, N°3), su esfera de aplicación toca a igualmente a las concesiones eléctricas.

Entre las modificaciones establecidas en la LMAS que alteran la LGSE, encontramos las señaladas en el artículo décimo octavo, numerales 1 y 2, en idénticos términos, señalando lo siguiente:

Si de la revisión de los antecedentes la Superintendencia (de Electricidad y Combustibles) advirtiera el incumplimiento de alguna de las exigencias antes mencionadas, declarará su inadmisibilidad mediante resolución fundada. Sin perjuicio de ello, la Superintendencia podrá, por una sola vez, requerir al solicitante para que acompañe los antecedentes que hayan sido omitidos o que requieran complementarse. El solicitante deberá acompañarlos o complementarlos dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la comunicación anterior. En caso que los antecedentes fueren insuficientes o no fueren presentados dentro de los correspondientes plazos, la Superintendencia desechará la solicitud de plano mediante resolución, lo que pondrá fin al procedimiento. De resultar los antecedentes suficientes, la Superintendencia declarará admisible la solicitud, publicándola en su sitio electrónico conforme a lo señalado en el inciso anterior.

El citado artículo, dice relación con los requisitos que debe contener una solicitud de concesión eléctrica -tanto provisional como definitiva-, y cuál es el procedimiento que se debe seguir en caso del incumplimiento de alguno de estos requisitos.

Bajo la normativa vigente, como ya observamos, el concesionario eléctrico dispone del plazo de 15 días hábiles administrativos, prorrogables a 7 días más, para responder el Oficio de la SEC que comunica errores al ingreso de solicitud de concesión eléctrica. Una vez que el solicitante o concesionario ingresa su respuesta, transcurre un lapso indeterminado de tiempo, para que la SEC se pronuncie acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud de concesión en base a la respuesta otorgada por el concesionario. En el evento de que la respuesta no haya sido suficiente, y siempre y cuando la observación que no se ha logrado subsanar no importe un error que impida una correcta ejecución del proyecto o una falta considerable a los requisitos legales, la SEC de oficio cita a reunión al concesionario en donde le indica lo que falta por corregir, de tal manera que subsanado lo anterior, la SEC, dentro de un plazo indeterminado, emite su resolución de admisibilidad.

En el caso de que la SEC detecte que la observación si implica un error que impide la ejecución del proyecto o una falta considerable a los requisitos legales, la SEC facultativamente le otorga al concesionario la opción de

desistirse del ingreso de solicitud de concesión, en caso contrario, declara la inadmisibilidad mediante resolución fundada.

La modificación que propone la LMAS consiste en restringir la posibilidad al concesionario de prorrogar el plazo de 15 días que otorga la SEC para responder el Oficio de comunica errores -si lo interpretamos en un sentido literal-, además de limitar a una sola vez, la posibilidad de complementar su respuesta al Oficio de comunica errores (eliminaría la posibilidad de la reunión de oficio *post* ingreso de respuesta).

Esta modificación restringe y deroga plazos en desmedro del concesionario, y no soluciona el problema central traducido en la demora que experimenta la SEC en función de emitir aquellos pronunciamientos que permitan una eficaz tramitación concesional, a modo ejemplar: el tiempo intermedio entre el ingreso de la respuesta al oficio de comunica errores y la consecuente resolución de admisibilidad/inadmisibilidad; la demora en la emisión del informe de admisibilidad del proyecto de concesión eléctrica; las trabas impuestas por el mismo ente fiscalizador en cuanto a pronunciamientos que digan relación con predios fiscales, entre otros.

La modificación planteada confunde la celeridad del procedimiento administrativo, en el sentido de imponer restricciones que operan en beneficio del concesionario, en vez de limitar la arbitrariedad en la dilación de los plazos que le corresponde a la SEC diligenciar.

III. ¿Contradictoriedad en los criterios de mejora regulatoria?

En cuanto a las facultades orgánicas del MEN y la SEC, de igual manera en idénticos términos, la LMAS establece funciones que dicen relación con la aplicación de principios o criterios que deben observarse al momento de implementar procesos internos de mejora regulatoria. Estos principios/criterios son: a) no discriminación, b) necesidad y c) proporcionalidad, los cuales se exponen de la siguiente manera en los numerales 1 de los artículos décimo quinto y décimo sexto de la LMAS, respectivamente:

Corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles:

39. Revisar la regulación aplicable a los proyectos o actividades objeto de su competencia, formular un diagnóstico y propuestas para su perfeccionamiento

normativo y su adecuada implementación, (...).

En el ejercicio de esta función, procurará que las autorizaciones (de la SEC) que sean de su competencia cumplan con los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, proponiendo, cuando corresponda, su eliminación o reemplazo por técnicas habilitantes alternativas (...).

Para el cumplimiento de su objetivo corresponderá a Ministerio (de Energía), en particular las siguientes funciones y atribuciones:

m) Especificar, a través de un reglamento, los supuestos de hecho en que procederá la aplicación de técnicas habilitantes como alternativa a las autorizaciones de su competencia o de órganos sectoriales dependientes o relacionados, (...), con motivo de ser aquellas suficientes para resguardar (...) los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (...).

Y en consideración a lo anterior, es el artículo 62 de la LMAS quien viene a conceptualizar los criterios o principios cuyo establecimiento se ordena considerar en las facultades orgánicas del MEN y la SEC:

(...) el criterio de no discriminación se traducirá en que la exigencia de autorización no resulte arbitraria. Por su parte, su necesidad se verificará cuando la autorización esté justificada en función del resguardo del objeto de protección que la ley ha entregado al órgano sectorial llamado a pronunciarse, como son el interés general, el orden público, la utilidad y la salubridad pública, la seguridad nacional, la salvaguarda del patrimonio cultural, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio ambiental, y la protección a los derechos de las personas. Finalmente, la exigencia de autorización será proporcional, cuando los requisitos que determinan su otorgamiento sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue (...).

Dicho esto, y relacionándolo con la materia objeto de la presente discusión, es que las modificaciones planteadas al procedimiento concesional eléctrico, en el artículo décimo octavo, numerales 1 y 2, a juicio de quien expone, vulneran contradictoriamente los tres principios/criterios definidos por la LMAS en

consideración a las facultades orgánicas de la SEC y el MEN.

Bajo nuestra consideración:

1. Transgrede el principio de no discriminación, al imponer una cláusula arbitraria para el concesionario, al instante de restringir y limitar sus posibilidades de sanear observaciones dentro de un plazo prudente;

2. Transgrede el principio de necesidad, puesto que no protege los derechos de las personas, acá me refiero a los derechos de los propietarios cuyos predios se encuentran afectados a la instalación de torres de alta tensión, dado que la demora en los plazos de la SEC genera incerteza en cuanto a la definición y fecha cierta de la admisibilidad de un proyecto de concesión eléctrica y como tal, cuál será el momento que podrán disponer para ejercer sus observaciones y/o oposiciones al proyecto y,

3. Vulnere el principio de proporcionalidad, puesto que, al restringir las posibilidades de subsanación, se dificulta el objetivo de cada proyecto concesional, que en la praxis procedimental se traduce en la obtención del decreto supremo de admisibilidad.

IV. Conclusiones

Como se logró exhibir, la reforma propuesta por la LMAS a la LGSE no soluciona ninguno de los inconvenientes que se presentan en la tramitación del procedimiento concesional, puesto que, en su afán de agilizar el procedimiento administrativo, le otorga a la autoridad sectorial una facultad responsiva frente a los pronunciamientos que debe emitir, al mismo tiempo de declarar como excepcionales etapas que operan en favor de los interesados del procedimiento y que actualmente constituyen la regla general. Lo anterior se torna gravoso, al no existir ningún criterio que se pueda fundar objetivamente, más que el simple arbitrio de la Administración.

A modo de desenlace, -y siendo justos-, la LMAS no está llamada a solucionar las problemáticas derivadas del procedimiento de concesión eléctrica, no obstante ello, su futura

promulgación y publicación intervendrá en su procedimiento, reformando cuerpos legales sectoriales, y en vez de generar un aporte, ocasionará un leve retroceso, confundiendo el recorte de plazos que operan en beneficio del concesionario, con una tramitación concesional eficiente.

De todas maneras, aún queda un largo debate legislativo, el cual esperamos concluya con un aporte significativo en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, urge reformar el procedimiento concesional eléctrico regulado en la LGSE y modernizar las potestades administrativas de la SEC consagradas en la Ley N°18.410, de tal forma de que se permita agilizar la obtención de concesiones eléctricas, y al mismo tiempo, alcanzar los objetivos impuestos por la política energética nacional, favoreciendo la transición energética y a su vez, la inversión productiva de Chile.

Bibliografía

- Arancibia Mattar, J. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5 – 36.
- Boric Font, G. (2024). *Boletín N°16566-03. Establece una Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales e introduce modificaciones en cuerpos legales que indica*. Cámara de Diputados y Diputadas.
- Claro Valdés, A. y Sanhueza Dueñas, G. (2023). Una década perdida. *Mirada FEN* (184), 21 – 31.
- Ugarte Vera, G. (2024). Inversión en Chile: cómo volver a encender el motor de la economía. *Voces del CEP* (6).

Normativa citada

- Ley N° 20.701 de 2013. Procedimiento para otorgar concesiones eléctricas. 10 de septiembre de 2013. D.O. N.o. 40.681.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. D.O. N.o. 32.176.
- 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.o. 38.681.
- Decreto Ley N°2.224 de 1978. Crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía. 25 de mayo de 1978. D.O. N.o. 30.084

El reclamo de ilegalidad de la ley N° 18.410 de 1985: En particular respecto de la proporcionalidad sancionatoria

The claim of illegality of law N° 18.410 from 1985: In particular with respect to sanctioning proportionality

Paulo Aránguiz Loyola*

RESUMEN: La necesidad de certeza jurídica en materia infraccional, se condice con la idea de poder predecir, con algún grado de precisión, cuáles serán los efectos adversos que el Ordenamiento Jurídico prevé para una determinada conducta, que se concrete como transgresión a la normativa vigente, del sector que corresponda.

En lo que a la intensidad del castigo se refiere, en el ámbito energético, esto es regulado por la Ley N° 18.410, que recoge adecuadamente el principio de proporcionalidad sancionatorio, aunque deja algunos espacios sin atender, lo que acarrea ciertas distorsiones en la aplicación de dicho estatuto a los diversos casos que la agencia del ramo debe conocer y resolver.

Para evitar los riesgos que devienen de la incerteza y la arbitrariedad, proponemos algunas soluciones consuetudinarias sobre la normativa aplicable, sea sectorial, o general -procesal-.

Dichas soluciones, que se manifiestan en criterios o razonamiento como parte integrante de la fundamentación del acto administrativo, no son ajenos a los tribunales de justicia llamados a conocer del control de la Administración en estas materias, como se dejará por establecido.

ABSTRACT: The application of the proportionality system in Law No. 18410 has posed some challenges of certainty and reasonableness in the administrative action.

These challenges are often not addressed by the administration itself with uniformity and regularity, partly because of the dispersion of criteria used by the different officials called upon to resolve a case, and in partly because it is a moderately regulated power with significant spaces for discretion.

This document deals with these challenges, and how to look for criteria that allow us to find light in the application of the proportionality principle in sanctions, within the Administration, and in the control exercised by the courts of justice.

I. Breve referencia sobre la naturaleza y objeto de la reclamación de ilegalidad de la Ley N° 18.410

Primero que nada, en cuanto al sujeto controlado, se trata de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, SEC, y el control repercute en los aspectos adjetivos y sustantivos de la juridicidad que debe impregnar la actividad decisoria de la mencionada SEC.

Al tratarse de un control de legalidad, y ser un mecanismo de derecho estricto, en la sede judicial habrán de respetarse los hechos tal como se han establecido en el expediente administrativo.

Lo anterior se excepciona en el caso que tales hechos se hayan establecido ilegalmente.

Al respecto, resulta interesante consultar el fallo manifestado en el Rol N° 36.474-2019 de la E. Corte Suprema, que señala en lo pertinente:

(...) el reclamo de ilegalidad en análisis "constituye un mecanismo de revisión de la actividad administrativa sancionadora sectorial, que tiene como principal característica ser de derecho estricto, es decir, su finalidad se restringe a la revisión de la juridicidad de la decisión, tanto adjetiva como sustantiva, del actuar de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sin que sea posible por esta vía variar los presupuestos fácticos que fueron determinados en sede administrativa¹.

El párrafo recién transcrito, deja en claro la naturaleza que el excelentísimo tribunal

* Abogado Universidad de Valparaíso, Chile. Magister en Derecho Público, U. Austral, Chile. Doctor © en Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

¹ En idéntico sentido se pronuncia el fallo de la E. Corte Suprema que se lee en el rol N° 33.230-2019.

atribuye a la reclamación de ilegalidad de la Ley N°18.410, por lo que, a continuación, nos referiremos brevemente a su objeto.

Al tratarse de un reclamo de ilegalidad, su objeto no es otro que la declaración de contradicción con la ley, respecto de una resolución de la SEC, y por consiguiente, materializando la ineficacia del acto administrativo impugnado.

No obstante lo dicho, en algunas ocasiones, se produce la sustitución de la Administración por parte del órgano jurisdiccional, pero aquello devendrá cuando sea posible constatar una ilegalidad. En efecto, y tal como se aprecia en el fallo de la E. Corte Suprema, plasmado en el rol N° 21.814-2017, sin haberse constatado ilegalidad, no resulta plausible proceder a la rebaja de la multa impuesta por parte del órgano jurisdiccional. En este expediente, se produjo, por un lado, la sustitución de las facultades de la Administración por parte de la I. Corte de Apelaciones respectiva, y por el otro, la corrección de la sustitución por parte del Tribunal de Alzada, por no constatar-se ilegalidad en la decisión administrativa.

A su vez, también existe otra posibilidad de resolución a propósito del "control devolutivo", como ocurrió en un fallo pronunciado por la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, donde se ordenó a la SEC "expedir un nuevo pronunciamiento fundado sobre la reposición administrativa entablada"².

Delineados así los rasgos distintivos de la reclamación de ilegalidad materia de este trabajo, nos abocaremos al estudio de la recepción del principio de proporcionalidad en la Ley N° 18.410.

II. El principio de proporcionalidad y su tratamiento en la ley N° 18.410

Sin que sea nuestro objeto agotar el concepto en estudio, podemos señalar que "el principio de proporcionalidad alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto"³

Lo que se persigue, en este sentido, es "una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la

ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas"⁴.

Pues bien, este principio de proporcionalidad, que digamos de paso debe inundar toda la actividad administrativa sancionadora, tiene una recepción específica en la Ley N° 18.410.

En efecto, a partir de su artículo 15, se desarrolla el sistema de proporcionalidad legal, que, a grandes rasgos, considera una parte teórica, y otra más concreta, que tiende a mirar hacia cómo el operador jurídico debe particularizar los imperativos del principio para el caso de que se trate.

Veremos ahora cómo funciona el sistema de proporcionalidad fijado en la Ley N° 18.410.

1. De la proporcionalidad teórica

Como lo establece claramente el artículo 15 antes mencionado, se establecen las categorías de las infracciones en el régimen de sanciones en el ámbito de la energía, esto es, se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Esta calificación, debe ser manifestada expresamente por la SEC en sus decisiones sancionatorias, y así se ha plasmado por la jurisprudencia de la E. Corte Suprema, cuando señala que:

(...) el proceder de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en este punto efectivamente ha sido defectuoso, toda vez que al no calificar la naturaleza de las infracciones materia de su investigación, esto es, al no determinar si los hechos reprochados corresponden a una contravención leve, grave o gravísima de la normativa eléctrica, ha dejado su determinación carente de fundamentos suficientes, omisión que constituye un motivo de ilegalidad (...)⁵.

Pues bien, esto no siempre ocurrió así, dado que desde el año 2008 al 2012, se constató que "las resoluciones sancionadoras de la SEC, en su gran mayoría, no manifiestan aplicar la primera etapa de la proporcionalidad legislativa en la ley"⁶, que es aquella de la que estamos hablando (calificación de la naturaleza de las infracciones).

No obstante lo dicho, resulta del caso señalar que hoy, el problema se encuentra supe-

² Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. (2022).

³ CAMACHO CEPEDA 2008, 270.

⁴ VERGARA BLANCO 2004, 144.

⁵ Chilectra S.A. (2017)

⁶ ENTEICHE ROSALES 2017, 139.

rado, pues la Autoridad incorporó el cumplimiento de esta exigencia en sus resoluciones sancionatorias.

Por otra parte, resulta necesario destacar que la Ley realiza la categorización de la naturaleza de las infracciones, en atención a la gravedad de ellas, en función de la seguridad que se debe a las personas y cosas, al grado de afectación, de la reiteración o reincidencia, del tipo de servicio afectado, entre otros aspectos. Este "elemento de la *proporcionalidad legislativa en la ley sancionadora administrativa* importa que la multa asignada por la ley sea de mayor cuantía, a medida que la infracción sea más trascendente"⁷.

Ahora bien, lo anterior tiene además relevancia, porque conforme a la naturaleza de la infracción, que será determinada por el órgano administrativo, se concluirá la consecuencia adversa para el infractor, conforme a ciertos deslindes que el mismo legislador se encarga de precisar en el artículo 16 A de la Ley N.º18.410.

Dichos rangos los expresa dicha disposición en los siguientes términos:

- 1.- Multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones gravísimas, conforme a lo establecido en el artículo 15;
- 2.- Multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones graves, de acuerdo con el artículo antes citado, y
- 3.- Multa de hasta quinientas unidades tributarias anuales o amonestación por escrito, tratándose de infracciones leves.

Lo primero que salta a la vista, son los amplios rangos sancionatorios que establece la disposición, lo que hace vislumbrar un riesgo de arbitrariedad si no se consideran moduladores de responsabilidad en concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si estos rangos son permeables, ya que podría existir la tentación de calificar como proporcional una decisión, cuando la sanción multa se sitúe en el rango teórico que corresponda, sin más consideraciones, cosa que ocurre con bastante frecuencia, incluso, en sede judicial.

En este contexto, cabe señalar que, de acuerdo con la práctica de la autoridad secto-

rial, esto es, la SEC, los rangos son permeables. En efecto, son variados los casos en que una transgresión es calificada como grave o gravísima, y termina siendo sancionada como leve, entendemos, por circunstancias concurrentes.

Al respecto se puede buscar un parangón en el Código Penal, para quienes sostienen la aplicación de sus principios al Derecho Administrativo Sancionador, donde la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, puede permitir castigos fuera de la previsión teórica del legislador, como se desprende de su artículos 65 y siguientes.

Pero para resolver el problema de la proporcionalidad sancionatoria, en particular, en la Ley N.º18410, la Autoridad que resuelve en el expediente administrativo, debe sujetarse a ciertos moduladores de responsabilidad, orientadores o circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional, según cuál se entienda sea la naturaleza jurídica de ellas.

2. Proporcionalidad en concreto en el marco de la Ley N°18.410

El sistema de proporcionalidad de la Ley N°18.410 no se agota en los aspectos teóricos, ya que impone la consideración del caso concreto.

En este sentido, la Autoridad "debe tomar en consideración -necesariamente- la cuantía de la infracción cometida (gravísima, grave o leve) y la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad, antecedentes que deberán constar fehacientemente en el respectivo procedimiento sancionador."⁸ Debemos señalar que el tenor de la norma, también abona a esta conclusión, en lo que se refiere al deber de consideración de estas circunstancias en el ejercicio del *Ius Puniendi del Estado*⁹.

Las circunstancias de que venimos hablando, son las que menciona el artículo 16 de la ley señalada, a saber:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El porcentaje de usuarios afectados.
- c) El beneficio económico obtenido.
- d) La intencionalidad en la comisión y el grado de participación.
- e) La conducta anterior.
- f) La capacidad económica del infractor.

⁸ SALINAS BRUZZONE 2010, 142.

⁹ Codelco (2016).

⁷ ENTEICHE ROSALES 2017, 126.

El problema es que la norma no señala cuáles son los efectos de la concurrencia de estas circunstancias, y cuáles son las reglas de aplicación.

Lo anterior ha dado lugar a discusiones sobre cuál es la naturaleza jurídica de las circunstancias que detalla el artículo 16 antes mencionado, desde una postura que las considera "solo" como orientadoras¹⁰, hasta quienes sostienen que se tratarían propiamente de circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional, como la opinión doctrinaria transcrita unos párrafos más atrás.

Sin intentar zanjar la controversia, nos parece que estamos frente a un deber de la Administración, en que, al tratarse de una potestad discrecional o semi reglada, no existirá una reglamentación a la que podamos acudir para determinar los efectos precisos de la concurrencia de circunstancias particulares respecto del caso concreto. Pese a lo anterior, el efecto innegable, será atenuar o agravar la responsabilidad infraccional.

Por otra parte, otra conclusión certera, nos parece evidente, es que estas circunstancias, para ser ponderadas positiva o negativamente, deben constar en el expediente respectivo.

Por lo dicho previamente, por la incerteza que genera en el administrado la aplicación de diversos criterios sancionatorios en el mismo Servicio, y la distinta intensidad del castigo para casos semejantes; parece urgente que se busque equilibrio en otras disposiciones que regulen la materia, y en este caso, será la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, particularmente, en las normas sobre fundamentación de las decisiones administrativas. Dichas normas, a las que nos referimos, las encontramos en los artículos 41 inc. 4°, a propósito del deber de fundamentación de la resolución final del procedimiento administrativo; 11 inc. 2°, relativo a la necesidad de expresar en la decisión, los fundamentos de hecho y de derecho en el contexto del principio de imparcialidad; 16 inc.1°, en lo que atinge al principio de transparencia; entre otros.

III. El deber de fundamentación con ocasión de la proporcionalidad en concreto de la Ley N° 18.410

Debe recordarse que la fundamentación del acto administrativo, que venimos señalando,

es un elemento esencial del mismo, dado que "la carencia de fundamentación de un acto administrativo lo convierte *ipso iure* en arbitrario, carente de razonabilidad e ilegal desde que la ley exige como requisito esencial esa fundamentación".¹¹

Teniendo presente lo indicado, debemos señalar que la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, y su falta, total o parcial, puede afectar la validez del mismo, lesionando de esta manera, el principio de impugnabilidad que materializa la ley en favor del administrado.

Lo anterior implica, que la fundamentación no se agota solo con la expresión de los hechos y fundamentos de derecho sobre los cuales reposa el acto administrativo, sino que también, considera el raciocinio del órgano para resolver tal o cual cosa. En efecto, el acto administrativo debe bastarse a sí mismo.

En la materia que nos convoca, resulta que de la aplicación de las reglas de la proporcionalidad teórica y en concreto que establece la Ley N° 18.410, llegamos a un punto en que resulta imposible comprender el porqué de una decisión de intensidad de la sanción, y en específico, lo que atinge a la cuantía de la multa que se aplica.

Que la autoridad sectorial detente una potestad con rangos de discrecionalidad, no implica que no deba explicitar su razonamiento, de manera que no exista duda de por qué aplicó una sanción y no otra.

Este espacio de discrecionalidad se misura y se sujeta a un criterio de razonabilidad administrativa, cuando se cumple estrictamente con el deber de fundamentación, en toda su extensión, en el contexto de una resolución de término.

IV. El reclamo de ilegalidad como mecanismo de control de la proporcionalidad sancionatoria en la Ley N.° 18.140

Como es sabido, "[t]odo acto administrativo es impugnable por el interesado"¹² por medio de los recursos o mecanismos que disponga la ley general de procedimiento, y por las leyes especiales.

En el contexto que venimos desarrollando, "la impugnabilidad posee una inmensa

¹⁰ Enel Distribución, 2022.

¹¹ Soto Kloss, 2020, 235.

¹² Artículo 15 de la Ley N° 19.880.

relevancia, pues es en su virtud que el contenido del castigo de multa es susceptible de ser alterado por los tribunales de justicia. La variación en la decisión de castigo puede traducirse tanto en la anulación de la sanción o bien en su modificación".¹³

En nuestro caso, la reclamación de ilegalidad materia de este trabajo, se establece en la Ley N° 18.1410, y la extensión de su control, se arrima al objeto de invalidar el acto atacado, sin perjuicio de la sustitución de la Administración por parte del órgano jurisdiccional.

Teniendo presente lo dicho, nos parece de utilidad revisar sucintamente lo ocurrido en el proceso Rol N°822-2012, ventilado ante la E. Corte Suprema. Resulta relevante la revisión de este caso, toda vez que el razonamiento de la Excelentísima Corte reposó sobre el principio de proporcionalidad.

En efecto, la I. Corte de Apelaciones de Valdivia¹⁴, respecto de una empresa de transmisión eléctrica, decidió en el caso en comento, aplicar las consideraciones de proporcionalidad que fija la Ley N°18.410, para atenuar calificadamente el monto de la multa cursada, que ascendía a 456 Unidades Tributarias Anuales (UTA), quedando finalmente en 100.

La sanción que comentamos fue confirmada por la E. Corte Suprema, con declaración que se aumentaba la multa a 356 UTA. No obstante, lo cierto es que las razones (subsistentes) que tuvo a la vista para resolver la corte regional, fueron factores de proporcionalidad legal, como lo son, la naturaleza de la infracción, el beneficio económico y la intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por su parte, otro fallo, esta vez, de la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique¹⁵, decidió rebajar una multa aplicada por SEC por 1.032 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), a 500. Dicho fallo no fue apelado por SEC.

Los argumentos de la rebaja fueron netamente de proporcionalidad, lo que ocurrió mediante un ejercicio de ponderación de las circunstancias que menciona el artículo 16 de la Ley N° 18.410, agregando 2 cosas bien relevantes, como lo son la necesidad de que dichas circunstancias, para ser aplicadas en contra de los intereses de la concesionaria respectiva, deben constar en el proceso, y por otra parte, que no pueden entenderse como

agravantes circunstancias que ya fueron tomadas en cuenta al momento de calificar la naturaleza de la infracción.

Algo semejante, se puede señalar respecto de otros dos fallos de la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique¹⁶, en que nuevamente recurre dicho tribunal a la ponderación de las circunstancias concurrentes de proporcionalidad y a la necesidad de su prueba.

De esta manera, la ilegalidad de la multa aplicada, deviene del hecho de no haberse cumplido con la atenuada reglamentación del ejercicio de una potestad pública, en lo que se refiere a la configuración de la intensidad del castigo.

Naturalmente, y en nuestro contexto, el razonamiento judicial aquí expuesto, no soluciona el problema de la falta de previsibilidad en el ejercicio del *ius Puniendi* del Estado, pero resulta claramente un avance y una actividad deseable, que corrige, cuando corresponde, el deber de fundamentación de las decisiones administrativas.

V. Conclusiones

1. El principio de proporcionalidad en lo sancionatorio, en el contexto que nos convoca, se encuentra debidamente recepcionado en la Ley N°18.410.

2. Si bien estamos en presencia de una facultad *cuasi* discrecional de la SEC, si existen normas que se deben cumplir al momento de configurar una sanción.

3. Las consideraciones que se tendrán en cuenta son de naturaleza teórica, pero también dicen relación con el caso concreto.

4. Dichas consideraciones no son voluntarias u optativas, resultan obligatorias para la agencia sectorial.

5. Las circunstancias que se consideran, tanto para calificar la trasgresión, como para modificar el castigo teórico, deben constar en el proceso.

6. La prueba y la fundamentación del acto administrativo, se erigen como un remedio efectivo para los grados de incerteza en la resolución sancionatoria en cuanto a proporcionalidad en el contexto de la Ley N°18410.

7. La jurisprudencia, en algunos casos, ha dado lugar a la alegación de proporcionalidad, lo que ocurrirá principalmente, cuando se cons-

¹³ ENTEICHE ROSALES 2017, 145.

¹⁴ STS, 2012.

¹⁵ Empresa Eléctrica de Aisén S.A., 2018.

¹⁶ Empresa Eléctrica de Aisén S.A., 2010.

tate una ilegalidad, sea que se trate de un vicio adjetivo, como sustantivo. Deberá considerarse como susceptible de ser viciada por ilegalidad, la forma de configuración de la sanción.

Bibliografía citada

- Camacho Cepeda, G. (2008). Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la Administración del Estado. En R. Pantoja Bauzá [Coord.], *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (241-276). Editorial Jurídica de Chile.
- Enteiche Rosales, N. (2017). *Las Sanciones Administrativas. El Problema de la Proporcionalidad*. Tirant Lo Blanch.
- Salinas Bruzzone, C. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. El régimen sancionador eléctrico en Chile*. Editorial Thomson Reuters.
- Soto Kloss, E. (2018). La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia. *Derecho Público Iberoamericano* (13), 225 – 236.
- Vergara Blanco, A. (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo* 11 (2), 137 – 147.

Normativa citada

- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985.
- 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 2003.

Jurisprudencia citada.

- Empresa Eléctrica de Aisén con SEC* (2010): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de abril de

- 2010 (Rol N° 3-2010). Primera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Empresa Eléctrica de Aisén con SEC* (2010): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de abril de 2010 (Rol N° 4-2010). Primera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- STS con SEC* (2012): Corte de Apelaciones Valdivia, 28 de junio de 2012 (Rol N° 307-2012). Primera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- ENAP con SEC* (2012): Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013 (Rol N° 822-2012). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Codelco con SEC* (2016): Corte Suprema, 17 de agosto de 2016 (Rol N° 35.567-2016). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Chilctra S.A. con SEC* (2017): Corte Suprema, 23 de marzo de 2017 (Rol N° 97.737-2016). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Chilquinta Energía S.A. con SEC* (2017): Corte Suprema, 25 de octubre de 2017 (Rol N° 21.814-2017). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Empresa Eléctrica de Aisén con SEC* (2018): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 04 de julio de 2018 (Rol N° 3-2018). Primera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Metrogas con SEC* (2020): Corte Suprema, 20 de abril de 2020 (Rol N° 36.474-2019). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Naser con SEC* (2020): Corte Suprema, 28 de julio de 2020 (Rol N° 33.20-2019). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Enel Distribución con SEC* (2022): Corte Suprema, 3 de agosto de 2022 (Rol N° 63.257-2021). Tercera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].
- Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. con SEC* (2022): Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de noviembre de 2022 (Rol N° 9-2022). Primera Sala. [Reclamación de Ilegalidad].

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Envío de colaboraciones y temas de interés

La *Revista de Derecho Administrativo* (en adelante, también *Revista* o *ReDA*) 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 conclusa 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 interdisciplinaria) / 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>

PRIMERA SECCIÓN

DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

Derecho Procesal Administrativo

- › **Tribunales ambientales y recurso de protección: Dos impugnaciones coexistentes frente a decisiones administrativas**
Pablo Méndez
- › **La tutela jurisdiccional administrativa: bases procesales para una coordinación entre control jurídico administrativo y jurisdiccional**
Sophía Romero Rodríguez

Derecho Extranjero y Comparado

- › **Delimitación de la prohibición de reformatio in peius en el ordenamiento jurídico peruano: propuesta para una aplicación coherente**
Nicole Borrovic Ramírez
- › **Noción estándar de acto administrativo en la cultura jurídica: Desafíos conceptuales**
Dúber Celis Vela
- › **Después del caso Loper Bright: El margen de deferencia en la justicia administrativa**
José Ignacio Hernández González
- › **Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones administrativas. Propuesta metodológica**
Alejandro Suca Concha, Gianpierre Valverde Encarnación y Beremiz Rojas Morán

SEGUNDA SECCIÓN

ENSAYOS, HISTORIA, JURISPRUDENCIA, RECENSIONES, CRÓNICA Y COLOQUIOS

ENSAYOS

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

- › **Los tribunales de justicia y la Contraloría General de la República: ¿cómo compatibilizar sus pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios?**
Alejandro Cárcamo

DERECHO DE ENERGÍA

- › **Cadenas de valor del hidrógeno verde: producción, modularidad y transporte. Una aproximación a instituciones jurídicas y regulatorias para destrabar su valor intrínseco**
Santiago Vial Osorio

DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO

- › **El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el Perú**
Erick Cuba Meneses

JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

NACIONAL

- › **La consulta indígena ante la jurisprudencia: cinco años (2020-2024)**
Tomás Blake y José Miguel Valdivia
- › **La deferencia judicial a las agencias expertas**
Felipe Bravo Alliende
- › **Las concesiones mineras constituidas bajo la vigencia del Código de Minería de 1932 para explotar sustancias no metálicas: ¿habilitan para explotar litio hoy?**
Benjamín De La Barra García
- › **Límites a la potestad interpretativa de la administración. Caso Sociedad Vespucio Norte con Superintendencia de Electricidad y Combustible**
Daniel Gutiérrez Rivera
- › **El desigual tratamiento de la Corte Suprema en dos solicitudes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas con situaciones de hecho similares**
Gonzalo Muñoz Escudero
- › **Potestades reguladoras de la Dirección General de Aguas, y dictamen de 2024 de la Contraloría General de la República**
Christian Rojas Calderón
- › **Responsabilidad del Estado por inactividad administrativa**
Cristian Román Cordero

EXTRANJERA

- › **Loper Bright: Su impacto para el futuro del Derecho administrativo**
Pablo Méndez
- › **Traducción de: Loper Bright Enterprises et al., v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al. Certiorari contra la Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Circuito del Distrito de Columbia. Corte Suprema de los Estados Unidos, 28 de junio, 2024**
Pablo Méndez

HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- › **El derecho de caminos en Chile: un panorama histórico (1842-1969)**
Fernando Muñoz León
- › **Protección jurisdiccional de los administrados: El exceso de poder [texto de 1961]**
José A. Rodríguez Elizondo
- › **Luis Claro Solar y el contencioso administrativo: Reedición de un desatendido fragmento de su obra [de 1930]**
Alejandro Vergara Blanco

BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

- Javiera Florit González*
Cristián Román Cordero
Alejandro Vergara Blanco

CRÓNICA

- › **Modificación de 2023 de la Ley de contratación pública y prestación de servicios: El criterio de sustentabilidad**
Camila Castro Fuentes

COLOQUIOS

ACTAS DE LAS XXIII JORNADAS DE DERECHO DE ENERGÍA (PUNTA ARENAS, 2024): CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Transición Energética

- Juan Carlos Olmedo Hidalgo*
Loreto Vergara Abarzúa

Binomio Aguas / Energía

- Jesús Conde Antequera*
Estanislao Arana García
Asensio Navarro Ortega

Energía y Libre Competencia

- Andrea Von Chrismar Medina*
Jorge Quintanilla Hernández y Sophia Caicedo Henríquez
Paulo Oyanedel Soto y Nader Mufdi Guerra

Instalaciones, Concesiones, Sanciones y Normas Técnicas

- Ernesto Olivares Rodríguez*
Santiago Portaluppi Fernández y Samuel Guzmán Lavín
Rodrigo Quezada Marín
Matías Ramírez Nova
Paulo Aránguiz Loyola